

# 6 Colloque Afec du 23 mai 2019

## Les droits de la concurrence d'une réforme à l'autre

Jean-Louis FOURGOUX,  
avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles,  
président honoraire de l'Afec

La journée d'étude est une tradition de l'Association française d'étude de la concurrence. Elle permet de dresser un bilan de l'année passée et de dessiner les perspectives futures. Cette année, notre journée est un peu tardive et a été jumelée avec notre Assemblée Générale pour pouvoir aborder la réforme du droit des pratiques restrictives adoptée le 24 avril 2019. Le succès de cette manifestation est perceptible non seulement par le nombre, mais par la qualité de l'affluence : l'Autorité de la Concurrence, la cour d'appel de Paris, la Cour de cassation, le tribunal de commerce de Paris, la DGCCRF sont dignement représentés, et à l'image de la diversité de nos membres, les universitaires, juristes d'entreprise, avocats et étudiants occupent tous les sièges de l'amphithéâtre du Cabinet Allen & Overy qui nous a accueilli.

Les interventions ci-après reproduites sont un moyen de se former avec les meilleurs puisque nous avons la joie de lire après les avoir entendus :

- Jacques Derenne sur les aides d'état ;
- Yann Utzschneider qui fait le bilan de l'application du droit des ententes aux réseaux de distribution et évoque la révision du règlement pour lequel l'Afec a constitué un groupe de travail animé par Mary-Claude Mitchell, Nathalie Petrignet et Romain de Nijls ;
- Emmanuelle Claudel qui détaille la réforme de la procédure des ANC qui, devra être adoptée ;
- Annie Blandin et Daniel Fasquelle exposent les rapports entre droit du numérique confronté et droit de la concurrence ;
- enfin, le grand débat sur la réforme des pratiques restrictives de concurrence (PRC) donne l'occasion à sa cheville ouvrière M<sup>me</sup> Virginie Beaumeunier, directrice générale de la Concurrence, d'échanger avec Richard Renaudier et Christophe Pecnard.

**Jean-Louis FOURGOUX**, Panorama des réformes du droit de la concurrence : article 7

**Jacques DERENNE**, Morceaux choisis de récents développements du droit des aides d'État : article 8

**Emmanuelle CLAUDEL**, Quelles nouveautés procédurales à la suite de la directive ECN+ ? : article 9

**Annie BLANDIN**, La question concurrentielle dans le contexte des états généraux des nouvelles régulations numériques : article 10

**Daniel FASQUELLE**, Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique : article 11

**Virginie BEAUMEUNIER**, Regards croisés sur les pratiques commerciales après la réforme du droit des pratiques restrictives : article 12

**Richard RENAUDIÉ**, Les pratiques commerciales après la réforme du droit des pratiques restrictives : article 13

**Christophe PECNARD**, Regards croisés sur les pratiques commerciales après la réforme du droit des pratiques restrictives : article 14

## 7 Panorama des réformes du droit de la concurrence

Jean-Louis FOURGOUX,  
avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles,  
président honoraire de l'Aféc

Le programme de notre conférence est calqué sur l'actualité mais au préalable pourquoi ne pas essayer de dessiner en pointillé tous les sujets que nous aurions dû traiter sans avoir eu le temps de les aborder ? Ce panorama rapide des diverses branches du droit de la concurrence confirme une vivacité de la matière, mais peut aussi conduire à s'interroger sur son efficacité à géométrie variable.

### 1. Des droits de la concurrence concrets et bien vivants

1 - Le droit des aides d'état est un bon exemple de suractivité, mais Jacques Derenne en fera le tableau complet et donc sans gâcher sa contribution nous pourrions, nous arrêter sur le contrôle *ex ante* des concentrations et les contrôles *ex post*.

#### A. - Le contrôle « ex ante » des concentrations

2 - Le droit des concentrations n'a pas été le moins agité. Record de dossiers à la Commission européenne en 2018 : 414, et 235 pour l'Autorité de la concurrence (ADLC).

Comme vous le savez la concertation menée par l'ADLC sur la réforme du droit des concentrations a conduit à ne pas modifier les seuils, à prévoir une simplification des dossiers de notification<sup>1</sup>. On nous annonce également une notification en ligne pour les dossiers simplifiés et un possible/probable contrôle *ex post* qui inquiète les entreprises<sup>2</sup>.

L'affaire Fnac c/ Darty continue de défrayer la chronique. Après le revirement de la délimitation des marchés, le Conseil constitutionnel a validé les pouvoirs du président de l'ADLC<sup>3</sup> qui, *in fine*, condamne l'entreprise à 20 millions d'euros pour non-respect des engagements en juillet 2018<sup>4</sup>.

Bonne nouvelle pour les entreprises et leurs conseils, la notion de « *gun jumping* » a été un peu circonscrite par la CJUE<sup>5</sup>.

#### B. - Les contrôles *ex post*

3 - Le droit des pratiques anticoncurrentielles (Pac) a été assez actif, ainsi qu'en témoigne le nombre de dossiers devant la Commission européenne et les dossiers et décisions en France

par la cour d'appel, la Cour de cassation et le ministre de l'Économie pour les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale (« micro Pac »).

Les contrôles concernent tous les secteurs : le numérique avec Google, des micro Pac non transigées, l'abus de position dominante qui n'impose pas de démonter des clauses formelles d'exclusivité<sup>6</sup>, position dominante de TDF sur un marché aval du fait de l'asymétrie d'information<sup>7</sup>, Qualcomm et les accords exclusifs sur les puces 4G avec une sanction de quasiment 1 milliard (997 millions d'euros)<sup>8</sup>, les échanges information (affaire dite des messageries à la Cour<sup>9</sup>), la première décision rendue « post Coty » en matière de distribution et internet (Stihl)<sup>10</sup> et l'application de la loi dite « Lurel »<sup>11</sup>.

Le contrôle des engagements a été à l'honneur en 2018. Si les engagements en matière de concentration peuvent faire l'objet de vérifications, les décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles sont plus exceptionnelles<sup>12</sup>. L'Autorité a marqué les esprits en condamnant les sociétés du Groupe Randstad à une sanction de 4,5 millions d'euros pour non-respect de certains engagements rendus obligatoires par une décision du Conseil de la concurrence dans le secteur du travail temporaire en matière d'échanges d'informations<sup>13</sup>.

Le droit des PRC a été, avant la réforme, assez actif, sans parler de la rupture brutale des relations commerciale établie qui embouteille la cour d'appel de Paris. Le déséquilibre significatif a reçu ses lettres de noblesse en passant pour la deuxième fois

1. D. n° 2019-339, 18 avr. 2019 portant simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence.  
2. C. Paulhac, Contrôle des concentrations en France : vers une procédure allégée, plus simple et plus rapide : *Contrats, conc. consom.* 2018, alerte 38.  
3. G. Decocq, Le renforcement des pouvoirs du président de l'Autorité de la concurrence est constitutionnel : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 116.  
4. *Aut. conc.*, déc. n° 18-D-16, 27 juill. 2018 relative au respect des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.  
5. CJUE, 31 mai 2018, aff. C-633/16, *Ernst & Young* : *Europe* 2018, comm. 276, note L. Idot ; *Contrats, conc. consom.* Août 2018, comm. 158, note G. Decocq.

6. CA Paris, 17 mai 2018, n° 2016/16621, *Sté Umicore France* : *JurisData* n° 2018-009466 ; *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 137, note G. Decocq.  
7. *Cass. com.*, 30 mai 2018, n° 16-24.792, F-D, *Stés TDF* : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 138, note G. Decocq.  
8. *Comm. UE*, déc. 25 janv. 2018.  
9. CA Paris, 19 juill. 2018, n° 16/01270.  
10. *Aut. conc.*, déc. n° 18-D-23, 24 oct. 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture.  
11. *Aut. conc.*, déc. n° 18-D-03, 20 févr. 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de pièges à termites à base de biocides à La Réunion, aux Antilles et en Guyane.  
12. *Aut. conc.*, déc. n° 15-D-02, 26 févr. 2015 relative au respect, par le GIE « Les Indépendants », des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006.  
13. *Aut. conc.*, déc. n° 18-D-09, 21 juin 2018 relative au respect des engagements pris par la société Randstad dans la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 du 2 février 2009.

la barre du Conseil constitutionnel, qui a validé le contrôle des prix par le juge judiciaire<sup>14</sup>.

Au quotidien la DGCCRF multiplie les contrôles sur les délais de paiement et condamne de façon plus sévère les entreprises petites ou grandes, tous secteurs confondus (industrie, services, distribution...) pour faire passer le message que les délais de paiement doivent être respectés. On peut regretter que la même fermeté ne soit pas de mise à l'égard des personnes morales de droit public, mauvais payeurs (hôpitaux...).

## 2. Des droits dont l'efficacité est à géométrie variable

4 - Traditionnellement identifiées respectivement comme le « grand » droit de la concurrence (Pac) et le « petit » droit de la concurrence (PRC), ces deux disciplines, dont l'efficacité est à géométrie variable, méritent que l'on s'attache à leur – relative – efficacité procédurale avant de s'interroger sur l'efficacité de leurs règles de fond.

### A. - Efficacité procédurale

5 - Pour apprécier l'efficacité procédurale du droit de la concurrence, nous reviendrons sur les récentes améliorations apportées qui laissent pourtant subsister quelques regrets et incompréhensions résiduelles.

Au rang des améliorations, nous ne manquerons pas d'identifier la nouvelle procédure de transaction. L'ADLC a en effet publié son nouveau communiqué de procédure à l'issue de plusieurs mois d'échanges approfondis avec toutes les parties prenantes intéressées<sup>15</sup>. On relèvera spécialement parmi les nouveautés la fourchette de sanction proposée aux opérateurs dans le cadre des pourparlers. Les premières décisions d'application facilitent le recours à cette forme de négociation qui n'en est pourtant pas une...

En dépit du progrès, des regrets subsistent. On déplore à cet égard la permanence des affrontements relatifs au rôle des avocats dans le cadre des opérations de visite et saisie (OVS). Par exemple, dans l'affaire Darty, la cour de Paris a finalement annulé les opérations en raison de la pose des scellés avant l'arrivée de l'avocat, se pliant à la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>16</sup>. La réplique de l'Autorité ne s'est pas fait attendre bien longtemps et a sanctionné très récemment lourdement (900 000 Euros) un bris de scellés et l'altération du fonctionnement d'une messagerie<sup>17</sup>.

Finalement, les incompréhensions demeurent... particulièrement face aux délais de certaines procédures, même en l'absence de double stade de contradictoire, comme en témoigne l'affaire dite des « vedettes vendéennes » débutée en 2001 et qui a fait l'objet d'une décision en 2018<sup>18</sup> !

### B. - Efficacité des règles de fond ?

6 - Sur le fond, l'efficacité des règles s'efface parfois au profit de leur complexité.

C'est ainsi que l'articulation entre la politique agricole et le droit de la concurrence s'avère particulièrement ardue et a nécessité dans l'affaire des endives une clarification partielle par une décision préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>19</sup> l'arrêt de la Cour de cassation renvoie à nouveau devant la cour de Paris qui devrait passer au tamis les pratiques et trier les opérateurs impliqués (OP, association d'OP...) <sup>20</sup> et, plus largement encore, un avis de l'Autorité de la concurrence<sup>21</sup>. Mais la cassation intervenue ensuite dans l'affaire dite des endives montre que la frontière n'est pas claire<sup>22</sup>.

Pour autant, le secteur agricole n'est pas le seul concerné ! On peut d'ailleurs citer l'exemple récent mais récurrent d'un tout autre univers. Le monde médical n'est ainsi pas en reste et la complexité des règles a justifié un nouvel avis<sup>23</sup>... aussitôt critiqué par M<sup>me</sup> la ministre de la Santé<sup>24</sup>.

En matière d'abus tarifaires, les praticiens s'accordent pour souligner la complexité des analyses, en dépit de la contribution d'Orange, condamnée pour de nouvelles pratiques dites « innomées »<sup>25</sup>.

En matière de sanctions, le constat est identique. S'il faut se féliciter de la plus grande prévisibilité et de l'effet dissuasif des sanctions, mais demeurons parfois circonspects, par exemple s'agissant de leur proportionnalité. On citera par exemple les milliards d'euros infligés à Google, montant très élevé en valeur absolue, mais dont l'impact effectif est parfois discuté<sup>26</sup>.

Concernant les sanctions privées, on observe aussi un grand écart, entre 0 et 350 millions d'euros, attestant des divergences marquées entre le tribunal et la cour sur l'évaluation du préjudice, sur son actualisation et légitimant *in fine* les batailles d'experts et d'économistes.

L'autorisation, après évocation par le ministre, d'une opération concentration souligne, là encore, une analyse variable des situations<sup>27</sup>.

Par ailleurs, une vision un peu trop formaliste (?) du droit de la concurrence ne laissera pas indifférents les opérateurs ni leurs conseils. C'est notamment le cas en matière de clémence, la Cour de cassation ayant confirmé que la clémence accordée à une filiale ne profite pas à son ancienne société-mère si celle-ci n'a pas elle-même sollicité le bénéfice de la clémence<sup>28</sup>. Une appréciation moins rigoriste serait-elle pertinente ?

En matière de pratiques restrictives de concurrence, la réforme intervenue à la suite et dans le prolongement des États généraux de l'alimentation<sup>29</sup> ambitionne de rénover les relations économiques entre les acteurs des filières agricoles et agroalimentaires.

19. CJUE, 14 nov. 2017, aff. C-671/15, APVE e.a.

20. G. Decocq, *Est-ce que le droit de la concurrence est applicable au secteur agricole* : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 203.

21. *Aut. conc.*, avis n° 18-A-04, 3 mai 2018 relatif au secteur agricole : *Contrats, conc. consom.* 2018, 117.

22. *Cass. com.*, 12 sept. 2018, n° 14-19.589 : *JurisData* n° 2018-015515 ; *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 203, note G. Decocq.

23. *Aut. conc.*, avis n° 19-A-08, 4 avr. 2019 relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée.

24. *Le Monde*, 5 avr. 2019.

25. *Cass. com.*, 5 avr. 2018, n° 16-19.186 : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 92, note D. Bosco.

26. J. Pillot, *Google : une amende record... mais un problème concurrentiel (très) loin d'être résolu* : *La Tribune* 21 juill. 2018.

27. *Aut. conc.*, déc. n° 18-DCC-95, 14 juin 2018 relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo.

28. *Cass. com.*, 10 juill. 2018, n° 17-13.973 et 17-14.140, GEA Group : *JurisData* n° 2018-015226 ; *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 181, note D. Bosco.

29. L. n° 2018-938, 30 oct. 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

14. *Cons. const.*, 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC : *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 23, note N. Mathey.

15. *Communiqué de procédure*, 21 déc. 2018 relatif à la procédure de transaction.

16. *CA Paris*, ord. 28 mars 2018, n° 17/16586. – *Cass. crim.*, 4 mai 2017, n° 16-81.060.

17. *Aut. conc.*, déc. n° 19-D-09, 22 mai 2019 relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par le groupe Akka.

18. *Aut. conc.*, déc. n° 18-D-07, 31 mai 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services de traversées maritimes de passagers entre le continent et l'île d'Yeu.

Pourtant, en matière de revente à perte, la loi dite « Egalim » (et les mesures prises pour son application<sup>30</sup>), en augmentant le seuil de revente à perte de 10 %, se détourne de la finalité économique. Lorsque la politique s'insinue dans le droit de la concurrence cela soulève des interrogations, des réserves voire même des critiques de l'ADLC<sup>31</sup>...

Au demeurant, l'interdiction de revente à perte par le droit français demeure sur la sellette de la conformité au droit de l'Union

européenne<sup>32</sup> mais est encore appliquée par la chambre criminelle<sup>33</sup> qui ajoute aussi le délit de prix imposé dont on nous dit que cela n'est plus d'actualité et qui se retrouve dans la nouvelle ordonnance du 24 avril 2019. L'année 2018 et les réformes adoptées méritaient bien un colloque AFEC...■

*Mots-Clés* : Droit de la concurrence - Réforme - Pratiques restrictives - Contrôle des concentrations

30. Ord. n° 2018-1128, 12 déc. 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires.

31. Aut. conc., avis n° 18-A-14, 23 nov. 2018 relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires.

32. CJUE, ord., 7 mars 2013, aff. C-343/12.

33. Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 16-83.457 : JurisData n° 2018-000266.

## 8 Morceaux choisis de récents développements du droit des aides d'État

Jacques DERENNE,

avocat aux barreaux de Bruxelles et Paris,  
professeur à l'université de Liège  
et à la Brussels School of Competition,  
Global Competition Law Centre,  
Collège d'Europe, Bruges

La « modernisation » du droit des aides d'État, depuis 2005, a abouti à ce que 96 % des nouvelles aides sont actuellement couvertes par le règlement général d'exemption par catégorie dont le champ d'application n'a cessé de s'étendre, réduisant d'autant les notifications à la Commission. Le contrôle européen des aides d'État s'exporte dans le cadre de négociations commerciales multilatérales et bilatérales de l'Union européenne. Par ailleurs, la jurisprudence européenne connaît toujours de nouvelles questions relatives à la notion d'aide d'État. La question de la sélectivité en matière fiscale est notamment la source de divergences entre le Tribunal et la Cour de justice. Enfin, les relations entre les arbitrages prévus par les traités internationaux de protection des investissements et le droit des aides d'État sont conflictuelles et, bien entendu, le Brexit soulève des questions de protection de la concurrence non faussée entre le Royaume-Uni et l'Union européenne.

1 - Le présent article développe les thèmes que j'ai abordés lors de mon intervention à l'AFEC le 23 mai 2019. Je remercie vivement le professeur Muriel Chagny et mon confrère Jean-Louis Fourgoux pour leur invitation. Mon intervention était libre de toute note ou habituels « slides ». Le texte qui suit est nécessairement plus détaillé que ma présentation mais il reste fondé sur une sélection subjective de quelques points saillants des derniers développements en matière d'aides d'État.

2 - Un rappel avant tout : le contrôle des aides d'État est une nécessité vitale pour l'Union européenne. Sans ce contrôle, verrou ultime des distorsions de concurrence, pas d'intégration européenne possible. Seule la loi du plus fort prévaudrait. Réalisons bien que les aides d'État, c'est souvent la guerre commerciale entre les États membres. Une guerre sans merci où tous les coups sont permis. La Commission européenne est l'autorité supranationale, indépendante, subtilement imaginée par les

Pères de l'Europe, pour opérer notamment cet arbitrage entre États membres. La matière est très sensible car éminemment politique. Il s'agit de gérer une relation triangulaire spéciale, entre l'État membre concerné, la Commission et les tiers affectés par la mesure d'aide : le ou les bénéficiaires, bien sûr, mais aussi les concurrents, les autres tiers affectés et les autres États membres. Par nature, la matière est différente des règles de concurrence qui s'adressent aux entreprises (les règles « antitrust » des articles 101 et 102 du TFUE) : d'une part, la Commission dispose de pouvoirs exclusifs (qu'elle n'a plus depuis 2004 s'agissant de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE) pour examiner la compatibilité des aides avec le marché intérieur ; d'autre part, les juridictions nationales ont un rôle distinct et complémentaire à celui de la Commission : assurer la régularité procédurale de l'octroi des mesures d'aides (pour que la Commission puisse exercer ses pouvoirs exclusifs) et protéger les droits subjectifs des tiers affectés.

tés par les mesures d'aides. Les autorités nationales de la concurrence n'ont pas de compétence en matière d'aides d'État (sauf dans plusieurs des États membres ayant adhéré depuis 2004, elles ont contribué à l'apprentissage des règles du contrôle des aides d'État et, à ce titre, servent encore « d'antichambre » nationale pour la préparation des notifications à la Commission par exemple). En matière d'aides d'État, les juridictions nationales ont en réalité plus de pouvoirs que la Commission : elles peuvent (doivent en fait) notamment déclarer illégales et en ordonner la suspension, l'annulation ou la récupération des aides du seul fait de leur octroi « illégal », c'est-à-dire sans notification préalable à la Commission ou sans attendre la décision finale de celle-ci quant à leur compatibilité avec le marché intérieur. La Commission a demandé à jouir de ce même pouvoir à la Cour de justice qui le lui a refusé en 1990<sup>1</sup> : la Commission est obligée de terminer son examen de compatibilité avant de devoir, le cas échéant, ordonner la récupération d'un aide illégale si celle-ci est incompatible avec le marché intérieur.

## 1. Politique des aides d'État

### A. - « Modernisation des aides d'État »

3 - Depuis 2005, la Commission a lancé un grand chantier de « modernisation » du droit des aides d'État qui a trouvé un certain aboutissement, en 2013, avec une révision du règlement de procédure (consolidé en 2015), en 2014, avec la révision de la plupart des textes régissant l'examen de compatibilité (règlement d'exemption, lignes directrices, encadrements et communications de la Commission) et, en 2016, avec l'adoption d'un document de synthèse de la jurisprudence européenne sur la notion d'aide d'État.

#### 1° Objectifs

4 - Il s'agit de poursuivre la stratégie dite de Lisbonne « croissance 2020 » (qui a eu pas mal de « plomb dans les ailes » à la suite de la crise financière depuis 2007-2008...) visant à la création durable des emplois du futur. La devise de la Commission est « *big on big, small on small* » c'est-à-dire privilégier une approche qui consiste à être très visible sur les grands enjeux, mais plus discrète sur les questions de moindre importance, à fournir plus de résultats plus rapidement, en intervenant moins dans les secteurs où son action est perçue comme n'ayant pas de valeur ajoutée. Le défi pour elle est de concentrer ses ressources limitées sur les affaires les plus importantes pour la préservation de la concurrence non faussée et l'affectation des échanges et ne pas diluer ces mêmes ressources dans l'examen de mesures de moindre importance. À cette fin, la Commission a préconisé un nouveau partenariat avec les États membres pour l'application du droit des aides d'État fondé sur la simplification des règles et une plus grande rapidité d'action ainsi que sur un ensemble de changements législatifs incluant notamment l'extension du règlement général d'exemption par catégorie (« RGEC ») (jusqu'à couvrir plus de 96 % des mesures d'aides), des modifications au règlement de procédure de 1999 et des nouvelles règles d'examen de la compatibilité des aides largement inspirées des dernières avancées en matière d'analyse économique.

#### 2° Changement de méthode : d'un contrôle ex ante à un contrôle essentiellement ex post

5 - Alors que le traité de Rome est fondé sur un contrôle essentiellement ex ante de l'octroi des aides d'État (notification pré-

alable à la Commission, effet suspensif, approbation par la Commission et sauvegarde par les juridictions nationales des droits subjectifs des tiers), la modernisation des aides d'État (un peu à l'instar de celle du droit des ententes) a renversé la logique. Avec la maturité à laquelle le développement de la jurisprudence européenne et de la pratique décisionnelle de la Commission a abouti, l'extension du RGEC fait qu'aujourd'hui plus de 96 % des nouvelles mesures d'aides ne sont plus notifiées à la Commission<sup>2</sup>. Les États membres peuvent les mettre en œuvre sans autorisation préalable de la Commission en suivant les règles détaillées du RGEC (et du règlement « *de minimis* »).

6 - Le système de contrôle est inversé : la Commission fait confiance à la responsabilité des États membres d'appliquer correctement les principes de compatibilité des aides du RGEC et effectue un contrôle ex post de cette application.

#### 3° Transparence

7 - Afin d'accompagner ce mouvement de « décentralisation » et de faire remonter les cas difficiles et faciliter les plaintes contre les États membres, la Commission a mis en place un registre des aides par lequel les tiers peuvent prendre connaissance des mesures d'aides appliquées, censées respecter les règles d'exemption du RGEC. Les États membres sont tenus, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016, de publier le nom du bénéficiaire et le montant de toute aide d'État excédant 500 000 euros. La Commission a mis au point une nouvelle plateforme informatique baptisée *Transparency Award Module* (TAM)<sup>3</sup>, sur laquelle tous les États membres doivent encoder et publier des informations relatives à ces mesures d'aides. À ce jour, plus de 45 000 aides octroyées ont été publiées par 25 États membres.

8 - Ce système vient s'ajouter aux règles imposant aux États membres d'informer la Commission de l'adoption des mesures d'aides appliquant le RGEC (publication d'un cartouche d'information au *Journal officiel*).

#### 4° Évaluation/Surveillance

9 - La Commission s'est également dotée d'un ensemble de procédures d'évaluation ex post systématique des mesures d'aides importantes. 539 mesures sont concernées sur la période 2006-2017 avec environ 30 % d'irrégularités identifiées par la Commission qui poursuit son enquête à l'égard des États membres concernés.

#### 5° Extension du règlement général d'exemption par catégorie (« RGEC »)<sup>4</sup>

10 - Actuellement, le champ d'application étendu du RGEC couvre plus de 96 % des (nouvelles) mesures d'aides accordées par les États membres. La Commission n'assure donc plus un contrôle ex ante des aides d'État que dans 4 % des nouveaux cas introduits depuis 2015. Comme indiqué dans le tableau ci-après, la plupart des États membres ne notifient d'ailleurs plus du tout d'aides à la Commission (essentiellement en matière d'aides régionales, au capital à risque et à la recherche et au développement). Depuis l'extension du RGEC, l'augmentation de sa couverture a été exponentielle. Les dépenses totales en faveur de mesures couvertes par le RGEC se sont élevées à 41,7 milliards d'euros en 2017 (en hausse de 7,8 milliards d'euros par rapport

1. CJUE, 14 févr. 1990, aff. C-301/87, République française c/ Comm. : EU : C : 1990 : 67.

2. V. [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/scoreboard/index\\_en.html et IP/19/663](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html et IP/19/663).

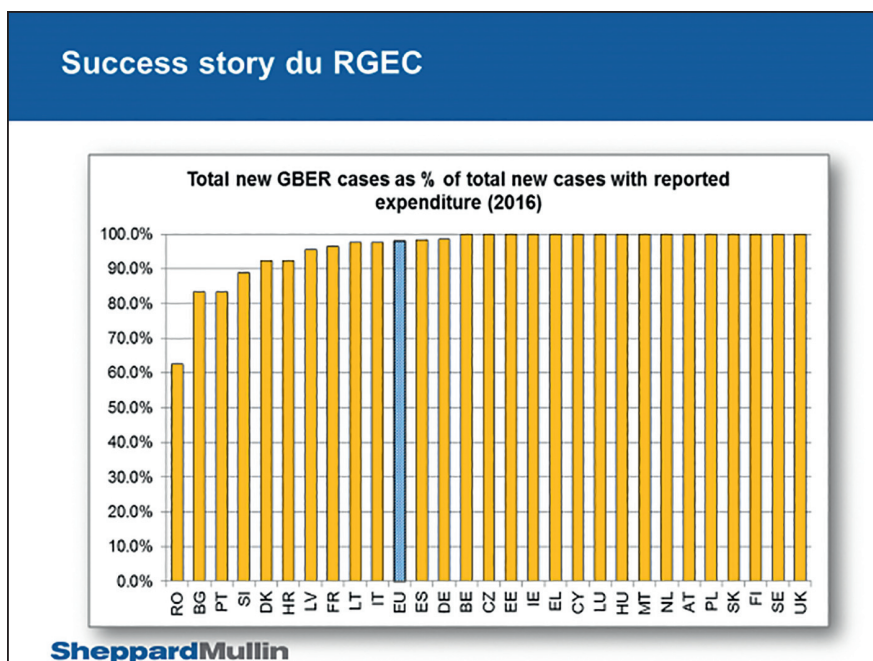
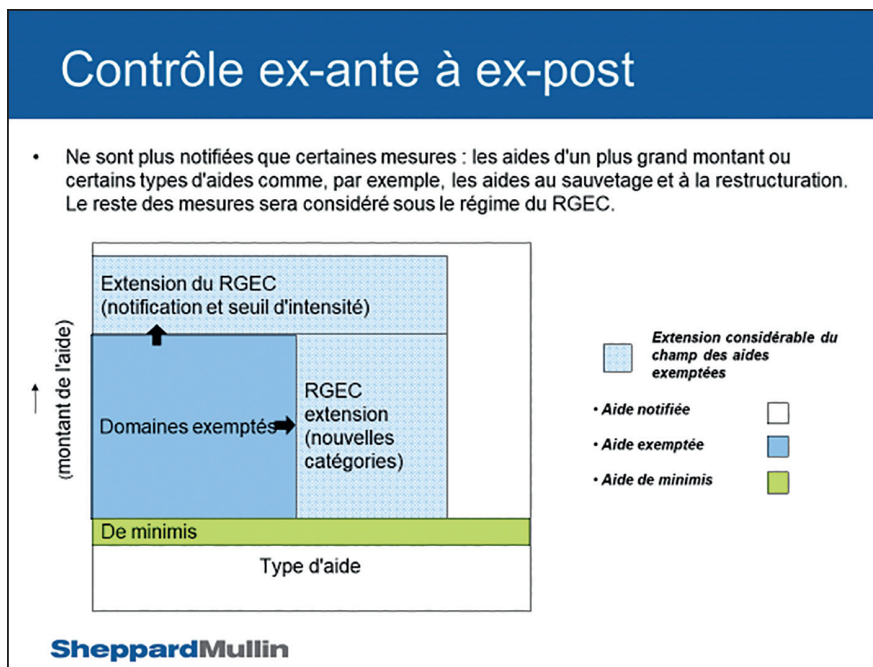
3. V. <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public/search/home?lang=fr>.

4. Comm. UE, règl. (UE) n° 651/2014, 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité : JOUE n° L 187, 26 juin 2014, p. 1.

à 2016). Pour la première fois, les dépenses au titre du RGEC ont augmenté pour l'ensemble des objectifs possibles notamment pour le haut débit et les infrastructures locales et récréatives polyvalentes (+129 %), les aides aux petites et moyennes entreprises et le financement des risques (+81 %), le soutien social à des consommateurs individuels (+56 %), la recherche, le développement et l'innovation (+30 %), les aides à la culture et à la conservation du patrimoine (+28 %) et les aides à l'emploi (+21 %). Les aides couvertes par le RGEC représentent environ 34 milliards d'euros en 2016. Seuls les « accidents » sont encore notifiés à la Commission : mesures de sauvetage et restructura-

tion, mesures dépassant les critères de compatibilité du RGEC, mesures « en dehors des clous » vu les objectifs spécifiques de politique économique des États membres qui ont besoin d'aller au-delà du RGEC. Ce constat doit toutefois être largement nuancé : en réalité, environ 45 % des dépenses d'aides d'État des États membres sont encore notifiées pour approbation préalable de la Commission. Cela démontre que la Commission devrait pouvoir se concentrer sur les mesures les plus importantes et celles qui soulèvent des questions juridiques non déjà résolues par les principes retenus par le RGEC.

11 - Les tableaux qui suivent illustrent bien cette évolution :



Source : Score Board DG COMP 2018

### 6° « Fitness check » – évaluation ex post

12 - Le 7 janvier 2019<sup>5</sup>, la Commission a lancé un programme ambitieux de « fitness check » d'un ensemble de sept régimes de compatibilité d'aides d'État avec le marché intérieur qui devraient expirer en 2020. Sur le fondement du résultat de leur évaluation approfondie, la Commission décidera de les prolonger de 2 ans ou, éventuellement, de les mettre à jour à l'avenir.

13 - La Commission évalue actuellement la plupart des règles en matière d'aides d'État. Un « bilan de qualité » sera formé à partir d'études internes et externes. Elle fournira une base pour les décisions que prendra la Commission à l'avenir quant à la prolongation ou à la mise à jour éventuelle des règles à savoir : le RGEC, le règlement « de minimis », les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale, les lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques, les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie, les lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration, l'encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, la communication sur les projets importants d'intérêt européen commun, les lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques, les lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie, les lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration, les lignes directrices sur le transport ferroviaire et la communication sur le crédit à l'exportation à court terme.

### 7° Impact procédural de la modernisation

14 - Si les objectifs précités sont louables, il demeure que tout repose sur la bonne volonté de coopération et de transparence des États membres. Or, il est un fait qu'une proportion très importante du droit des aides d'État n'existerait tout simplement pas s'il n'y avait pas d'infractions à la procédure en matière d'aides d'État. Et les États membres violent constamment, depuis toujours, ces règles vu leurs objectifs politiques et économiques, déformés par leur perception, par définition, égoïste et non pan-européenne.

15 - Le système actuellement en place est le contraire de celui prévu le TFUE. Les États membres, plutôt que d'ajuster leurs actions en fonction des besoins spécifiques, n'ont pour but que de couler leurs actions dans le moule du RGEC, afin d'éviter les procédures de notification devant la Commission. Cela ne fait que rigidifier les politiques de support public à l'économie.

16 - Le risque est par ailleurs accru de divergences d'interprétation sur la notion d'aide et de violations de l'obligation de notification préalable et de non mise à exécution des mesures concernées lorsque le RGEC ne s'applique pas.

17 - S'agissant des aides encore notifiées, trois phases d'examen régissent la procédure avec la Commission : une phase de pré-notification qui permet, comme en matière de contrôle des concentrations, de préparer la phase de notification (jeu de questions et réponses pour aboutir à une notification complète permettant l'examen efficace des questions de fond), une phase d'examen préliminaire (phase I) à la suite de la notification et une phase de procédure formelle d'examen lorsque la Commission est confrontée, à l'issue de cette phase I à des doutes (quant à la qualification d'aide ou quant à la compatibilité avec le marché intérieur). La Commission a publié un code

de bonnes pratiques (d'abord en 2009 avec une mise à jour en 2018) pour la mise en œuvre de ces principes avec les États membres<sup>6</sup>.

18 - Les conditions dans lesquelles ces trois phases se déroulent ont suscité des plaintes et une série d'annulations de décisions de la Commission qui a été accusée de détourner, avec la complicité des États membres concernés, la phase de pré-notification pour en faire une phase d'examen au fond afin de n'avoir plus qu'à entériner des décisions de compatibilité en phase I, évitant par là l'ouverture de longues procédures formelles d'examen (phase II), en dépit parfois de doutes quant à la compatibilité des aides lors de leur notification. L'enjeu est bien sûr le droit des tiers de soumettre des observations à la Commission qui n'existe qu'en phase II alors qu'une décision adoptée en phase I interviendra un peu comme un élément de surprise pour tout le monde sauf pour l'État membre notifiant et, éventuellement le bénéficiaire lorsqu'il ne s'agit pas d'un régime d'aide concernant un nombre indéterminé de bénéficiaires. En effet, vu l'absence totale de publicité d'une notification en matière d'aides (au contraire du contrôle des concentrations), une décision de compatibilité adoptée en phase I est un fait accompli pour les tiers qui ne peut plus qu'être éventuellement contesté devant les juridictions européennes.

## B. - Derniers changements législatifs

### 1° Moyens d'instruments financiers européens

19 - Le champ d'application du règlement d'habilitation du Conseil qui est le fondement du RGEC a été étendu, par un règlement du 26 novembre 2018, à deux nouvelles catégories d'aides :

- les financements acheminés ou soutenus par les instruments financiers ou les garanties budgétaires de l'Union gérés de manière centralisée, lorsque l'aide est octroyée sous forme de financement supplémentaire au moyen de ressources d'État ;
- les projets soutenus par les programmes de l'Union en matière de coopération territoriale européenne.

### 2° Dernière extension du RGEC

20 - En mai 2017, la Commission a étendu le champ d'application du RGEC aux ports et aux aéroports, à la suite de deux consultations publiques.

21 - Les États membres peuvent réaliser sans notification préalable des investissements publics allant jusqu'à 150 millions d'euros dans les ports maritimes et jusqu'à 50 millions d'euros dans les ports intérieurs. Ils peuvent également couvrir les coûts de dragage des ports et des voies navigables d'accès.

21 - Les États membres peuvent également réaliser sans notification préalable des investissements publics au soutien des aéroports régionaux accueillant jusqu'à 3 millions de passagers par an. Le règlement modifié couvre également les coûts d'exploitation des petits aéroports accueillant jusqu'à 200 000 passagers par an (50 % des aéroports) qui ne représentent que 0,75 % du trafic aérien.

## C. - « Exportation » du contrôle des aides d'État en dehors de l'Union européenne

### 1° Objectifs

22 - La Commission souhaite créer une situation de concurrence non faussée globalement pour les entreprises euro-

5. Communiqué de la Commission, IP/19/182.

6. Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État : JOUE n° C 253, 19 juill. 2018, p. 5.

peennes, à l'intérieur et en dehors de l'Union européenne. Elle cherche à éviter le détournement des mesures de libéralisation globale et de commerce international par des mesures des pays tiers de soutien à leurs industries. L'Union européenne cherche à montrer aux pays tiers les effets négatifs des aides d'État qui faussent le fonctionnement normal des marchés, ont un coût d'opportunité avec leur impact négatif sur les budgets publics, et qui engendrent une surenchère des mesures de soutien au niveau global.

## 2° Multilatéral

23 - L'accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires soumet déjà à des disciplines le recours à des subventions, et régleme les mesures que les pays peuvent prendre pour compenser les effets de subventions. Mais on connaît la portée limitée de cet accord et ses faiblesses de mise en œuvre. La Commission travaille sur des mesures « OMC+ » qui incluraient les subventions aux services, seraient plus transparentes (notification) et pourraient déboucher sur un système de contrôle *ex ante*. Des discussions triparties UE, U.S. et Japon sont en cours à ce sujet, ainsi qu'au sein de l'OCDE, du G7 et du G20.

24 - S'agissant des pays candidats à l'adhésion, les accords de stabilisation et d'association intègrent également les dispositions en matière d'aides d'État. Par exemple, tous les pays des Balkans (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Kosovo, Macédoine du Nord, Géorgie, Moldavie, Monténégro, Serbie et Ukraine) font partie avec l'Union européenne de la Communauté de l'énergie (en vigueur depuis 2006) qui crée un marché de l'énergie pan-européen en intégrant notamment les règles sur les aides d'État.

## 3° Bilatéral

25 - L'Union européenne a fait des avancées avec ses partenaires voisins dans sa périphérie. Le concept d'accord de libre-échange complet et approfondi (Aleca) ou *Deep and Comprehensive Free Trade Agreement (DCFTA)* est développé notamment avec l'Ukraine, la Géorgie et la Moldavie dans le cadre des accords d'association avec l'Union européenne. Le droit ukrainien a repris ainsi l'intégralité de « l'acquis communautaire », y compris les règles d'aides d'État avec toute la jurisprudence européenne y associée.

26 - S'agissant de la Chine, l'Union européenne poursuit son dialogue qui comprend les questions d'aides d'État. Sans être naïf à ce sujet, on peut néanmoins constater une curiosité certaine de la Chine quant au mécanisme européen de contrôle des aides d'État qui peut l'inspirer pour discipliner ses provinces à l'intérieur de la Chine. L'Union européenne révisé également son accord avec la Suisse et a, par ailleurs, sous l'impulsion de la Commission, intégré des chapitres « aides d'État » dans les accords (ou projets d'accords) de libres échanges à divers degrés de développement notamment avec le Canada (Ceta, accord économique et commercial global faisant encore référence aux « subventions »), le Mexique (accord de principe en avril 2018) et Mercosur, la Tunisie (négociations depuis avril 2015 pour un DCFTA sur la base de l'accord d'association), l'Ukraine (2016), le Japon, la Corée du Sud, Singapour (2018, ratifications en cours), le Vietnam (2018) et l'Australie (ouverture de négociations en mai 2018).

## 2. Jurisprudence européenne

27 - Les conditions de l'existence d'une aide d'État (développées par la jurisprudence à partir des critères de la définition « ouverte » de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE) sont cumu-

latives : (i) octroi à une entreprise ; (ii) d'un avantage ; (iii) sélectif ; (iv) au moyen de ressources d'État et imputable à l'État ; (v) faussant ou menaçant de fausser la concurrence et (vi) susceptible d'affecter les échanges entre États membres. La communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État<sup>7</sup> apporte une synthèse de la jurisprudence sur cette question.

28 - On illustrera certaines de ces conditions à partir d'exemples récents de la jurisprudence. On notera que les deux dernières conditions (distorsion de la concurrence et affectation des échanges) sont des conditions présumées en droit à partir du moment où la condition de l'avantage est remplie<sup>8</sup>. À ce titre, le droit des aides d'État se distingue profondément du droit anti-trust. Il n'est pas nécessaire de recourir à une analyse de marché précise, ni de prouver les effets concertés de distorsion de concurrence pour conclure à l'existence d'une aide. Ces éléments sont par contre nécessaires pour en examiner la compatibilité avec le marché intérieur. Cette situation spécifique se justifie par les pouvoirs exclusifs de la Commission pour examiner cette compatibilité et par la nécessité de maintenir une définition large de la notion d'aide, non soumise à l'interprétation unilatérale des États membres, en vue d'entraîner la notification à la Commission des aides dans la plupart des cas (celles qui demeurent non couvertes aujourd'hui par le RGEC).

### A. - Notion d'aide d'État

#### 1° Avantage

##### a) Applicabilité du critère de l'opérateur en économie de marché

29 - L'affaire de la recapitalisation de EDF a trouvé un épilogue avec une ordonnance rendue par la Cour de justice, rejetant, en décembre 2018, un pourvoi de EDF contre un arrêt du Tribunal de janvier 2018 qui appliquait les critères confirmés par la Cour en 2012<sup>9</sup>.

30 - L'affaire EDF trouve sa source dans le non-paiement par EDF, en 1997, de l'impôt sur les sociétés correspondant au reclassement comptable en capital des provisions constituées pour le renouvellement du réseau de transport d'électricité non utilisées, dans le cadre de la concession du réseau d'alimentation générale (« RAG ») accordée par l'État français. En 2003, la Commission a décidé que cette opération de restructuration du bilan et d'augmentation de capital d'EDF par l'État français contenait des éléments d'aides d'État illégaux et incompatibles avec le marché intérieur du fait de la renonciation à une créance fiscale de plus de 888 millions d'euros. En 2009<sup>10</sup>, le Tribunal a annulé la décision de 2003 jugeant que la seule circonstance que l'État ait accès à des ressources financières découlant de l'exercice de la puissance publique ne permet pas de justifier, à elle seule, que les mesures financées par la renonciation à ces ressources soient considérées comme relevant de ses prérogatives de puissance publique. Autrement dit, la Commission aurait dû, selon le Tribunal, envisager l'applicabilité du critère de l'investisseur privé pour déterminer l'existence d'une aide et non pas déduire cette existence du seul fait de l'octroi d'une exemp-

7. Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : JOUE n° C 262, 19 juill. 2016, p. 1 à 50.

8. V. J. Derenne and V. Verouden, *Distortion of Competition and Effect on Trade, Chapter 5 in EU State Aid Control : Law and Economics* : (eds) Philipp Werner & Vincent Verouden, *Kluwers Law International*, 2017, p. 168 à 189.

9. CJUE, 13 déc. 2018, aff. C-221/18 P, EDF c/ Comm. : EU : C : 2018 : 1009.

10. Trib. UE, 15 déc. 2009, aff. T-156/04, EDF c/ Comm., EU:T:2009:505.



tion fiscale. En 2012, sur pourvoi de la Commission, la Cour de justice a confirmé cette analyse<sup>11</sup>.

31 - La Commission a adopté une nouvelle décision le 22 juillet 2015 (SA.13869), examinant l'application du critère de l'investisseur privé et a, à nouveau, déclaré que la mesure en cause constituait une aide illégale et incompatible avec le marché intérieur. Elle en a donc exigé sa récupération (exécutée le 13 octobre 2015).

32 - Sur un nouveau recours de EDF, par un arrêt du 16 janvier 2018<sup>12</sup>, le Tribunal a approuvé la position de la Commission et rejeté le recours d'EDF contre la décision de 2015. Le Tribunal considérait en effet qu'EDF et l'État français n'avaient pas avancé d'éléments permettant d'établir sans équivoque que la République française avait pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage, c'est-à-dire en l'espèce la renonciation à percevoir l'impôt lors du reclassement des droits du concédant en dotation en capital, la décision de procéder, par cette mesure, à un investissement dans EDF. Au moment de l'adoption de cette décision, la République française n'avait donc pas évalué, comme l'aurait fait un investisseur privé, la rentabilité de l'investissement que constituerait l'octroi d'un tel avantage à EDF. C'est cet arrêt de 2018 qui a fait l'objet d'un nouveau pourvoi d'EDF que la Cour rejette comme manifestement infondé par son ordonnance du 13 décembre 2018.

33 - L'arrêt Frucona Košice<sup>13</sup> développe un thème similaire en clarifiant les obligations de la Commission lorsqu'il s'agit d'appliquer le critère de l'opérateur en économie de marché pour qualifier une mesure d'aide. La Cour de justice y confirme un arrêt du Tribunal exigeant de la Commission européenne qu'elle analyse, même à la seule demande du bénéficiaire, tous les éléments qu'un État membre aurait dû prendre en considération pour apprécier, *ex ante*, le comportement d'un créancier privé hypothétique se trouvant dans une situation similaire. Cette affaire est dans la lignée des arrêts Ryanair/Aéroport de Charleroi<sup>14</sup> ou EDF précité qui exigent de la Commission une application stricte du test de l'opérateur en économie de marché alors qu'à première vue cette application pouvait ne pas s'imposer à l'évidence, vu la nature de l'action de l'État (exercice par l'État de son pouvoir fiscal notamment). Mais, c'est la première fois que la Commission se voit obligée en quelque sorte de « soulever d'office » le critère de l'opérateur en économie de marché (en tout cas son analyse approfondie), contre la position affichée par l'État membre concerné, admettant l'existence d'une aide.

#### b) Clubs de football professionnels

34 - La Commission s'est penchée depuis quelques années sur la situation des clubs de football professionnels au regard des règles en matière d'aides d'État. À la suite d'informations sur le financement de ces clubs recueillies des États membres, la Commission a ouvert des procédures relatives à des mesures en faveur de la construction et de la rénovation de stades et à des mesures fiscales. Trois procédures à l'encontre de l'Espagne ont donné lieu à des décisions négatives.

35 - La procédure SA.29769 portait sur des avantages fiscaux découlant de la loi espagnole sur le sport de 1990 obligeant les clubs sportifs professionnels à se transformer en sociétés anonymes sportives (SAS), mais avec des exceptions s'agissant des clubs ayant réalisé un résultat positif lors des exercices précédant son adoption et bénéficiant d'un taux spécifique d'imposi-

tion sur les sociétés. Le Tribunal a annulé la décision en jugeant que la Commission ne s'est pas acquittée de la charge de prouver que la mesure en cause conférait un avantage à ses bénéficiaires<sup>15</sup>.

36 - La procédure SA.36387 concernait des garanties accordées par une entité publique dans le cadre de prêts en faveur de trois clubs de la Communauté de Valence (le FC Valence, l'Hércules d'Alicante et le FC Elche) qui connaissaient des difficultés financières. Le Tribunal a également annulé cette décision en constatant que la Commission n'avait pas examiné une contre-garantie et qu'elle aurait dû expliquer comment elle en a tenu compte. Il conclut donc au défaut de motivation de la décision attaquée à cet égard<sup>16</sup>.

37 - La troisième procédure (SA.33754) avait trait à un transfert immobilier entre le Real Madrid et la ville de Madrid. Il s'agissait dans cette affaire complexe de compensation pour accord de transfert immobilier non exécuté par la ville de Madrid de déterminer si un investisseur privé comparable aurait pu procéder, dans les circonstances de l'espèce, à l'investissement concerné. En l'espèce, la Commission n'avait pas examiné la valeur de parcelles cédées effectivement, reprenant simplement les valeurs retenues dans un accord transactionnel alors que cette valeur était contestée dans un rapport d'audit. Le Tribunal annule la décision pour défaut de motivation<sup>17</sup>.

## 2° Sélectivité et mesures fiscales

### a) « Tax ruling »

38 - Dans ses fameuses décisions Apple, Amazon, Starbucks ou encore Fiat-Chrysler, la Commission s'attaque aux « *tax ruling* », décisions fiscales anticipées ou encore « *rescrits fiscaux* » des administrations fiscales de certains États membres, lorsque ces décisions apparaissent s'écarter manifestement des principes généralement admis, selon la Commission, en matière de fiscalité internationale dans le cadre des optimisations fiscales des opérations notamment des multinationales. Toutes ces décisions ont été contestées devant le Tribunal de l'Union européenne.

39 - En février 2019, le Tribunal a adopté son premier arrêt dans ces affaires et a annulé la décision contestée concernant une mesure belge dite des « *bénéfices excédentaires* »<sup>18</sup>. On s'attendait à un arrêt important sur de nombreuses questions (comme l'application du principe fiscal de « *pleine concurrence* » ou les critères de la sélectivité, etc.) défrayant la chronique depuis quelque temps. On doit déchanter assez rapidement car le Tribunal a fait preuve d'économie en se focalisant sur deux points, essentiels par ailleurs, la compétence de la Commission d'appliquer les règles sur les aides d'État pour contester ces mesures fiscales en dépit de l'autonomie fiscale des États membres et la notion de régime d'aide.

40 - Il s'agit donc à la fois d'une victoire et d'une défaite (provisoire ?) pour la Commission (qui a formé un pourvoi contre cet arrêt).

41 - Selon le droit fiscal général belge (le Code des impôts sur les revenus ou « *CIR 92* »), les sociétés sont imposables sur le montant total de leurs bénéfices, y compris les dividendes distri-

11. CJUE, 5 juin 2012, aff. C-124/10 P, *Comm. c/ EDF*, EU:C:2012:318.

12. Trib. UE, 6 janv. 2019, aff. T-747/15.

13. CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-300/16 P, *Frucona Košice c/ Comm.* : EU:C:2017:706.

14. Trib. UE, 17 déc. 2008, aff. T-196/04, *Ryanair c/ Comm.* : EU:T:2008:585.

15. Trib. UE, 26 févr. 2019, aff. T-679/16, *Athletic Club* : EU:T:2019:112 (rejet). – Trib. UE, 26 févr. 2019, aff. T-865/16, *Fútbol Club Barcelona* : EU:T:2019:113 (annulation ; pourvoi : C-362/19 P).

16. Trib. UE, 22 mars 2019, aff. T-766/16, *Hércules Club de Fútbol* : EU:T:2019:173.

17. Trib. UE, 22 mai 2019, aff. T-791/16, *Real Madrid Club de Fútbol* : EU:T:2019:346.

18. Trib. UE, 14 févr. 2019, aff. T-131/16 et T-263/16, *Belgique et Magnetro International c/ Comm.* : EU:T:2019:91 (pourvoi : C-337/19 P).

bués. Une loi du 24 décembre 2002 a institué un système de décision anticipée en matière fiscale qui permet au service public fédéral des finances de se prononcer par voie de décision anticipée sur toute demande relative à l'application des lois d'impôts. Une loi du 21 juin 2004 a introduit de nouvelles dispositions fiscales concernant les transactions transfrontalières d'entités liées au sein d'un groupe multinational, prévoyant notamment une correction des bénéfices soumis à l'impôt, dénommée « ajustement corrélatif ». Son objectif<sup>19</sup> est d'assurer que la base imposable des sociétés assujetties à l'impôt en Belgique puisse être adaptée par des corrections sur les bénéfices résultant de transactions transfrontalières intragroupes, lorsque les prix de transfert appliqués ne reflètent pas les mécanismes de marché et le principe de pleine concurrence.

42 - Sans rentrer dans les détails de la décision de la Commission, il suffit de relever que le Tribunal n'examine pas les éléments avancés par la Commission pour conclure à l'existence d'une aide illégale et incompatible en l'espèce car il va s'arrêter aux deux seuls moyens tirés d'une prétendue ingérence de la Commission, outrepassant ses compétences en matière d'aides d'État, dans les compétences exclusives du Royaume de Belgique en matière de fiscalité directe et d'une violation de la notion de régime d'aides, notamment du fait de l'identification incorrecte des actes sur la base desquels se fonderait le prétendu régime et de la considération erronée selon laquelle le régime d'aides ne requiert pas des mesures d'application supplémentaires.

43 - Le premier moyen tourne en faveur de la Commission. C'est sa victoire dans cette affaire. Le Tribunal confirme fermement sa compétence pour mener sa politique de contestations de certaines mesures de *tax ruling* par l'application des règles sur les aides d'État. Le Tribunal rappelle qu'en l'état actuel du développement du droit de l'Union, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, les États doivent exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union et que la Commission est compétente pour veiller au respect de l'article 107 du TFUE. C'était assez évident. Si une mesure fiscale affecte la base d'imposition prise en compte par les autorités fiscales et qu'elle opère, en fait, une discrimination entre des sociétés se trouvant dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par cette mesure fiscale et de ce fait confère aux bénéficiaires de la mesure des avantages sélectifs qui favorisent « certaines » entreprises ou « certaines » productions, elle relève de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE et la Commission est compétente.

44 - Le second moyen est en défaveur de la Commission qui voit sa décision annulée s'agissant de la définition de la notion de « régime d'aides ». Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, sous d, du règlement 2015/1589, un régime d'aides comprend toute disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides peuvent être octroyées individuellement à des entreprises, définies d'une manière générale et abstraite dans ladite disposition, et toute disposition sur la base de laquelle une aide non liée à un projet spécifique peut être octroyée à une ou à plusieurs entreprises pour une période indéterminée ou pour un montant indéterminé. Selon le Tribunal, la décision de la Commission a pris la disposition fiscale en cause comme étant la base du prétendu régime d'aides en cause dont l'application serait déduite de l'exposé des motifs d'une loi, d'une circulaire administrative, et des réponses du ministre des Finances aux questions parlementaires sur l'application de ladite disposition. Le Tribunal conclut, à la suite d'un examen approfondi, à ce que le prétendu régime d'aides requiert des mesures

supplémentaires d'application, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous d, du règlement 2015/1589. Il ne peut donc s'agir d'un régime d'aides et la décision est annulée pour ce seul motif.

#### b) « World Duty Free »

45 - Le 15 novembre 2018, le Tribunal a rendu plusieurs arrêts<sup>20</sup> qui font suite à l'arrêt *World Duty Free* de la Cour du 21 décembre 2016<sup>21</sup> qui avait annulé deux arrêts du Tribunal<sup>22</sup> à propos d'un régime fiscal espagnol. La Cour avait renvoyé les affaires au Tribunal, qui avait suspendu la procédure dans les autres affaires. Le Tribunal a adopté ses nouveaux arrêts le même jour, sur renvoi et sur les affaires en suspens.

46 - Selon le droit fiscal espagnol, l'amortissement de la valeur financière n'est permis qu'en cas de regroupement d'entreprises. Toutefois, en 2001, une modification de la loi relative à l'impôt des sociétés a permis aux sociétés résidentes fiscales espagnoles de déduire, sous la forme d'un amortissement, la survaleur financière (*goodwill*) en cas de prise de participation dans une société qui n'est pas fiscalement domiciliée en Espagne (d'au moins 5 % et détenue de manière ininterrompue pendant au moins 1 an).

47 - En 2014, le Tribunal avait jugé que le régime fiscal en cause ne pouvait pas être considéré comme une mesure d'aide d'État car il ne remplissait pas le critère de sélectivité, l'avantage fiscal étant, *a priori*, accessible à toute entreprise. En 2016, la Cour a annulé ces arrêts en considérant que le Tribunal avait mal appliqué le critère de sélectivité : le seul critère pertinent pour établir la sélectivité d'une mesure fiscale nationale consiste à déterminer si la mesure est de nature à favoriser certaines entreprises par rapport à d'autres qui sont dans une situation factuelle et juridique comparable et qui subissent un traitement différent qui peut être qualifié de discriminatoire. La Cour confirme l'application stricte de son test en trois étapes : (i) la Commission doit, dans un premier temps, identifier le régime fiscal commun ou « normal » applicable dans l'État membre concerné et ; (ii) dans un second temps, démontrer que la mesure fiscale en cause déroge audit régime commun, dans la mesure où elle introduit des différenciations entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime commun, dans une situation factuelle et juridique comparable ; (iii) sauf à l'État membre concerné de démontrer que cette différenciation est justifiée dès lors qu'elle résulte de la nature ou de l'économie du système dans lequel elles s'inscrivent.

48 - Jugeant à nouveau l'affaire, le Tribunal est bien obligé de suivre la position de la Cour et de conclure que la mesure est sélective, même si l'avantage est accessible à toutes les entreprises assujetties à l'impôt des sociétés en Espagne. Ainsi, une mesure peut être sélective même si la différence de traitement repose sur le seul choix d'une entreprise de bénéficier d'une mesure ou non. La Cour a ainsi en quelque sorte créé le concept de « sélectivité comportementale ».

20. Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-207/10, *Deutsche Telekom AG* : EU : T : 2018 : 786. – Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-227/10, *Banco Santander* : EU : T : 2018 : 785. – Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-239/11, *Sigma Alimentos Exterior* : EU : T : 2018 : 781. – Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-405/11, *Axa Mediterranean* : EU : T : 2018 : 780. – Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-406/11, *Prosegur Compañía de Seguridad* : EU : T : 2018 : 793. – Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-219/10 RENV, *World Duty Free Group* : EU : T : 2018 : 784. – Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-399/11 RENV, *Banco Santander et Santusa* : EU : T : 2018 : 787.

21. CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-20/15 Pet C-21/15 P. - V. nos commentaires dans *Concurrences*, n° 1-2017, p. 153 à 163. – Et *Commission v World Duty Free Group a.o.* : selectivity in (fiscal) State aid : quo vadis Curia ? : *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, n° 5, Oxford University, p. 311 à 313.

22. Trib. UE, 7 nov. 2014, aff. T-219/10, *Autogrill España*. – Trib. UE, 7 nov. 2014, aff. T-399/11, *Banco Santander*.

19. CIR 92, Art. 185, § 2.

49 - Des pourvois ont été à nouveau formés en janvier 2019 contre ces arrêts<sup>23</sup>.

c) « Lübeck »

50 - En décembre 2016, le même jour que l'arrêt *World Duty Free* précité, la Cour<sup>24</sup> prenait une position diamétralement opposée du fait d'une analyse très stricte du cadre de référence en cause préalable à toute constatation de traitement différencié d'opérations dans des situations juridiques et factuelles comparables et donc de la présence d'une sélectivité. Il s'agissait des modalités de redevances aéroportuaires à l'aéroport de Lübeck (la ville de Lübeck venant aux droits de l'exploitant de l'aéroport, *Flughafen Lübeck*, « FL »).

51 - En termes de sélectivité, tout est une question de point de vue. Parfois, cela peut apparaître évident. Parfois pas. D'où, la casuistique entourant cette condition de la notion d'aide. Dans l'affaire *Lübeck*, la Cour de justice confirme un arrêt du Tribunal annulant la décision de la Commission européenne pour erreur manifeste d'appréciation relative à la condition de sélectivité.

52 - FL avait adopté un règlement en 2006 s'appliquant à l'ensemble des compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck. Estimant que cette mesure était susceptible de constituer une aide d'État, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE. L'arrêt du Tribunal annule ladite décision en jugeant que la mesure constituée par le règlement de 2006 n'était pas sélective. Selon le Tribunal (et la Cour), la sélectivité retenue par la Commission dans sa décision litigieuse se fondait sur le seul motif que les avantages en cause étaient accordés uniquement aux compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck. Le régime juridique spécifique des règlements sur les redevances aéroportuaires est également pertinent : il ne s'applique qu'aux compagnies aériennes fréquentant l'aéroport en cause et les compagnies opérant sur d'autres aéroports ne se trouvent donc pas dans une situation comparable à celle des compagnies utilisant l'aéroport de Lübeck.

53 - La seule circonstance que le règlement de 2006 ne s'appliquait qu'aux compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck n'était donc pas pertinente pour considérer que celui-ci présentait un caractère sélectif : toutes les compagnies aériennes pouvant bénéficier des dispositions tarifaires dudit règlement.

54 - Le fait que l'aéroport de Lübeck soit en concurrence directe avec celui de Hambourg ou avec d'autres aéroports allemands et que seules les compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck profitent du règlement de 2006 ne suffit pas à démontrer le caractère sélectif de ce règlement.

55 - D'autres arrêts relatifs à ce critère de sélectivité peuvent être mentionnés : ANGED<sup>25</sup>, *Dirk Andrès*<sup>26</sup>, *Leasing fiscal espagnol*<sup>27</sup>, *A-Brauerei*<sup>28</sup> et taxe sur le chiffre d'affaires en Pologne<sup>29</sup>. Dans cette dernière affaire, jugée le 16 mai 2019, le

Tribunal a annulé une décision de la Commission qui qualifiait d'aide d'État un impôt polonais progressif sur le chiffre d'affaires de la vente au détail. Le régime n'avait pas encore été mis en œuvre. Selon le Tribunal, la Commission a commis deux erreurs : elle a identifié un régime « normal » soit incomplet, sans taux d'imposition, soit hypothétique, avec un taux d'imposition unique ; elle a retenu comme objectif de l'impôt sur le commerce de détail un objectif différent de celui qui était avancé par les autorités polonaises. Le Tribunal explique « qu'il existe des impôts dont la nature n'empêche pas qu'ils soient assortis de dispositifs de modulation, pouvant aller jusqu'à des exonérations, sans pour autant que lesdits dispositifs conduisent à l'octroi d'avantages sélectifs. Leur caractère sélectif est absent si ces différences d'imposition et les avantages qui peuvent en découler, même justifiés par la seule logique gouvernant la répartition de l'impôt entre les contribuables, résultent de l'application pure et simple, non dérogatoire, du régime « normal », si les situations comparables sont traitées de manière comparable et si ces dispositifs de modulation ne méconnaissent pas l'objectif de l'impôt concerné. De même, des dispositions particulières prévues pour certaines entreprises à raison de situations qui leur sont propres, les faisant bénéficier d'une modulation, voire d'une exonération, d'impôt, ne doivent pas s'analyser comme constitutives d'un avantage sélectif si ces dispositions ne contreviennent pas à l'objectif de l'impôt en question »<sup>30</sup>.

### 3° Imputabilité à l'État

56 - En mars 2019, le Tribunal a annulé une décision de la Commission qui considérait comme une aide d'État l'intervention d'un fonds interbancaire en faveur d'une banque en difficulté. Le Tribunal a jugé que cette intervention n'était ni imputable à l'État, ni financée par des ressources d'État<sup>31</sup>.

57 - Cet arrêt *Tercas* retient une approche restrictive de la notion de ressources d'État et d'imputabilité d'une mesure à l'État comme pour un arrêt 2 jours plus tard de la Cour dans l'affaire *Allemagne c/ Commission*<sup>32</sup>. Il s'agit du sauvetage d'une banque italienne par un consortium bancaire de droit privé (fonds interbancaire de tutelle des dépôts [« FITD »]), sous haute surveillance de l'État italien, au moyen de contributions obligatoires du secteur.

58 - Pour le Tribunal, une entité privée dispose d'une autonomie de principe sur le plan décisionnel. Pour conclure à l'opposé, la Commission doit démontrer que la mesure en cause a été adoptée sous l'influence ou le contrôle effectif des autorités publiques et que la mesure était en réalité imputable à l'État. Le Tribunal exige un standard de preuve d'imputabilité très élevé en examinant la portée du mandat public confié au FITD et l'autonomie dont disposait ce dernier lors de l'adoption de l'intervention. En l'espèce, il estime que ce n'était pas le cas. Pour le Tribunal, l'autorisation par la Banque d'Italie des interventions de soutien n'est pas un indice pertinent. Cette autorisation n'intervient qu'à l'issue d'un contrôle de conformité de la mesure avec le cadre réglementaire, effectué dans le cadre de la mission prudentielle de cette dernière, qui prévoit qu'elle statue « en tenant compte de la protection des déposants et de la stabilité du système bancaire ». La Banque d'Italie n'a aucun moyen d'imposer au FITD d'intervenir au soutien d'une banque en difficulté.

59 - Le Tribunal considère aussi que la Commission aurait dû apporter la preuve de l'influence décisive de la Banque d'Italie

23. aff. T-399/11 RENV : C-53/19 P. – aff. T-219/10 RENV : C-51/19 P. – aff. T-405/11 : C-54/19 P. – aff. T-227/10 : C-52/19 P.

24. CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck c/ Comm.* : EU : C : 2016 : 971.

25. CJUE, 26 avr. 2018, aff. C-236/16 et C-237/16, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) c/ Diputación General de Aragón* : EU : C : 2018 : 291.

26. CJUE, 28 juin 2018, aff. C-203/16 P, *Dirk Andres c/ Comm.* : EU : C : 2018 : 505.

27. CJUE, 25 juill. 2018, aff. C-128/16 P, *Comm. c/ Royaume d'Espagne e.a.* : EU : C : 2018 : 591.

28. CJUE, 19 déc. 2018, aff. C-374/17, *Finanzamt B c/ A-Brauerei* : EU : C : 2018 : 1024.

29. Trib. UE, 16 mai 2019, aff. T-836/16 et T-624/17, *République de Pologne c/ Comm.* : ECLI : EU : T : 2019 : 338.

30. pt 89 de l'arrêt préc.

31. Trib. UE, 19 mars 2019, aff. T-98/16, T-196/16 et T-198/16, *Italie, Banca Popolare di Bari – anciennement banque Tercas, e.a.* : EU : T : 2019 : 167.

32. CJUE, aff. C-405/16 P.

dans les négociations entre le FITD, la banque reprenue et le commissaire extraordinaire. Le Tribunal assimile ainsi le comportement « légitime » des instances étatiques à leur absence d'influence sur les négociations.

60 - S'agissant de l'intervention au moyen de ressources d'État, le Tribunal prend en considération des indices proches de ceux utilisés pour déterminer l'imputabilité de l'intervention à l'État. Il ne retient pas le caractère obligatoire des contributions utilisées par le FITD pour financer l'intervention comme un indice pertinent : les fonds utilisés sont des ressources privées qui ont été fournies par les banques membres du consortium sur la base d'une disposition statutaire du FITD et non sur la base d'une disposition réglementaire. Le Tribunal considère aussi que l'intervention était dans l'intérêt de tous ses membres puisqu'elle était moins coûteuse pour le FITD qu'une liquidation de Tercas, ce que confirmerait l'adoption de la décision d'intervention à l'unanimité des représentants des membres du FITD.

61 - Le Tribunal conclut à l'inexistence d'une aide en l'espèce du fait du défaut d'imputabilité à l'État et de financement à partir de ressources d'État pour la mesure en cause.

62 - Cet arrêt semble s'écarter des principes établis dans les affaires Pearle et Doux Elevage<sup>33</sup> qui concernaient des situations où la profession s'organisait pour financer des opérations bénéficiant à l'ensemble de ses membres et où l'État n'intervenait que pour rendre obligatoire une redevance couvrant ce financement.

## B. - Procédure

### 1° Récupération des aides illégales et incompatibles et prescription

#### a) « Arco »

63 - Le Tribunal de l'Union européenne annule une obligation ajoutée par une décision de la Commission à la récupération de l'avantage par les sociétés bénéficiaires, à savoir l'interdiction qui était faite à la Belgique de verser les montants garantis aux associés personnes physiques eux-mêmes, non identifiés comme bénéficiaires<sup>34</sup>.

64 - L'affaire Arco a des ramifications multiples. Il s'agit d'une décision de la Commission du 3 juillet 2014 (SA.33927) condamnant un régime belge de garantie protégeant les participations des associés personnes physiques de coopératives financières. Dans un arrêt préjudiciel en appréciation de validité, la Cour n'a pas trouvé d'élément d'invalidité<sup>35</sup> et le Tribunal a rejeté un recours en annulation contre cette décision<sup>36</sup>.

65 - L'affaire est liée au sauvetage de la banque franco-belge Dexia lors de la crise financière. Le groupe Arco, le bras financier du mouvement ouvrier chrétien flamand en Belgique, avait investi dans Dexia. Plus de 800 000 coopérateurs d'Arco sont concernés. Un régime de garantie avait été adopté par l'État belge en faveur du groupe Arco, actuellement en liquidation. La Commission, le Conseil d'État, la Cour constitutionnelle, la Cour de justice et le Tribunal ont tous confirmé l'illégalité de la garantie, chacun dans leur domaine de compétence. Mais la Commission avait également interdit à l'État belge de verser les montants

garantis aux coopérateurs eux-mêmes. Ces coopérateurs étant également 800 000 électeurs, le gouvernement belge avait même inscrit ce versement dans sa déclaration gouvernementale.

66 - La Belgique a donc contesté la disposition spécifique qui lui interdisait de mettre en œuvre la garantie au profit des coopérateurs eux-mêmes. L'arrêt du Tribunal du 7 décembre 2018 annule cette interdiction qui n'avait pas de justification en termes de concurrence.

67 - L'objectif de récupération d'une aide illégale et incompatible est d'éliminer la distorsion de concurrence causée par l'avantage concurrentiel procuré par une telle aide. La récupération doit faire perdre au bénéficiaire l'avantage dont il disposait sur le marché par rapport à ses concurrents et rétablir la situation antérieure au versement de l'aide. En l'espèce, la question se posait d'une manière spécifique notamment car la seule aide identifiée dans la décision de la Commission est celle accordée aux seules sociétés Arco (leur avantage ayant été celui de la garantie de leurs participations en incitant les coopérateurs à ne pas retirer leurs investissements). En outre, les sociétés Arco se sont mises en liquidation volontaire dès 2011.

68 - Dans ce contexte spécifique, le Tribunal juge que l'interdiction de verser les montants garantis aux coopérateurs est disproportionnée. Les coopérateurs eux-mêmes n'ont pas été considérés comme bénéficiaires d'une aide d'État dans la décision. Le seul avantage identifié est celui au bénéfice des sociétés Arco. Dès lors, l'inscription, au passif de la liquidation de ces sociétés, d'une créance d'un montant correspondant à la valorisation de ce seul avantage, suffisait à neutraliser ledit avantage et, par suite, à rétablir la situation concurrentielle que l'octroi de l'aide en cause avait faussée. L'interdiction de verser les montants garantis aux coopérateurs n'est donc pas une mesure appropriée à la réalisation de cet objectif de remise en état de la situation concurrentielle.

#### b) « Eesti Pagar »

69 - Dans cette affaire, la Cour de justice clarifie les obligations des autorités nationales en matière de récupération d'aide illégale pour non-respect des conditions du règlement général d'exemption par catégorie (absence d'effet incitatif) et confirme l'absence de toute confiance légitime pour les bénéficiaires d'une aide illégalement octroyée, la récupération devant suivre les règles nationales de prescription et d'application des intérêts dans les limites des principes d'équivalence et d'effectivité<sup>37</sup>.

70 - S'agissant de la prescription, la Cour précise que la Commission peut intervenir dans le délai de 10 ans prévu par le règlement de procédure même si un délai national plus court était par ailleurs expiré. En effet, les règles de prescription nationales sont en principe applicables à la récupération d'une aide illégalement octroyée, de la propre initiative des autorités nationales et ce délai est sans préjudice de la possibilité que la récupération de cette aide ait lieu ultérieurement par la Commission. Celle-ci peut avoir en sa possession des informations concernant la prétendue illégalité de ladite aide, quelle que soit la source de ces informations, après l'expiration des délais de prescription nationaux et elle demeure libre de se saisir, dans le délai de 10 ans de l'examen de ladite aide.

#### c) « Traghetti »

71 - La Cour de justice juge que l'expiration du délai de prescription de 10 ans pour la Commission de procéder à la récupération d'aides d'État illégales ne prive pas de fondement un

33. CJUE, 15 juill. 2004, aff. C-345/02, Pearle BV, Hans Prijs Optiek Franchise BV et Rinck Opticiens BV c/ Hoofdbedrijfschap Ambachten : EU : C : 2004 : 448. – CJUE, 30 mai 2013, aff. C-677/11, Doux Elevage SNC et Coopérative agricole UKL-ARREE c/ min. Agriculture, Alimentation, Pêche, Ruralité et Aménagement du territoire et Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF) : EU : C : 2013 : 348.

34. Trib. UE, 7 déc. 2018, aff. T-664/14, Belgique c/ Comm. : EU : T : 2018 : 890.

35. CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-76/15, Vervloet : EU : C : 2016 : 875.

36. Trib. UE, 9 févr. 2018, aff. T-711/14, Arcofin e.a. c/ Comm. : EU : T : 2018 : 80.

37. CJUE, 5 mars 2019, aff. C-349/17, Eesti Pagar : EU : C : 2019 : 172.

recours en dommages et intérêts introduit contre l'État membre ayant octroyé celles-ci<sup>38</sup>.

### 2° Tempus Energy et autres : obligation d'ouvrir la procédure formelle d'examen en cas de doutes

72 - Dans une série d'arrêts récents<sup>39</sup>, le Tribunal a sanctionné des décisions de la Commission d'approuver des aides notifiées sans ouvrir la procédure formelle d'examen. Ce faisant, la Commission ignorait, selon les juridictions européennes, les doutes qu'elle aurait dû avoir à l'égard de ces mesures. Il s'agit d'affaires où les requérants n'ont pas d'autres choix, vu les difficultés de recevabilité de recours en annulation sur le fond des décisions en cause, que de faire valoir leurs droits procéduraux au regard de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE qui oblige la Commission à ouvrir la procédure formelle d'examen en présence de doutes. Plusieurs de ces arrêts sont frappés de pourvois.

73 - Dans l'affaire Tempus Energy, le Tribunal a annulé la première approbation par la Commission d'un « mécanisme de capacité » en Europe (celui mis en place par le Royaume-Uni) visant à assurer la sécurité d'approvisionnement énergétique lors des épisodes de tensions sur le réseau électrique. Le Tribunal a considéré que le Commission aurait dû avoir des doutes quant à la compatibilité du régime anglais eu égard à son manque de prise en considération du potentiel des mesures d'effacement de la demande (« *demand side response* ») et aurait dû ouvrir la procédure formelle d'examen. La Commission a formé un pourvoi contre cet arrêt<sup>40</sup> après avoir ouvert la procédure formelle d'examen pour se conformer à l'arrêt du Tribunal.

### 3° Recevabilité des requêtes en annulation de décisions relatives à un régime d'aide

#### a) « Montessori »

74 - La Cour de justice a jugé recevable un recours en annulation introduit par un concurrent de bénéficiaires contre une décision de la Commission relative à un régime d'aides. Elle a annulé cette décision, considérant que l'impossibilité absolue de récupération de l'aide n'était pas démontrée<sup>41</sup>.

75 - L'arrêt Montessori est important pour la recevabilité des recours dirigés contre des décisions de la Commission portant sur des régimes d'aides, particulièrement lorsque ces décisions sont favorables à un État membre. Jusqu'à présent, des tels recours étaient irrecevables du fait des conditions strictes d'individuellement et de directement concernés de l'article 263,

alinéa 4, du TFUE. Mais, le traité de Lisbonne a modifié les conditions de recevabilité des recours en annulation en faveur des personnes directement concernées par un acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution. Cet arrêt applique cette nouvelle disposition.

76 - Il s'agissait d'une décision finale qui ne concernait pas individuellement les requérants. Ceux-ci pouvaient toutefois faire valoir la recevabilité de leur recours en annulation sur la base de la nouvelle disposition introduite par le traité de Lisbonne.

77 - La Cour considère que la décision de la Commission relative à un régime d'aides d'État constitue un acte réglementaire car il n'existe pas d'acte de portée générale autre que les actes législatifs échappant à la catégorie des actes réglementaires visés par l'article 263 du TFUE, et, les décisions de la Commission ayant pour objet d'autoriser ou d'interdire un régime national constituant de tels actes réglementaires, car elles ont une portée générale. Elles s'appliquent en effet à des situations déterminées objectivement et comportant des effets juridiques à l'égard d'une catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite.

78 - Par ailleurs, la décision attaquée portait, exceptionnellement, sur la non-récupération d'aides illégales et incompatibles relevant d'un régime (pour cause d'impossibilité absolue de récupération). Elle faisait donc perdurer les effets anticoncurrentiels de la mesure générale et abstraite que constitue cette exonération à l'encontre d'un nombre indéterminé de concurrents des bénéficiaires des aides et répond donc, à leur égard, à la définition d'un acte réglementaire.

79 - L'affectation directe des requérants est confirmée par la Cour mais au prix d'une substitution des motifs du Tribunal. Celui-ci s'était fondé sur la potentialité d'une relation de concurrence entre les requérants et les bénéficiaires de l'aide. La Cour prend une autre approche et exige la démonstration que la décision de la Commission est susceptible de placer les requérants dans une situation concurrentielle désavantageuse. Tel était le cas en l'espèce.

80 - S'agissant des mesures d'exécution, la Cour observe que seules peuvent être prises en compte les mesures d'exécution à l'égard du requérant. En l'espèce, comme il s'agissait d'une décision de ne pas ordonner la récupération des aides illégales et incompatibles, elle ne nécessitait pas de mesure d'exécution à leur égard.

81 - L'arrêt Montessori ouvre le prétoire européen au simple concurrent d'un des bénéficiaires d'un régime d'aides visant un nombre indéterminé d'entreprises si la décision comporte des dispositions favorables à l'État dispensateur de l'aide.

#### b) « Union des Ports de France »

82 - Une affaire récente relative à l'exonération de l'impôt des sociétés de ports en France a également donné lieu à une analyse de recevabilité intéressante<sup>42</sup>. La Commission a adopté une décision ordonnant à la France de supprimer l'exonération de l'impôt des sociétés dont bénéficient les ports autonomes et les chambres de commerce et d'industrie (CCI) chargées de l'exploitation d'infrastructures portuaires et de les soumettre à l'impôt sur les sociétés. Le Tribunal a jugé que la décision attaquée s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard d'une catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite. Elle constitue donc un acte réglementaire comme dans l'affaire

38. CJUE, 23 janv. 2019, aff. C-387/17, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* : EU : C : 2019 : 51.

39. Trib. UE, 15 mars 2018, aff. T-108/16, *Naviera Armas c/ Comm.* : EU : T : 2018 : 145 (pourvoi : C-319/18 P). – Trib. UE, 19 sept. 2018, aff. T-68/15, *HH Ferries I/S, anciennement Scandlines Øresund I/S e.a. c/ Comm.* : EU : T : 2018 : 563. – Trib. UE, 15 oct. 2018, aff. T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters e.a. c/ Comm.* : EU : T : 2018 : 680 (pourvoi : C-817/18 P). – Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. T-793/14, *Tempus Energy Ltd et Tempus Energy Technology Ltd c/ Comm.* : EU : T : 2018 : 790 (pourvoi : C-57/19 P). – Trib. UE, 12 déc. 2018, aff. T-683/15, *Freistaat Bayern c/ Comm.* : EU : T : 2018 : 916 (pourvoi : C-167/19 P). – Trib. UE, 13 déc. 2018, aff. T-630/15, *Scandlines Danmark ApS et Scandlines Deutschland GmbH c/ Comm.* : EU : T : 2018 : 942 (pourvoi : C-174/19 P). – V. aussi le recours introduit le 4 janvier 2019 par *Scandlines Danmark et Scandlines Deutschland c. Commission*, T-7/19, à l'encontre de la décision C(2018) 6268 final du 28 septembre 2018, SA.51981 (2018/FC). Comp. avec des arrêts de la Cour qui concluent à l'absence de doutes : CJUE, 12 oct. 2016, aff. C-242/15 P, *Land Hessen c/ Pollmeier Massivholz GmbH & Co. KG* : EU : C : 2016 : 765. – CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-131/15 P, *Club Hotel Loutraki AE e.a. c/ Comm.* : EU : C : 2016 : 989.

40. C-57/19 P.

41. CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-622/16 P à C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori c/ Comm. et Italie* : EU : C : 2018 : 229.

42. Trib. UE, 30 avr. 2019, aff. T-747/17, *Union des Ports de France – UPF c/ Comm.* : EU : T : 2019 : 271.

Montessori. En revanche, le Tribunal juge que la décision ne saurait produire d'effets juridiques à l'égard des opérateurs qui sont actifs dans le secteur portuaire sans l'adoption de mesures d'exécution par les autorités françaises (les mesures de suppression d'exonération et d'imposition précitées, la suppression de l'exonération de l'IS, en exécution de la décision attaquée, se traduisant, en principe, par l'adoption d'avis d'imposition reflétant ces modifications). De tels avis constituent des mesures d'exécution à l'égard des requérants.

83 - La décision attaquée comportant des mesures d'exécution à l'égard des requérants, ceux-ci doivent démontrer être directement et individuellement concernés par la décision attaquée. Le Tribunal conclut positivement sur ce point et déclare le recours recevable :

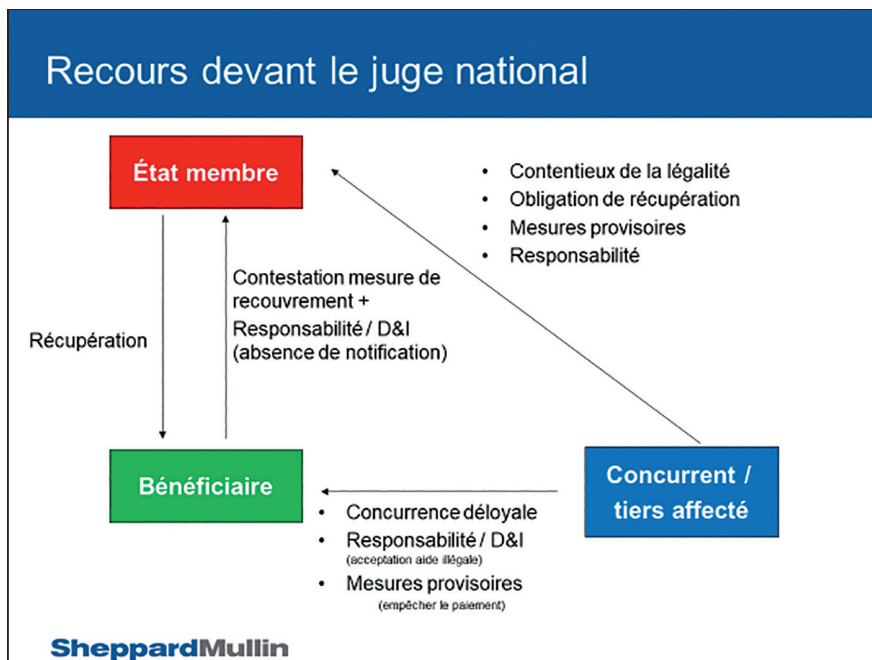
– les membres de la requérante sont directement affectés car la décision attaquée ne laisse aucune marge d'appréciation aux autorités françaises ;

– ces membres sont également individuellement affectés car, même s'ils ne sont pas nommément ou individuellement désignés par la décision attaquée, celle-ci affecte un groupe de personnes qui étaient identifiées ou identifiables au moment où cet acte a été pris et en fonction de critères propres aux membres du groupe en ce que ces personnes font partie d'un cercle restreint d'opérateurs économiques.

### 3. Jurisprudence nationale

#### A. - Actions en dommages et intérêts contre l'autorité octroyant une aide illégale et incompatible

84 - Il existe de multiples décisions des juridictions nationales qui pourraient être mentionnées ici. On peut d'ailleurs schématiquement résumer les voies de recours devant le juge national en matière d'aides d'État comme suit :



85 - On se contentera de faire référence ici aux suites judiciaires des décisions de la Commission relatives aux aides illégales et incompatibles dont a bénéficié la SNCM au détriment de son concurrent Corsica Ferries.

86 - Le tribunal administratif de Bastia<sup>43</sup> a estimé le préjudice causé par l'exploitation du service complémentaire de la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse, 2007-2013 en vertu d'une aide illégale et incompatible, permettant à la SNCM l'exploitation de deux navires en concurrence. Le tribunal administratif a considéré établi un report de 70 % des passagers de SNCM sur Corsica Ferries et a fixé les dommages et intérêts à 84 142 926 euros (+ 219 667 euros pour le rapport d'audit).

87 - Le même tribunal<sup>44</sup> a connu de la demande parallèle relative à l'éviction illégale de la procédure de passation de la délégation de service public et a fixé les dommages et intérêts à 369 504 euros en estimant l'absence de chance sérieuse de se

voir attribuer la délégation de service public mais que le concurrent n'était pas dépourvu de toute chance. Le tribunal indemnise les frais de présentation de l'offre.

88 - En appel, la cour d'appel administrative de Marseille<sup>45</sup> juge différemment l'évaluation du préjudice. Elle considère que la société Corsica Ferries France est fondée à demander l'indemnisation du manque à gagner résultant de la perte de la possibilité d'exécuter le contrat de délégation de service public et que cette dernière est fondée à demander l'indemnisation de son préjudice sur l'ensemble de la période 2014-2023 pour laquelle le contrat devait être conclu. Par ailleurs, elle estime qu'à supposer même que la résiliation de la convention de délégation de service public conclue entre le groupement SNCM CMN et la collectivité territoriale de Corse ait entraîné une augmentation du chiffre d'affaires de la société Corsica Ferries France, il n'est davantage établi que cette augmentation aurait été de nature à compenser, à elle seule, l'intégralité du manque à gagner de la société Corsica Ferries France sur la période 2014-2023. En conséquence, cette circonstance ne saurait par elle-même faire

43. TA Bastia, 23 févr. 2017, n° 1500375, Corsica Ferries c/ Collectivité territoriale de Corse.

44. TA Bastia, 23 févr. 2017, n° 1501123.

45. CAA Marseille, 16 juill. 2018, n° 17MA01655, Sté Corsica Ferries France.

obstacle par principe à l'indemnisation du préjudice invoqué par Corsica Ferries. Enfin, la cour d'appel administrative constate une divergence importante entre Corsica Ferries France et la collectivité de Corse s'agissant de l'évaluation du préjudice découlant du rejet de l'offre de Corsica Ferries (47 115 426 euros contre 1 000 000 euros...). La cour d'appel administrative ordonne dès lors une expertise économique et comptable « pour évaluer le bénéfice net que la société Corsica Ferries France aurait tirée de l'exécution du contrat » et annule le jugement n° 1501123 du tribunal administratif de Bastia.

## B. - Exécution des décisions négatives de la Commission européenne

89 - Les autorités nationales (de leur propre initiative et de manière rapide et effective) ainsi que les juridictions nationales si elles sont saisies d'une demande à cet effet, doivent assurer l'exécution effective des décisions de la Commission ordonnant aux États membres de récupérer des aides illégales et incompatibles.

90 - Une décision exemplaire récente mérite d'être signalée. Il s'agissait d'exécuter une décision de 2014 de la Commission relative à des aides octroyées illégalement à Ryanair par la région Charente (aéroport d'Angoulême). Le tribunal administratif de Poitiers avait déjà condamné Ryanair, en 2016, à la restitution des aides de 525 000 euros. L'affaire était en appel mais en référé, le tribunal administratif de Poitiers avait ordonné la récupération à titre de provision.

91 - Las de l'inexécution par Ryanair de ces décisions de justice, le département de la Charente, par la direction générale de l'aviation civile, a fait saisir un Boeing 737 de Ryanair, le 8 novembre 2018, qui s'apprêtait à décoller de l'aéroport de Bordeaux. Un huissier a immobilisé l'avion avec 149 passagers à bord qui ont dû prendre un autre avion avec plusieurs heures de retard. Le remboursement de l'aide a eu lieu dès lendemain matin et la saisie levée... Voilà une action exemplaire en conformité avec la primauté du droit européen et son principe d'effectivité.

## 4. Arbitrage international et aides d'État

92 - Dans l'affaire Micula, la Commission a considéré que le paiement des dommages et intérêts résultant d'une sentence arbitrale en vertu de la convention internationale du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi ou ICSID en anglais) constituait une nouvelle aide d'État. Le tribunal arbitral a alloué ces dommages et intérêts pour violation par la Roumanie du traité bilatéral d'investissement avec la Suède pour des faits antérieurs à l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne<sup>46</sup>.

93 - La décision de la Commission interdisant à la Roumanie d'exécuter cette sentence (ce qu'elle est obligée de faire en principe en vertu du traité international) a été contestée en 2015 devant le Tribunal de l'Union européenne qui doit rendre son

arrêt le 18 juin 2019<sup>47</sup>. C'est la première fois qu'une juridiction européenne se prononcera sur l'interaction entre un traité bilatéral d'investissement et les règles relatives aux aides d'État.

94 - Par ailleurs, la Cour de justice a déjà jugé, dans l'affaire Achmea, que les articles 267 et 344 du TFUE s'opposaient à l'application d'une clause arbitrale d'un accord international conclu entre États membres, pour l'encouragement et la protection réciproques des investissements, aux termes de laquelle un investisseur d'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral, dont cet État membre s'est obligé à accepter la compétence<sup>48</sup>.

## 5. Brexit et contrôle des aides d'État

95 - En cas d'accord entre l'Union européenne et le Royaume-Uni sur les modalités du Brexit (s'il a lieu finalement), il existe un risque de divergences progressives entre le système des aides d'État en droit européen et celui qui sera appliqué au Royaume-Uni. Selon le *Withdrawal Agreement* de novembre 2018, la Commission conservera ses pouvoirs actuels en matière d'aides d'État à l'égard du Royaume-Uni pour les affaires en cours au moment du Brexit et, pendant une période transitoire de 4 ans à partir du Brexit, la Commission restera compétente pour l'application des aides d'État à l'égard des nouveaux cas d'aides octroyées avant la fin de cette période transitoire et après la fin de cette période de 4 ans pour les procédures initiées avant l'expiration de cette période.

96 - Le droit européen des aides d'État devrait être transposé tel quel en droit anglais mais il sera soumis à des modifications progressives. La *Competition and Market Authority* (CMA) est l'autorité que le gouvernement anglais a désignée comme l'*independent UK State aid authority*. La discipline des administrations décentralisées au Royaume-Uni sera bien nécessaire mais la dimension extérieure du régime des aides d'État entre le Royaume-Uni et l'Union européenne reste incertaine au-delà de la période transitoire.

97 - En cas de Brexit sans accord en octobre 2019, le rôle de la CMA pour les aides d'État dépendra de l'adoption d'une loi spéciale, the *State Aid (EU Exit) Regulations 2019*. Le régime européen de contrôle des aides d'État sera transposé tel quel en droit anglais et la CMA prendra le rôle de la Commission pour le Royaume-Uni. La CMA adoptera les lignes directrices en suivant celles de la Commission et la politique d'aides État sera très similaire au début du Brexit. La CMA a annoncé envisager des modifications à ses procédures internes afin de renforcer encore son indépendance. On peut douter toutefois qu'elle puisse arriver au degré d'indépendance nécessaire à une autorité devant appliquer les règles d'aides d'État, à savoir pouvoir décider contre les intérêts nationaux mais dans l'intérêt des échanges régionaux, entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, comme l'est la Commission au sein du système européen depuis 1952 avec la CECA et 1958 avec la CEE. ■

*Mots-Clés* : Aide d'État - Contrôle ex post - Procédure

46. aff. CIRDI n° ARB/05/20 et décision de la Commission du 30 mars 2015, SA.38517.

47. aff. T-704/15, T-694/15 et T-624/15.

48. CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV* : EU : C : 2018 : 158.

## 9 Quelles nouveautés procédurales à la suite de la directive ECN+ ?

### Le droit français à repenser à la suite de l'invalidation partielle de la loi Pacte <sup>1</sup>

Emmanuelle CLAUDEL,

professeur à l'université Panthéon-Assas

**La directive ECN+, publiée le 14 janvier 2019 et qui tend à rendre les autorités nationales de concurrence plus efficace, ne sera pas sans incidence sur le droit français. Principe d'opportunité des poursuites, possibilité d'adoption d'injonctions structurelles, uniformisation des règles gouvernant la sanction pécuniaire, autant de réformes, parmi d'autres, à introduire. La loi Pacte, qui s'y employait partiellement, ayant été invalidée sur ce point, d'autres mesures de transposition, que l'on voudrait plus exhaustives, devront être adoptées avant le 4 février 2021.**

1 - On sait qu'il existe aujourd'hui une très large convergence des règles de fond en droit de la concurrence. Le principe de primauté, renforcé par les règles édictées par le règlement n° 1/2003 et conjugué à une politique d'alignement spontané des ordres juridiques nationaux, ont eu raison de la plupart des spécificités nationales.

En matière procédurale en revanche, c'est le principe d'autonomie qui prévaut. Selon la règle dégagée par la Cour de justice dans l'arrêt *Rewe* en date du 16 décembre 1976, « en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire » <sup>2</sup>.

2 - Certes, voici déjà quelques années que la Commission européenne réfléchit et œuvre à l'harmonisation de règles de procédure applicables à l'antitrust, avec l'appui des juridictions. Elle était en cela aidée par le règlement n° 1/2003 qui dresse, en son article 5, la liste des outils dont doivent disposer les autorités nationales de concurrence (ci-après « ANC ») et, plus encore, par le jeu des principes d'équivalence <sup>3</sup> et d'effectivité. Le principe d'effectivité commande que l'application des règles de procédures internes ne doit pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique européen. À cela, il faut ajouter les travaux de l'ECN (European Competition Network), qui sont d'importants vecteurs de rapprochement entre les droits nationaux processuels. Outre le programme modèle en matière de clémence, publié en 2006 et révisé en 2012, les membres du réseau ont publié plusieurs recommandations très remarquées en décembre 2013.

La Commission reconnaît la grande utilité de ces outils. Elle souligne cependant que « lorsque des différences de procédure

sont ancrées dans des traditions et régimes juridiques nationaux, il n'est pas toujours possible de garantir une convergence avec ces outils non contraignants » <sup>4</sup>.

À l'occasion du 10<sup>e</sup> anniversaire du règlement n° 1/2003 <sup>5</sup>, la Commission avait dressé un bilan positif de la façon dont les règles de concurrence européenne ont été mises en œuvre par les ANC, dans le cadre de la décentralisation des compétences orchestrée par ce texte <sup>6</sup>.

Elle notait cependant les limites et les lacunes de certaines législations nationales, en même temps qu'elle dénonçait la dysharmonie provoquée par le principe d'autonomie procédurale <sup>7</sup>. Elle concluait en la nécessité « de mieux garantir l'indépendance des ANC dans l'exercice de leur mission et de les doter des ressources suffisantes ; de veiller à ce que les ANC disposent d'un ensemble de pouvoirs d'inspection et de décision ; et de veiller à ce que tous les États membres disposent de pouvoirs d'imposer des amendes effectives et proportionnées ainsi que de programmes de clémence bien conçus ».

3 - Ses réflexions l'ont conduite à publier, le 14 janvier 2019, une ambitieuse directive visant à doter les autorités de concurrence des EM des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. C'est la directive 2019/1, dite « ECN+ ».

La Commission a fait le choix de recourir à la directive afin de « permettre la prise en compte des traditions juridiques et des spécificités institutionnelles des États membres » <sup>8</sup>. À l'exception de certaines de ses dispositions, il s'agit en effet d'une directive

1. Le style oral de la communication a été conservé.

2. Arrêts *Rewe* (CJCE, 16 déc. 1976, aff. C-33/76 : Rec. CJCE 1989) et *Comet* (CJCE, 16 déc. 1976, aff. C-45/76 : Rec. CJCE, 2043).

3. Le principe d'équivalence signifie que les dispositions du droit national s'appliquent à des litiges fondés sur le droit européen pourvu que ces règles ne soient pas moins favorables que celles applicables à des recours similaires de nature interne.

4. *Comm. UE, communic. 9 juill. 2013, COM(2014) 453 final.*

5. *Comm. UE, communic. 9 juill. 2013, Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n° 1/2003 : bilan et perspectives, COM(2014) 453 final.*

6. Il a en effet été relevé que, de 2004 à 2014, plus de 85 % de toutes les décisions ayant appliqué les règles antitrust de l'UE ont été prises par les autorités nationales de la concurrence, faisant de celles-ci « the primary public enforcers of Articles 101 and 102 TFEU » (P. Wouter Wils, *The European Commission's ECN+3 : Proposal for a directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers : Concurrences n° 2017-4.*)

7. Dans ce qui étaient alors les considérants du projet de directive, il avait été relevé « que le montant des amendes peut, aujourd'hui, être jusqu'à 25 fois plus élevé selon l'autorité qui statue »

8. V. la partie « *Le choix de l'instrument* » p. 10 de la version pdf.



a minima, qui laisse aux législateurs nationaux la possibilité d'aller plus loin que ses prescriptions.

Ceux-ci ont jusqu'au 4 février 2021 pour la transposer. La tâche sera plus ou moins ardue.

4 - L'Autorité française de la concurrence, bien armée et efficace, sera globalement moins impactée que d'autres autorités.

Certaines prescriptions de la directive seront *de jure* sans incidence sur son fonctionnement. Ainsi en est-il des dispositions consacrées aux droits fondamentaux ou à l'indépendance des autorités de concurrence, principe auquel la Commission et le Parlement se déclarent très attachés<sup>9</sup>. L'autorité française est en effet peu suspecte d'inféodation eu égard à quelque intérêt que ce soit. Son règlement intérieur et la réforme dont elle a récemment fait l'objet le 20 janvier 2017<sup>10</sup> la dispenseront de toute adaptation supplémentaire. En outre, sa récente inscription au Cadre sur les procédures des autorités de concurrence mis en place par l'International Competition Network (ICN), outil de coopération destiné à favoriser l'équité procédurale, ne pourra que renforcer les exigences procédurales. Enfin, son statut institutionnel<sup>11</sup> et les pouvoirs dont elle dispose sont déjà largement conformes aux prescriptions européennes.

5 - Il serait cependant erroné de penser à la parfaite conformité du droit français. Le gouvernement l'a bien compris puisqu'une amorce de transposition avait été effectuée dans le cadre de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi Pacte », publiée ce matin<sup>12</sup>.

Les réformes procédurales en cause figuraient initialement à l'article 71 bis de la loi, introduit par le biais d'un amendement gouvernemental<sup>13</sup>. Cet amendement habitait de façon relativement détaillée le gouvernement à intervenir, dans les neuf mois, par voie d'ordonnance.

Cet amendement a connu un sort mouvementé. Le 22 janvier 2019, la Commission spéciale du Sénat l'avait en effet supprimé, pour cause de cavalier législatif, avant qu'il soit réintroduit par le Sénat en séance publique quelques jours plus tard. Le Sénat adoptait en même temps un amendement n° 1032, là encore présenté par le Gouvernement, qui visait à autoriser les agents de l'Autorité de la concurrence et ceux de la DGCCRF à se faire communiquer les fadettes, nous y reviendrons. Le projet ainsi amendé fut validé par les deux assemblées et la loi PACTE définitivement adoptée le 11 avril dernier. Une nouvelle numérotation fut retenue, les dispositions visant à transposer partiellement la directive ECN + figurant désormais à l'article 211 de la loi et celles sur les fadettes à l'article 212.

Nous avons donc matière à alimenter notre discussion d'aujourd'hui et je m'apprends à vous exposer dans un premier

les mesures envisagées par le gouvernement et dans un second le travail restant à faire pour une transposition complète.

6 - Las, vous le savez sans doute, l'article 211 a été censuré par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2019-781 DC rendue le 16 mai 2019, au motif que « Introduites en première lecture, les dispositions de l'article 211 ne présentent pas de lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Adoptées selon une procédure contraire à la Constitution, elles lui sont donc contraires ». Revoici donc notre cavalier législatif, et nos nouveautés procédurales caduques avant même d'avoir vu le jour. Et en même temps qu'elles, l'intervention que j'avais conçue.

Il demeure : la directive devra être transposée.

Plutôt que construire notre réflexion autour d'un projet invalidé, je vous propose de partir du texte européen afin de rechercher, *de lege ferenda*, ce que devrait être cette œuvre de transposition. Le texte qui a été censuré, et qui nous permet tout de même d'avoir une idée des intentions du Gouvernement, était en effet incomplet. Sa censure est l'occasion de construire un texte de transposition autonome, pourquoi pas de nature législative afin de permettre un débat parlementaire. Plus qu'un revers, cette censure peut donc constituer une opportunité précieuse pour mieux faire.

Nous envisagerons donc dans une première partie, la plus nourrie, les mesures de transposition qui sont commandées par la directive. Dans une seconde partie, nous dirons en quoi d'autres réformes, autorisées par l'esprit de celle-ci plus qu'imposées par sa lettre, sont envisagées ou souhaitables.

## 1. Les réformes procédurales imposées par la lettre de la directive

7 - Il n'est pas question ici de présenter *in extenso* la directive, car la plupart de ses prescriptions sont déjà présentes dans l'ordre juridique français. Nous nous attarderons sur les points à propos desquels notre droit n'apparaît pas conforme, en visitant cinq thèmes : l'introduction d'un principe d'opportunité des poursuites (A), les pouvoirs de l'autorité (B), les sanctions pécuniaires (C), la procédure de clémence (D), et l'assistance entre autorités nationales de concurrences (E).

### A. - L'introduction à venir d'un principe d'opportunité des poursuites

8 - Toutes les autorités de concurrence ont aujourd'hui le pouvoir de fixer des « priorités positives », c'est-à-dire de se saisir d'office. C'est le cas de la France, qui peut se saisir d'office au contentieux ou pour avis (*C. com.*, art. L. 462-4). C'est là un des outils les plus efficaces pour adopter une politique de concurrence proactive.

La Commission souhaite que les ANC puissent également, à son exemple, fixer des « priorités négatives », c'est-à-dire rejeter des plaintes si elles ne leur apparaissent pas prioritaires, et ainsi « utiliser efficacement leurs ressources »<sup>14</sup>. C'est l'objet de l'article 4.5 de la directive, qui adosse d'une façon surprenante cette possibilité au principe d'indépendance.

En France, l'autorité ne dispose pas, on le sait, du principe d'opportunité des poursuites. On notera au passage que la doctrine n'est globalement pas très favorable à un tel pouvoir<sup>15</sup>, pour des raisons multiples que je n'ai pas le temps d'exposer

9. Le Parlement européen a montré son attachement à ce principe d'indépendance, qu'il juge d'une « importance capitale » (*Rés. 14 févr. 2017 sur le rapport annuel de la politique de la concurrence (2016/2100 (INI))*).

10. L. n° 2017-55, 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. L'article 9 de la loi n° 2017-55 souligne les règles déontologiques applicables aux membres de l'Autorité de la concurrence, qui doivent exercer leurs fonctions avec « dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts, au sens de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ». En parallèle, il rappelle l'indépendance de ces derniers qui « ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité ». L'article 10 de cette même loi liste l'ensemble des activités avec lesquelles le mandat de membre d'une AAI est incompatible.

11. Rappelons que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a autorisé l'Autorité française à se pourvoir en cassation, et que le décret n° 2012-840 lui a reconnu la qualité de partie à l'instance, dans la continuité de l'arrêt *Vebic* de la Cour de Justice, rendu en grande chambre (*CJUE*, 7 déc. 2010, aff. C-439/08).

12. L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

13. Amendement 2029, 3 sept. 2018.

14. *Dir. cons.* 17.

15. Sur cette question, V. L. *Idot*, *Power to set enforcement priorities, in 10 years of regulation n° 1/2003 : Challenge and Reform* : Bruxelles, Bruylant, 2015,

devant vous<sup>16</sup>. Cette carence ne signifie cependant pas quelle ne dispose d'aucun levier. L'article L. 464-6 sur le non-lieu à poursuivre, la règle de *minimis* posée par l'article L. 464-6-1<sup>17</sup>, ou les cas de rejet listés par l'article L. 462-8, en constituent d'intéressants.

Les motifs qui autorisent le rejet sont cependant objectifs : délais, incompétence, absence de preuves... Manque ainsi la possibilité de rejeter la saisine pour des motifs « subjectifs » tels que l'absence d'intérêt suffisant.

Pour rendre le droit français conforme à la directive, l'amendement 2029 à la loi PACTE prévoyait donc la possibilité pour l'Autorité de rejeter les saisines ne correspondant pas aux priorités de l'institution et autorisait celle-ci à rejeter certaines saisines pouvant être traitées par les services du ministère chargé de l'économie et des finances. Le texte n'en disait pas plus.

Suite à la censure constitutionnelle, il faudra donc ré-intervenir, sans doute de façon plus précise. Il faudra déterminer des critères justifiant le rejet, le régime procédural de celui-ci<sup>18</sup> et les modalités de recours contre la décision. Le point 23 de la directive prévoit en effet que « Dans les cas de plaintes déposées de façon officielle, les rejets qui en découleraient devraient être subordonnés à l'existence de voies de recours efficaces, dans le droit national ».

## B. - Des pouvoirs à compléter

9 - La directive est très diserte sur les pouvoirs d'enquête des autorités nationales et y consacre quatre articles, en insistant sur l'importance des investigations électroniques, et notamment la possibilité d'accéder aux données stockées dans le *cloud*<sup>19</sup>. La législation française, renforcée à plusieurs reprises et notamment par la loi Macron, nous semble conforme à ses prescriptions, sous réserve de quelques aménagements mineurs tel que le pouvoir de poursuivre l'examen des pièces ou extraits de livres ou documents saisis dans les entreprises dans les locaux de l'ANC<sup>20</sup>, ou le pouvoir de convoquer à des entretiens toute personne susceptible de posséder des informations<sup>21</sup>.

De même, la procédure d'engagement française, telle que prévue par l'article L. 464-2 I et explicitée par le communiqué du 2 mars 2009, nous semble parfaitement conforme aux prescriptions de l'article 12 de la directive.

Il n'en est pas de même des pouvoirs d'intervention coercitive. Si l'autorité française dispose globalement des outils prescrits par le texte européen, certains ajustements non négligeables devront être opérés. L'autorité devra en effet être dotée de 3 nouveaux pouvoirs. Celui de se saisir d'office d'une procédure conservatoire (1°), de prononcer des injonctions structurelles (2°) et de constater qu'une infraction a été commise dans le passé (3°).

### 1° La procédure conservatoire élargie à la saisine d'office

10 - Le Parlement européen attache une importance toute particulière aux mesures provisoires. Il avait été noté que « les expériences des différents membres du REC montrent que la définition d'un standard approprié conditionne l'application effective d'un tel pouvoir »<sup>22</sup>. La directive s'y emploie donc.

Selon l'article 11.1 de celle-ci « Les États membres veillent, je cite, à ce qu'au dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, les autorités nationales de concurrence soient habilitées à agir de leur propre initiative, pour ordonner, par voie de décision sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'imposition de mesures provisoires aux entreprises et associations d'entreprises. »

Outre le fait que le standard ainsi posé est directement emprunté au standard européen défini par l'article 8 du règlement n° 1/2003, deux points méritent à ce stade d'être relevés.

Le premier est qu'il s'agit d'un standard à *minima*<sup>23</sup>. Les conditions d'éligibilité posées par l'article L. 464-1 du Code de commerce, qui vise les atteintes « à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs, ou à l'entreprise plaignante », étant plus accueillantes que celles de l'article 11 de la directive, devraient pouvoir être préservées<sup>24</sup>. Il serait d'ailleurs souhaitable qu'elles le soient, le modèle français ayant fait la preuve tout à la fois de son efficacité et de sa mesure. Le contentieux conservatoire français, un des rares actifs en Europe, n'est en effet ni pusillanime ni débridé.

Le second est qu'il ne sera pas non plus nécessaire d'introduire des procédures de recours accélérées, ainsi que le prévoit l'article 11.2 de la directive, puisque l'article L. 464-7 du Code de commerce en prévoit déjà<sup>25</sup>.

Le mode de saisie devra en revanche être revu et cela était effectivement prévu dans la loi d'habilitation censurée par le Conseil constitutionnel. Si l'Autorité française dispose déjà, une fois saisie en urgence par un plaignant, de la possibilité de prononcer des mesures « de sa propre initiative », elle ne peut pas, pour l'heure, se saisir *ex officio*. M<sup>me</sup> la présidente Da Silva a souligné que cette possibilité peut être intéressante dans le secteur du numérique. Le facteur crainte, bien connu du droit des pratiques restrictives, peut en effet jouer face aux monstres économiques que constituent les GAFAs et autres NATU. L'article 211 de la loi PACTE s'y employait. Il faudra là encore un nouveau texte.

### 2° La possibilité de prononcer des injonctions structurelles

11 - On se souvient que l'ADLC avait manifesté son souhait d'être dotée d'un tel outil, indépendamment de tout constat de

p. 31-47. – E. Barbier de la Serre, *L'indépendance des autorités de concurrence : pour une juste mesure*, in *New frontiers of antitrust* : Paris 26 juin 2017 ; *Concurrences* n° 4-2017.

16. On peut cependant évoquer le fait que l'absence de pouvoir de décider de l'opportunité des poursuites a conduit en France à l'adoption de multiples « petites décisions » qui ont participé à l'enrichissement de la matière, à rebours de la pratique européenne phagocytée par les cartels.

17. Rappelons que cette règle est analysée en France comme une règle de procédure. Sur cette règle, voir l'importante affaire Expedia (*CJUE*, 13 déc. 2012, aff. C-226/11. – *Cass. com.*, 16 avr. 2013, n° 10-14.881 : *JurisData* n° 2013-007346 ; *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. 140, note G. Decocq).

18. A. Ronzano : « Est-ce que, par parallélisme avec la procédure de saisine d'office, il ne faudrait prévoir que le rapporteur général, qui, d'une certaine façon, est comptable de la bonne utilisation des ressources de l'institution, prenne l'initiative de proposer au collège de rejeter certaines saisines, à charge pour ce dernier qui, par hypothèse, a préalablement défini ses priorités de s'assurer que la proposition de rejet est bien conforme aux dites priorités ? » (*L'Actu concurrence*, 12 sept. 2018).

19. *V. dir. cons.* 4, 30 et 35.

20. *Cons.* 33, et Art. 6.1, c.

21. *Dir.*, art. 9.

22. B. Lasserre, l'ancien Président de l'autorité française faisait remarquer que l'évolution récente de certaines législations témoigne de ce constat. Par exemple, l'abaissement du standard anglais, d'un risque de « serious, irreparable damage » à « significant damage » a permis une meilleure application du texte, in *Dix ans après : Quel avenir pour le Réseau Européen de Concurrence ?* : *Concurrences* n° 4-2014.

23. L'article 10 prévoyant que les mesures doivent pouvoir être ordonnées « au moins dans les cas [...] ».

24. Il en est de même de la condition de recevabilité tenant au fait que les pratiques doivent être « susceptibles » de constituer une pratique anticoncurrentielle, condition posée par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 novembre 2005 (*Cass. com.*, 8 nov. 2005, n° 04-16.857 : *JurisData* n° 2005-030657 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 206, note M. Malaurie-Vignal), en se différenciant intentionnellement du standard européen au nom du principe d'autonomie procédurale.

25. Délai de recours abrégé à 10 jours au lieu d'un mois, et obligation pour la cour d'appel de Paris de statuer dans le mois.

pratiques anticoncurrentielles. La demande était cependant circonscrite au secteur du commerce de détail et conditionnée à certaines configurations de marché (une position dominante, des prix élevés). Elle l'avait obtenu du législateur en 2012 dans le cadre étroit des territoires ultramarins, et avait tenté d'obtenir sa généralisation dans le cadre de la loi dite « Macron » du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances.

Cette disposition avait cependant été censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, au motif notamment que « les dispositions contestées peuvent conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté ». Il a donc jugé que « les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi ».

Ce n'est pas cette injonction douteuse et récemment censurée que la directive va nous contraindre à adopter, mais une injonction « de droit commun », calquée sur celle de l'article 9 du règlement n° 1/2003, et donc subordonnée au constat préalable d'une pratique anticoncurrentielle. Les entreprises méritantes ne seront pas malmenées.

L'instrument reste offensif. L'article 10 de la directive prévoit d'ailleurs qu'à efficacité égale entre une injonction comportementale et une injonction structurelle, c'est la mesure la moins attentatoire aux intérêts de l'entreprise qui devra être retenue.

L'article 211 de la loi PACTE prévoyait son introduction avant sa censure constitutionnelle ; il faudra donc un nouveau texte, fidèle aux conditions posées. Il est probable que cet outil restera d'application exceptionnelle.

### 3° La possibilité de constater qu'une infraction aux articles 101 et 102 a été commise dans le passé

12 - Cette possibilité, énoncée à l'article 10.1 *in fine*, doit être comprise dans le sens récemment rappelé par l'arrêt Orange Polska en date du 25 juillet 2018<sup>26</sup>, comme permettant le constat d'une infraction prescrite. Si la prescription fait obstacle à la sanction, elle ne devra donc plus faire obstacle à l'action. L'article L. 462-7 du Code de commerce, qui prévoit que l'autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans, devra être complété pour ajouter cette possibilité, ce que ne faisait pas la loi PACTE.

### C. - Des sanctions pécuniaires à uniformiser

13 - Les règles françaises gouvernant la sanction pécuniaire sont globalement conformes à la directive, tant concernant les infractions procédurales que concernant les infractions au fond. Si l'article 14 de la directive prévoit que les autorités de concurrence prennent en considération la gravité de l'infraction et la durée de celle-ci, il n'impose pas la prise en compte de ces seuls paramètres. Le texte de l'article L. 464-2, I, alinéa 3, qui vise on le sait quatre paramètres, peut donc, nous semble-t-il, resté inchangé. La volonté exprimée par le Gouvernement dans le cadre de feu l'article 211 de la loi PACTE de supprimer la référence au dommage à l'économie<sup>27</sup> procédait en effet davantage d'un souci d'alignement spontané, et sans doute de simplification, que d'un choix contraint. On peut en revanche s'interroger sur la durée. En France, ce facteur est pris en compte pour

apprécier la gravité et la durée. Faudra-t-il l'ériger en critère autonome ? Le point peut être débattu.

Il est des points en revanche qui ne souffrent pas de discussion et qui montrent que la directive 2019/01 est loin d'être dénuée d'incidence en matière de sanction pécuniaire.

14 - En premier lieu, la directive obligera à mettre un terme au traitement dérogatoire dont bénéficient en France les entités à but non lucratif.

On sait que l'article L. 464-2 du Code de commerce français distingue maladroïtement, pour fixer le plafond de la sanction pécuniaire, selon que le contrevenant est une entreprise (auquel cas le plafond de la sanction est fixé à 10 % de son chiffre d'affaires) ou n'en est pas une (auquel cas il est de 3 Millions d'€). Le contrevenant « non entreprise » au sens de cet article seulement, vise l'entité qui déploie une activité économique mais qui ne poursuit pas de but lucratif. Il s'agit donc une entreprise au sens de l'arrêt Höfner (et de l'immense majorité des textes français), mais qui n'est pas une entreprise au sens spécifique de l'article L. 464-2...

Cette différenciation, validée par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2015-510 QPC, nous semble aujourd'hui condamnée, en ce qu'elle illustre le fait que le droit français ne retient pas une notion unique et univoque d'entreprise, mais deux : une conception large, conforme à l'arrêt Höfner, qui permet l'identification du responsable et permet d'imputer l'infraction ; une étroite, spécifique à la fixation du plafond. Cette dualité heurte en effet tout à la fois la notion d'entreprise rappelée par l'article 2 de l'entreprise et l'article 15 qui fixe le plafond. Dans la directive, la notion d'entreprise est une, et s'applique uniformément à toutes les situations.

15 - Dans le même ordre d'idée, la directive nous semble imposer une modification de l'assiette à prendre en compte dans les groupes de sociétés. Les dispositions de l'article L. 464-2, I, alinéa 4, qui subordonnent la prise en compte du chiffre d'affaires du groupe à l'existence de comptes consolidés, et non à l'existence d'une unité économique, nous semble contraire à l'article 13 points 1 et 5 de la directive<sup>28</sup>.

16 - Enfin, la transposition de la directive obligera à prévoir un régime applicable aux associations d'entreprise. On sait que la notion n'existe pas en tant que telle dans les textes français mais qu'elle est présente dans la pratique décisionnelle. L'article 15.2 de la directive prévoit que, lorsqu'une infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, le montant maximal de l'amende n'est pas inférieur à 10 % de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association. Toutefois, la responsabilité financière de chaque entreprise en ce qui concerne le paiement de l'amende ne peut excéder le montant maximal fixé conformément au paragraphe 1, c'est-à-dire 10 % du chiffre d'affaires mondial total de l'entreprise. On peut penser que l'hypothèse visée est celle où une entreprise est poursuivie à deux titres : en tant qu'auteur personnel d'une pratique et en tant que membre d'une association d'entreprises responsable.

Par ailleurs, l'article 14, consacré au calcul de l'amende, fixe une méthodologie particulière pour les associations d'entreprises, empruntée à la jurisprudence européenne : si l'association n'est pas solvable, elle doit lancer un appel à contribution pour ses membres. Si celui-ci est vain, le paiement doit pouvoir être exigé directement auprès des entreprises dont les représentants sont membres des organes décisionnels de l'association. Et, si cela ne suffit pas, il doit être possible d'exiger le paiement des

26. *aff. C-123/16 P.*

27. *V. infra pt 27.*

28. L'article 13. 5 prévoit que la notion d'entreprise doit être appliquée aux fins d'infliger une amende aux sociétés mères et aux successeurs juridiques et aux entreprises.

membres actif sur le marché objet de l'infraction, sauf à certaines conditions.

Ces différentes réformes n'avaient pas été envisagées dans la loi d'habilitation.

#### D. - La procédure de clémence à étendre aux personnes physiques

17 - Ici encore, si le droit français est globalement en conformité avec les règles relatives aux conditions de la clémence et aux modalités procédurales à respecter, certains ajustements seront possibles, ou nécessaires.

Au titre des ajustements simplement possibles, soulignons que la directive autorise la mise en place de programmes de clémence pour des infractions autres que des ententes secrètes. L'article L.464-2, IV le permet déjà puisqu'il vise toutes les ententes. Le communiqué de 2015 vise quant à lui les cartels, sans s'y limiter absolument<sup>29</sup>.

Le texte se fait en revanche impératif lorsqu'il prévoit, dans son article 23 (interprété à la lumière du considérant 64), que les dirigeants et salariés, actuels et anciens, des entreprises ayant sollicité une immunité d'amendes auprès des autorités de concurrence, qui auront coopéré activement avec l'autorité qui instruit l'affaire devront, à certaines conditions, être protégés contre les sanctions qui pourraient être prononcées à leur encontre en raison des violations aux règles de concurrence.

Cette protection devra être intégrale dans le cadre d'un contentieux administratif ou judiciaire, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit à réparation intégrale des victimes.

Elle pourra n'être que partielle dans les procédures pénales. Un équilibre devra dans ce cas être trouvé entre intérêt de la détention et nécessité de la punition. On sait en France que les sanctions pénales sont possibles, mais rares. Il nous semble que l'article L. 420-6 du Code de commerce devra en tous les cas être réformé pour introduire cette faculté d'immunité. La loi PACTE était taiseuse sur ce point.

Il faut aussi signaler que la directive, sans remettre en cause le caractère national des programmes de clémence, s'emploie en son article 22, qui n'est pas d'une grande lisibilité, à parfaire le fonctionnement de la procédure dans l'hypothèse de demandes de clémence multiples prenant la forme d'une demande principale et de demandes sommaires. L'arrêt DHL du 20 janvier 2016<sup>30</sup> a montré le caractère imparfait de l'édifice. La directive érige donc la Commission en principal interlocuteur et organise un dialogue entre autorités nationales.

C'est déjà aborder l'assistance mutuelle au sein du réseau.

#### E. - L'assistance mutuelle entre ANC à parfaire

18 - On sait que le réseau ECN, auquel l'ADLC coopère activement, est un puissant vecteur de collaboration. Le règlement n° 1/2003 organise des règles qui ont fait leurs preuves en matière d'assistance aux enquêtes.

La directive complète le dispositif en prévoyant, dans ses articles 24 et 25, d'une part, que l'autorité requérante pourra assister et participer activement aux inspections ou entretiens diligentés par l'autorité requise, ce qui obligera peut-être à modifier l'article L. 462-9 du Code de commerce ; d'autre part qu'une autorité requise pourra notifier au destinataire, au nom de l'autorité requérante, les griefs préliminaires ou autre documents relatifs à l'infraction présumée à l'article 101 ou 102 du TFUE.

La directive innove en prévoyant, en son article 27, que les ANC devront désormais coopérer afin de permettre l'exécution

forcée, sur le territoire d'un État requis, des décisions infligeant des amendes ou des astreintes prononcées par l'État requérant, à la condition toutefois que l'entreprise sanctionnée ne dispose pas suffisamment d'actif sur le territoire de celui-ci<sup>31</sup>. Différentes garanties sont prévues<sup>32</sup>, mais le dispositif témoigne du haut degré de coopération et de confiance désormais atteint.

19 - Voilà pour un bilan sommaire des modifications textuelles que la directive obligera à effectuer. Il est un autre infléchissement à prévoir et qui concernera cette fois la jurisprudence de la Cour de cassation. L'article 32 de la directive s'attache en effet à la recevabilité des preuves. Il doit être lu conjointement au considérant 73, qui précise que doivent être considérés comme recevables « les enregistrements dissimulés effectués par des personnes morales ou physiques, pour autant qu'il ne s'agisse pas de l'unique source de preuve ». Est ainsi condamnée, et on peut le regretter, la solution retenue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 janvier 2011 dans l'affaire Philips France et Sony France contre ministre de l'Économie<sup>33</sup>.

Venons-en maintenant aux réformes procédurales qui, sans être imposées par la lettre du texte, peuvent être envisagées car conformes à son esprit, en ce qu'elles tendent à renforcer l'efficacité de l'autorité française.

## 2. Les réformes procédurales autorisées par l'esprit de la directive (ou les réformes « surnuméraires »)

20 - Il peut être utile en effet de dire un mot de certains dispositifs qui étaient envisagés par la loi PACTE avant sa censure partielle, ainsi que de quelques autres préconisations, pour l'heure sans écho législatif, qui pourraient participer de ce même esprit.

### A. - Les autres mesures actées ou envisagées par le gouvernement pour améliorer l'efficacité de l'autorité française de concurrence

#### 1° La mesure ayant échappé à la censure constitutionnelle : l'accès aux fadettes (L. Pacte, art. 212)

21 - Voici longtemps que l'ADLC souhaite disposer, dans le cadre des enquêtes de concurrence, des données conservées et traitées par les opérateurs de communication électroniques notamment, à l'instar d'autres autorités administratives. Le but poursuivi est de mieux vérifier les contacts illicites entre concurrents.

La disposition figurait dans le projet de loi Macron, lequel visait les factures détaillées (Fadet) mais aussi toutes les données de connexion, incluant les contenus échangés, les dates et heures concernées, les identifiants mobilisés (numéro de téléphone, adresse IP, référence du terminal...). Elle avait été censurée par

31. Cons. 69.

32. Ces garanties sont les suivantes : application du droit de l'État requis ; autorité requise non tenue d'exécuter une demande si elle n'est pas conforme aux prescriptions de la directive ou si elle est manifestement contraire à l'ordre public de cet État membre (art. 27.6) ; coûts raisonnables de la procédure supportés par l'autorité requérante, etc.

33. Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667 : *JurisData* n° 2011-000038 ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 71, note D. Bosco. Cette solution avait déjà été bousculée par l'arrêt Goldfish du Tribunal de l'UE en date du 8 sept. 2016 (*Trib. UE*, 8 sept. 2016, aff. T-54/14 : *JurisData* n° 2016-019235 ; *Europe* 2016, comm. 410, note L. Idot ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 240, note G. Decocq), La solution de cet arrêt ne s'imposait cependant pas dans l'ordre juridique français en raison du principe d'autonomie procédurale. Il en est autrement de la directive.

29. Sont également visées les pratiques *hub and spoke*.

30. Aff. C-428-14.

le Conseil constitutionnel au motif que la communication de ces données était de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée. La censure n'apparaissait cependant pas définitive : le Conseil précisait en effet qu'un tel droit de communication pourrait être conforme à la Constitution s'il était assorti de « garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions », garanties que n'offrait pas le projet de loi de 2015.

Le Gouvernement français est donc revenu à la charge par le biais d'un amendement 1032 à la loi PACTE, mais avec un texte nettement amélioré. Ce texte permet aux agents de la DGCCRF et de l'Autorité de la concurrence en charge de la détection des pratiques anticoncurrentielles de demander à une entité administrative indépendante unipersonnelle dénommée « contrôleur des demandes de données de connexion », l'autorisation d'accéder aux données techniques de téléphonie et de communication, à l'exclusion de celles relatives au contenu des communications. Le texte précise que les données sont détruites à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la décision devenue définitive de l'autorité initiatrice de la demande, et d'un mois en cas de décision de ne pas poursuivre.

La disposition, qui a échappé à la censure du Conseil constitutionnel (alors même que son caractère cavalier apparaissait tout aussi nettement que les autres) a pris place à l'article L. 450-3-2 du Code de commerce.

### 2° Les mesures envisagées par la loi PACTE, mais censurées

22 - Il est utile de présenter ces mesures car il est plus que probable que le Gouvernement les présentera à nouveau, en choisissant une meilleure monture. Ce sera peut-être l'occasion de réfléchir à l'opportunité de certaines.

Elles tendaient principalement à deux fins : renforcer l'efficacité des enquêtes et réduire le temps de traitement des dossiers. Disons un mot de ces deux catégories.

#### a) Les autres mesures envisagées pour renforcer l'efficacité des enquêtes

23 - En premier lieu, elles consistaient, d'une part, à simplifier les modalités de saisine du juge des libertés et de la détention en donnant à celui-ci une compétence nationale, afin d'éviter le recours à des JLD en quelque sorte secondaires lorsque les opérations de visite et saisie ressortent de plusieurs ressorts territoriaux ; elles tendaient, d'autre part, à simplifier le recours aux officiers de police judiciaire, en permettant de limiter le recours à un seul officier par établissement visité, même en présence de plusieurs équipes sur le terrain.

En second lieu, elles consistaient à mettre en cohérence avec le Code de commerce les dispositions du Code de la consommation relatives aux pouvoirs d'enquête des agents de l'autorité chargée de la concurrence et de la consommation et aux opérations de visite ou de saisie.

#### b) Les autres mesures envisagées pour réduire le temps de traitement des dossiers

24 - Les quatre premières mesures étaient d'ordre strictement procédural.

La loi Pacte habitait en premier lieu le gouvernement à intervenir par voie d'ordonnance pour augmenter les cas de recours à la procédure simplifiée devant l'Autorité de la concurrence.

Ce n'est pas la première tentative en ce sens. L'autorité française avait déjà tenté d'initier une réforme en ce sens dans le cadre de la loi Egalim. Il avait été à cette époque relevé que « le

double tour de contradictoire écrit conduit à allonger la procédure d'instruction d'une année en moyenne, en prenant en compte le temps de préparation et de rédaction du rapport puis celui de la réception des observations des parties et du traitement des réponses à ces dernières observations. De plus, elle est quasiment unique en Europe ».

La loi Pacte se voulait cependant plus restrictive que la loi Egalim : la procédure simplifiée n'était plus érigée en norme ; elle restait une exception dont le champ avait simplement vocation à s'accroître.

La persistance à aller dans cette voie est sans doute l'expression d'un vrai besoin d'accélération des procédures. Il importerait cependant que les cas de recours à cette procédure simplifiée soient précisément identifiés.

25 - La loi Pacte habitait également le Gouvernement à intervenir pour simplifier la procédure relative à la clémence, en supprimant l'avis de clémence. Si cette mesure peut effectivement apparaître comme simplificatrice et donc source d'économie procédurale, il ne faut cependant pas perdre de vue que cet avis est l'occasion pour le demandeur de clémence d'être, au moins provisoirement, fixé sur sa situation. Or, la directive, en son article 17, §4, oblige les parties à informer le demandeur par écrit du résultat de son initiative. Si l'avis de clémence est supprimé, il faudra trouver un autre vecteur d'information.

26 - La loi Pacte permettait également d'élargir les cas de recours à un seul membre du collège de l'Autorité de la concurrence pour les affaires les plus simples. La notion « d'affaires les plus simples », n'étant pas « des plus simples », il n'est pas certain qu'il faille poursuivre dans cette voie.

27 - Enfin, dans la continuité de la loi Macron, et dans le sens de l'introduction d'un principe d'opportunité de poursuites, la loi PACTE autorisait à élargir les cas où le ministre chargé de l'Économie peut imposer des injonctions ou transiger avec les entreprises en supprimant la condition tenant à la dimension locale du marché. Certains commentateurs avisés<sup>34</sup> avaient souligné qu'elle n'était de toute façon plus respectée. À notre sens, cette proposition mérite d'être reprise dans un nouveau texte, pour faire contrepoids à l'introduction d'un principe d'opportunité des poursuites, et ce afin d'éviter que certaines plaintes restent sans réponse.

28 - Une dernière mesure, susceptible de raccourcir le temps de traitement des dossiers et présentée comme clarificatrice, était davantage d'ordre substantiel. Il s'agissait de la suppression annoncée de la prise en compte du dommage à l'économie. Deux justifications étaient principalement avancées.

La première était une volonté d'alignement sur le standard européen, même si, rappelons-le, la directive ne l'impose pas strictement. On peut alors se demander si les autres spécificités nationales en matière de sanction ont vocation à perdurer : *quid* des conditions de la réitération, distinctes des conditions de la récidive européenne ? *Quid* de la prise en compte de la durée, dont l'impact sur la sanction diffère ? L'alignement nous semblerait ici dommageable, dans la mesure où les solutions françaises, en tous les cas certaines d'entre elles, apparaissent plus équilibrées.

L'autre justification est le risque de confusion possible entre le dommage à l'économie et le préjudice subi par la victime d'une pratique anticoncurrentielle, dans le contexte d'une incitation aux actions en réparation. À l'heure où la directive 2014/104 UE sur les actions en dommages et intérêts incite les autorités de concurrence à aider les juges nationaux à quantifier le dommage, cette justification-là semble paradoxale, voire anachronique.

34. A. Ronzano, *comm. préc.*

Il existe sans doute une troisième explication moins avouable mais susceptible d'être entendue dans un contexte tendant à faciliter la tâche des autorités de concurrence : la notion est difficile à appréhender et le dommage à l'économie difficile à démontrer même s'il n'avait pas à être quantifié.

## B. - D'autres réformes encore possibles

29 - La directive ECN+ et les propositions gouvernementales n'épuisent pas toutes les réformes envisageables pour améliorer l'efficacité de la procédure. Nous n'en citerons que quelques-unes.

La première, fondamentale, nous semble consister à donner plus de moyens à la cour d'appel de Paris. L'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles passe aussi par une juridiction de recours bien dotée et performante.

Plus ponctuellement, il serait possible de mettre en place un dispositif pour les lanceurs d'alerte, spécifique à la procédure concurrence française, à l'instar de ce qu'a mis en place la Commission européenne en 2017.

Enfin, il serait également possible d'améliorer la toute nouvelle procédure de transaction. Sorte d'hybride entre l'ancienne procédure de non-contestation des griefs et la procédure européenne de transaction, elle semble montrer des signes de désaffection. L'objectif de donner plus de prévisibilité aux entreprises n'est sans doute pas pleinement atteint. La mission d'évaluation

de la loi Macron, qui a rendu son rapport en novembre 2018<sup>35</sup>, l'a bien compris en proposant que l'écart entre le plancher et le plafond de la fourchette soit réduit. Notre collègue Martine Behar Touchais s'est par ailleurs fait l'écho des conséquences fâcheuses du recours cumulé à la procédure de transaction et de la procédure de clémence<sup>36</sup>. Ce cumul a pour conséquence d'englober les réductions en un tout indivisible qui la rend la sanction quasiment insusceptible de recours. Plus généralement, les signaux envoyés en faveur d'une irrecevabilité des recours sont autant de motifs d'inquiétude pour les entreprises. Enfin, la sanction transigée est opaque pour les tiers à la procédure. N'ayant aucune visibilité sur les récompenses offertes dans les affaires publiées, comment les entreprises peuvent-elles apprécier l'attractivité de la transaction ? Il faudrait motiver davantage les décisions, et donc offrir plus de transparence.

En conclusion, efficacité et équité procédurale doivent nécessairement marcher de concert et on souhaiterait que les pouvoirs publics ne l'oublient pas à l'occasion de la prochaine transposition. ■

*Mots-Clés* : Droit de la concurrence - Procédure - Directive ECN+

35. Doc. AN n° 1454, enregistré le 29 nov. 2018.

36. M. Behar-Touchais, *La pratique d'inclusion de la réduction due à la clémence de rang II dans la fourchette de la transaction*, sept. 2018 : *Concurrences* n° 3-2018, art. n° 87568.

## 10 La question concurrentielle dans le contexte des états généraux des nouvelles régulations numériques

Annie BLANDIN,  
professeur de droit à l'IMT Atlantique,  
membre du conseil national du numérique

Les états généraux des nouvelles régulations numériques traitent de quatre thèmes, la régulation concurrentielle, sociale, sociétale et les moyens de la régulation. La question concurrentielle est au cœur de la réflexion compte tenu de la caractéristique du marché dominé par des grandes plateformes non européennes. Sans maîtrise des problèmes de concurrence, il semble même difficile de réguler efficacement les autres domaines. De nombreuses pistes ont été dégagées pour des réformes entre continuité et innovation juridique. Articulé avec d'autres droits, celui de la consommation ou encore celui des données, le droit de la concurrence a aussi vocation à être complété par des mesures visant la loyauté et la transparence des plateformes, et par une régulation symétrique voire asymétrique.

### Introduction

1 - En juillet 2018, le secrétaire d'État chargé du numérique, Mounir Mahjoubi, lançait les états généraux des nouvelles régulations du numérique. L'objectif était de susciter une régulation pérenne pour un numérique qui est supposé avoir atteint l'âge de la maturité. Cette réflexion prend place dans un calendrier législatif chargé, aussi bien au niveau européen que national. En considérant seulement la question concurrentielle, on note la proposition de règlement européen « *Platform to business* », la directive ECN+ et les travaux sur la taxe sur les services numériques qui, faute de faire consensus au niveau de l'Union européenne, ont fait l'objet d'une initiative française<sup>1</sup>.

2 - Le chantier des états généraux s'insère également dans un ensemble de réflexions menées dans différents États membres, celles du rapport de Jason Furman (*unlocking digital competition*) ou de la Commission européenne dit « *Cremer* » (*competition policy for the digital era*)<sup>2</sup>. La France souhaite en tout cas jouer un rôle important dans le choix des modèles ou du modèle de la future régulation, au niveau international et surtout au niveau européen. Elle espère influencer en particulier le programme de travail de la prochaine Commission européenne. Le niveau national devait rester secondaire, mais la nécessité de lutter contre la haine sur Internet a quelque peu bouleversé l'ordre des priorités. La France a privilégié une approche nationale de cette question et de plus, elle en fait un sujet phare qui risque de ralentir les autres initiatives, sauf à considérer qu'il peut les nourrir<sup>3</sup>.

3 - Les états généraux ont d'abord fait l'objet de groupes de travail internes à l'Administration, dont les résultats ne devaient

pas déterminer les étapes ultérieures impliquant la société civile de manière large. Le conseil national du numérique a été chargé de mener la consultation publique sous la forme d'une consultation en ligne et de six ateliers contributifs. Au moment du lancement des états généraux, la feuille de route du Gouvernement comporte quatre axes : la régulation économique et concurrentielle (incluant la question des données d'intérêt général), la régulation sociale et notamment la question du statut des travailleurs des plateformes numériques, la régulation sociétale comprenant à la fois celle des contenus illicites et le problème de la surexposition aux écrans et enfin un quatrième axe de nature horizontale centré sur les modalités de la régulation. Ce dernier axe concernait en particulier la CNIL, l'ADLC, le CSA, l'ARCEP, la Hadopi et l'ARJEL dont les points de contact avec la question du numérique ont été spécifiés à cette occasion.

4 - Les rapports de synthèse sont disponibles sur le site du conseil national du numérique<sup>4</sup>. La synthèse finale quant à elle sera transmise au nouveau secrétaire d'État chargé du numérique, Cédric O. Pour sa part, le conseil poursuit ses travaux sur des points précis, en particulier la question des données d'intérêt général, le problème de la surexposition aux écrans et les conditions de lutte contre les contenus illicites.

5 - L'objet de cet article n'est pas de refaire une synthèse, mais de montrer de quelle manière la question concurrentielle s'est imposée comme une question centrale et multidimensionnelle, dans le cadre des états généraux et dans d'autres contextes. Il apparaît tout d'abord que la question concurrentielle est au cœur de la réflexion de ces états généraux. Dans cette perspective, des pistes ont été dégagées pour des réformes se situant entre continuité et innovation juridique. Lorsque nous évoquerons les propositions, il s'agira donc de propositions non formelles ou plutôt d'idées débattues actuellement.

1. PE et Cons. UE, proposition de règlement promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM (2018) 238 final du 26.4.2018. – PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1, 11 déc. 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur : JOUE n° L 11, 14 janv. 2019, p. 1.

2. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf). – <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

3. [www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/propositions/pion1785.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/propositions/pion1785.pdf).

4. <https://cnnumerique.fr/les-premieres-syntheses-des-etats-generaux-sont-en-ligne>.

## 1. Des états généraux plaçant la question concurrentielle au cœur de la réflexion

6 - La question concurrentielle irrigue la perception des enjeux et des objectifs, dont il convient de préciser qu'elle est globalement partagée par les différents contributeurs. Est mis par ailleurs en évidence le rôle structurant joué par les plateformes numériques. Ceci conduit naturellement à poser la question de la place du droit de la concurrence au sein de la régulation.

7 - Les objectifs que l'on peut raisonnablement se fixer combinent le rééquilibrage des pouvoirs, entre les États et les entreprises, entre les acteurs économiques eux-mêmes et entre les entreprises et les consommateurs, la promotion de l'innovation et la liberté de choix pour les utilisateurs.

### A. - Une perception commune des enjeux

8 - En ce qui concerne la perception des enjeux, le tableau est connu. Le marché est dominé par des quasi-monopoles de géants du numérique, les GAFAM du côté américain et les BATX pour la Chine. Ceux-ci ont donc la particularité de ne pas être européens. Face à eux, il y a peu de disrupteurs, en dépit du discours enthousiaste sur le rôle des *start-ups*. L'expansion des plateformes est rarement ralentie, à l'exception toutefois des cas où les restrictions contractuelles limitant la capacité des distributeurs à vendre certains produits comme les produits de luxe *via* ces places de marché en ligne, sont jugées compatibles avec les règles de concurrence, l'article 101, paragraphe 1 comme dans l'arrêt Coty<sup>5</sup>.

9 - L'économie ainsi structurée est une économie en silos d'applications. L'effet réseau joue à plein, de sorte que les positions dominantes s'acquièrent rapidement, durablement et sans contrepartie. C'est le phénomène du *Winner-take-all* où le leader tend à devenir un monopole.

10 - C'est ici l'occasion de mettre l'accent sur une des faiblesses du droit de la concurrence. Celui-ci ne comporte en effet pas de règles permettant de tenir en échec ce phénomène comme l'expliquent Frédéric Marty et Patrick Hubert<sup>6</sup>. Une position dominante acquise par ses propres mérites est alors difficile à saisir.

11 - Par ailleurs, le pouvoir de marché lié aux données est de plus en plus important. Ces données peuvent être aussi bien des *inputs* que des *outputs*. Réguler ce pouvoir de marché nécessite en tout cas une meilleure compréhension de l'économie même des données, notamment par les régulateurs. Ce pouvoir a un effet levier sur l'innovation, notamment l'intelligence artificielle qui se nourrit d'informations. Et il conduit les entreprises à abuser fréquemment de cet avantage concurrentiel.

12 - Ce constat explique pourquoi par régulation numérique, on entend souvent régulation des plateformes numériques. Cette confusion est même une des difficultés qui a émergé lors des travaux des états généraux. Quoique définies, en particulier dans la loi pour une République numérique, leur diversité est grande. Leur point commun réside dans le statut d'intermédiation. La loi française entend par là : « *Toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithme infor-*

*matique, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers, ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ».

13 - À côté des plateformes, d'autres notions voient le jour, sans qu'elles reposent toujours sur une définition juridique. On parle par exemple des entreprises systémiques, notion qui met davantage en évidence l'emprise sur le marché. Les entreprises sont également appréhendées dans certains textes juridiques par des seuils. Il peut s'agir de seuils en nombre de connexions comme le prévoit la proposition de loi sur la lutte contre la haine sur Internet. Il peut s'agir également de seuils en chiffre d'affaires, par exemple aux fins du déclenchement de l'obligation de paiement de la taxe sur les services numériques. Une autre notion se trouve être particulièrement pertinente pour appréhender le pouvoir de ces entreprises. Il s'agit de la notion d'entreprise souveraine qui peut être définie comme celle qui détient un pouvoir de marché tel qu'elle se dote des attributs de la souveraineté, d'un véritable pouvoir de Gouvernement<sup>7</sup>.

### B. - Le droit de la concurrence en interaction avec d'autres droits

14 - Les risques concurrentiels sont à la mesure de cette configuration du marché. Certains sont connus, d'autres sont à anticiper, notamment lorsqu'il s'agit de l'usage d'algorithmes qui peuvent favoriser toutes sortes de collusions et abus. On peut citer par exemple le cas des algorithmes conçus pour ajuster les prix en temps réel.

15 - Il est donc naturel que le droit de la concurrence occupe une place importante au sein de la régulation actuelle et à venir. Cette place est complémentaire et il est important de ne pas attendre de ce droit qu'il se substitue à certains choix politiques. Faire émerger des champions nationaux par exemple n'entre pas dans le champ du droit de la concurrence, même si celui-ci peut être accusé de ralentir certaines reconfigurations du marché, notamment par la voie de concentrations d'entreprises.

16 - En revanche, il apparaît que sans régler la question concurrentielle, il peut être difficile d'atteindre d'autres objectifs de la régulation. Par exemple, pour lutter contre la surexposition aux écrans, il ne suffit pas d'agir sur les processus attentionnels, en limitant par exemple le temps passé devant les écrans. Il faut au contraire également agir sur tout ce qui concourt à rendre dépendants. De la même manière, la lutte contre la haine sur Internet ne peut être pleinement efficace si on ne s'intéresse pas à la position des réseaux sociaux tels que Facebook sur le marché. Fonctionnalités techniques, modèles d'affaires et position sur le marché sont en effet autant de leviers qui permettent aux grandes entreprises du numérique de prendre un certain contrôle sur le système cognitif des utilisateurs.

17 - La maîtrise de tels enjeux pose la question de l'articulation entre le droit de la concurrence et une régulation plus sectorielle, *ex ante*. Plus généralement, le droit de la concurrence doit être appréhendé au prisme de ses relations avec des règles issues notamment du droit de la consommation, du droit fiscal, commercial, du droit du travail ou encore du droit de la protection des données personnelles. Il faut enfin être attentif aux potentialités du droit de la concurrence déloyale et des pratiques restrictives.

18 - Le lien entre concurrence et données (personnelles ou non) a été étudié en particulier par l'Autorité de la concurrence et le *Bundeskartellamt*, avec la publication d'un rapport en 2016.

5. CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, *Coty c/ Parfümery Akzente* : [www.gouache.fr/articles/Articles/La-vie-du-franchiseur/Creer-ameliorer-developper-defendre-votre-reseau-de-distribution/Choix-du-contrat-de-distribution/Distribution-selective-et-marketplaces-interpretation-de-la-DG-concurrence-sur-l-arrêt-Coty](http://www.gouache.fr/articles/Articles/La-vie-du-franchiseur/Creer-ameliorer-developper-defendre-votre-reseau-de-distribution/Choix-du-contrat-de-distribution/Distribution-selective-et-marketplaces-interpretation-de-la-DG-concurrence-sur-l-arrêt-Coty).

6. F. Marty et P. Hubert, *La concurrence au secours de l'économie numérique* : Éd. Fauves, 2019.

7. A. Blandin-Obernesser, *Droits et souveraineté numérique en Europe* : Bruylant, 2016.



Tout récemment (en février 2019), cette même autorité s'est fondée sur le droit des données personnelles pour caractériser l'abus de position de dominante de Facebook résultant de la combinaison de données issues de ses différents services de messagerie mais aussi de services tiers, pour nourrir le profil Facebook<sup>8</sup>. Enfin, les liens sont également nombreux entre le droit de la concurrence et le droit de différents secteurs applicatifs dans la mesure où le numérique joue un rôle dans la plupart des activités économiques.

## 2. Des pistes multiples pour des réformes entre continuité et innovation

19 - Les états généraux, combinés avec d'autres initiatives, ont permis de dégager des pistes multiples pour des réformes qui se situeraient entre continuité et innovation juridique. Une fois identifiés les enjeux et les risques, l'heure était au bilan de l'application du droit de la concurrence. Une certaine capacité d'adaptation de ce droit apparaît comme évidente et a été rappelée de manière constante. Les exemples sont nombreux. En droit des concentrations, d'autres facteurs que le prix ont pu être pris en compte par la Commission européenne, tels que l'impact sur l'innovation ou, s'agissant du numérique, la protection de la vie privée (opération LinkedIn/Microsoft). La même souplesse dans l'interprétation des règles prévaut lorsque l'Autorité de la concurrence sanctionne par exemple des comportements discriminatoires (affaire Google Navx).

Mais ce qui ressort avec plus de netteté encore, c'est la réelle inefficience, dans de nombreux cas, du dispositif juridique en vigueur. La première question soulevée est celle de la lenteur des procédures. L'affaire Google Shopping est souvent citée en exemple dans la mesure où 7 années ont été nécessaires pour régler le problème. Cette contre-performance est attribuable autant aux procédures elles-mêmes qu'à la manière dont les discussions ont été menées.

20 - Certes, la question de la lenteur n'est pas propre numérique, mais elle est plus dommageable compte tenu de la vitesse d'évolution des technologies et des usages qui le caractérise, compte tenu de l'existence de cycles d'innovation courts. En dépit de l'amélioration attendue dans le contexte de la transposition de la directive ECN+, il est à craindre que cette lenteur ne continue à poser des problèmes. Dans d'autres domaines, on voit bien que la question de la rapidité est primordiale. Ainsi par exemple, dans la proposition de loi sur la lutte contre la haine sur Internet, le temps de réaction laissé aux entreprises pour retirer des contenus signalés comme étant manifestement illicites, est très court, 24 heures.

21 - L'inefficience du dispositif actuel trouve sa source par ailleurs dans l'asymétrie d'information voire l'opacité qui caractérise le monde numérique. Cette asymétrie pénalise les régulateurs et les utilisateurs. Enfin, on note l'insuffisance des moyens dont disposent les régulateurs.

### A. - Des scénarios sous le signe de la continuité

22 - Ce bilan permet d'imaginer différents scénarios dans la continuité du droit en vigueur. Se situe dans la continuité, l'appel à une régulation centrée sur un droit de la concurrence amélioré. Ce droit a vocation à être combiné avec le renforcement de la loyauté et la transparence des plateformes, transparence que certains voudraient étendre aux algorithmes.

23 - Les pistes d'amélioration du droit de la concurrence sont liées à la volonté de rendre les positions plus contestables. Sur

le plan procédural, la recherche d'une meilleure réactivité est au cœur de la réforme initiée par la directive ECN+. D'autres pistes d'amélioration sont régulièrement débattues, comme l'accès à certaines données sur le fondement de la théorie des facilités essentielles.

24 - S'agissant de la loyauté et de la transparence des plateformes, on va vers plus de convergence des règles. La loi pour une République numérique concerne les relations entre les entreprises et les consommateurs (BtoC) tandis que la proposition de règlement européen vise les relations « *Platform to business* » (PtoB). La proposition européenne précise les obligations d'informations à faire figurer dans les CGU. L'accent est mis sur les informations relatives aux conditions de référencement des contenus, sur les informations relatives aux conditions d'accès aux données. Dans ces domaines, la volonté de définir des principes généraux le dispute à l'envie d'être le plus précis possible. L'exigence de transparence et d'une meilleure connaissance des entreprises a en tout cas une signification au-delà de la concurrence. Elle est notamment attendue pour tout ce qui concerne les modalités de modération des contenus. C'est dans ce contexte qu'a été menée ce que l'on appelle la mission Facebook, à qui le réseau social a ouvert ses portes afin que ses modalités de régulation des contenus soient analysées<sup>9</sup>.

25 - En ce qui concerne les moyens de la régulation, certaines propositions s'inscrivent dans la continuité et concernent les besoins en compétences et en ressources d'une part et les modalités de la régulation d'autre part. Doter les régulateurs de ressources humaines adéquates est une préoccupation partagée. Cela implique de mobiliser des compétences pluridisciplinaires, de recruter des profils spécifiques, notamment des *data scientists* et éventuellement de mutualiser ces ressources sous la forme d'un *pool*. S'ajoute à cela la nécessité de disposer d'outils numériques au service de la régulation (algorithmes, logiciels, bases de données...).

26 - S'agissant des modalités de régulation, les propositions couvrent un large champ et notamment celui de l'accès aux données pour les régulateurs. L'enjeu d'une meilleure connaissance des acteurs, de la technologie et des marchés est à la source d'une suggestion de création d'un observatoire français des plateformes, à l'image de l'observatoire européen récemment créé. Il aurait une mission de veille, d'analyse, de prospective, de surveillance et d'alerte.

27 - Enfin, il ne peut être question de réforme sans que ressurgisse la question du rapprochement des régulateurs. Celle-ci n'a pas occupé une place centrale dans les débats, même si les choses évoluent, notamment dans le contexte de la transposition prochaine de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels (SMA)<sup>10</sup>. Aussi les innovations juridiques dépendent-elles plutôt du modèle de régulation, qui pourrait émerger des choix en matière de régulation *ex ante*.

### B. - Des innovations juridiques possibles

28 - Les innovations débattues sont plus ou moins radicales. Un premier ensemble de pistes table sur une régulation proactive de nature symétrique. Ce sont notamment les propositions visant à faire remonter l'information vers la puissance publique et les utilisateurs qui s'inscrivent dans le modèle de la régulation par la donnée telle qu'elle est promue par l'ARCEP.

8. [www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

9. [gouv.fr/files/files/2019/Mission\\_Regulation\\_des\\_reseaux\\_sociaux-Rapport\\_public.pdf](http://gouv.fr/files/files/2019/Mission_Regulation_des_reseaux_sociaux-Rapport_public.pdf).

10. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2018/1808, 14 nov. 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), compte tenu de l'évolution des réalités du marché : JOUE n° L 303, 28 nov. 2018, p. 69.

29 - Cette forme de régulation présente deux aspects. D'une part, elle concerne l'accès à la donnée pour les régulateurs et de manière plus participative, la construction voire la co-construction de la donnée, sachant que tout l'intérêt de l'exercice réside dans la qualité du traitement des informations et notamment de leur agrégation. D'autre part, dans la relation des régulateurs avec les utilisateurs/citoyens, la régulation par la donnée renvoie à l'acte de mise en connaissance, à la diffusion d'informations. Il ne s'agit pas ici seulement et nécessairement de toutes les informations qui sont traditionnellement portées à la connaissance des citoyens dans une perspective de transparence, mais plutôt des informations qui résultent des modalités de collecte précitées et/ou qui sont diffusées dans des délais courts voire en temps réel. S'ajoutent à cette mise en connaissance, les actions que le citoyen peut mettre en œuvre pour faire remonter des informations, sans compter tout ce qui implique un dialogue avec les plateformes.

30 - Par référence au modèle réglementaire des télécommunications, d'autres idées visent davantage à faire émerger des acteurs alternatifs en offrant plus de choix à l'utilisateur. Il s'agit de la proposition de créer une forme d'interopérabilité des services et notamment des réseaux sociaux. Le but est de permettre aux utilisateurs de quitter un grand réseau social en conservant le loisir d'interagir avec ses utilisateurs. L'enjeu est de migrer avec ses propres liens<sup>11</sup>. C'est un des objectifs, s'agissant des messageries, que se fixait la Commission européenne lorsqu'elle préparait la réforme qui a conduit à l'adoption de la directive créant un Code européen des communications électroniques<sup>12</sup>. Cette démarche présentée comme constructive et qui fait l'objet d'une lettre commune à l'initiative de la Quadrature du Net<sup>13</sup>, mérite de retenir l'attention. Elle n'est pas très éloignée de fait d'un modèle de réglementation asymétrique.

31 - Justement et de manière plus tranchée, faut-il combiner le droit de la concurrence avec une régulation asymétrique ? Il s'agit là très certainement de la question qui divise le plus, car on craint des lourdeurs, des rigidités et des coûts accrus. L'idée serait d'identifier des acteurs systémiques soumis à des obligations plus lourdes que les autres, obligations ayant vocation à s'appliquer *ex ante*.

32 - Le modèle sous-jacent est bien évidemment celui des télécommunications, dont la libéralisation et la régulation se sont fondées et se fondent toujours pour la seconde, sur une réglementation sectorielle combinée avec le droit commun de la concurrence. Les opérateurs considérés comme étant puissants sur un marché pertinent, à l'issue de la procédure d'analyse des marchés, se voient imposer des obligations spécifiques *ex ante*, notamment en matière d'accès et d'interconnexion.

33 - Ce modèle ne peut être transposé tel quel, même s'il peut inspirer certaines initiatives nouvelles. Il est à noter d'ailleurs, que dans le domaine de la régulation des contenus qui fait appel à une responsabilité accrue des plateformes, émerge une réglementation qui soumet certaines entreprises définies par référence à des seuils, à des obligations de retrait des contenus, sous peine de sanctions lourdes.

34 - Vont dans le sens de cette réglementation asymétrique, tout ce qui concourt à prévenir l'émergence d'entreprises « trop » puissantes et à l'apparition de comportements anticon-

currentiels. Les rapports Furman et Cremer préconisent par exemple une intervention du régulateur même si l'atteinte à la concurrence n'est pas probable, lorsque l'on est en présence de marchés très concentrés, ce qui revient à mettre en place de nouvelles présomptions d'illégalité. La démarche est contestée, certains préférant faire confiance aux outils classiques.

35 - Nombreuses (et anciennes pour beaucoup d'entre elles) sont par ailleurs les propositions de modification du droit de la concentration. Il s'agit notamment de remédier aux biais du dispositif actuel qui repose sur des seuils exprimés en chiffres d'affaires, alors que beaucoup d'opérations de rachat portent sur des opérations en dessous des seuils et/ou sur des entités stratégiques et innovantes, mais pas nécessairement valorisées. Les solutions préconisées visent à prendre en compte la valeur de l'acquisition vont souvent de pair avec un appel au contrôle *ex post* de certaines opérations<sup>14</sup>.

36 - Reste enfin la question très sensible de l'accès aux données des grandes plateformes. Celles-ci peuvent les générer elles-mêmes ou en faire l'acquisition par le biais d'accords comme celui de Google avec Renault-Nissan. Inciter ou obliger les plateformes et autres entreprises numériques à partager certaines données est à la fois un moyen de réduire leur position et de permettre un usage au bénéfice soit de la collectivité, soit d'autres entreprises. Le statut des données d'intérêt général est ici crucial. Ces données produites dans un cadre privé ont vocation à être qualifiées d'intérêt général sur la base de différents critères. Que ce soit sur la base d'un texte général, d'une approche sectorielle ou par projets, le statut de ces données est en train de se dessiner.

## Conclusion

37 - Le débat est particulièrement riche sur tous ces sujets, donnant parfois une impression de confusion. Il se poursuit dans différents cadres, à l'échelle nationale, européenne et internationale. On ne peut qu'être frappé par l'évolution rapide des positions sur les aspects concurrentiels. Certains sujets ne sont plus tabous depuis peu, comme celui du démantèlement des géants du net que certains appellent de leurs vœux, aux États-Unis surtout<sup>15</sup>. Le droit trouvant par ailleurs ses limites, c'est une autre approche qui se fait jour, centrée sur la technique. Ainsi, Tim Berners Lee regrette-t-il la centralisation de l'Internet<sup>16</sup>. La solution à la concentration excessive serait de revenir à un Web plus décentralisé, plus convivial, moins livré à une concurrence qui en modifie aussi la culture originelle. La solution serait alors dans la structure et les fonctionnalités techniques.

38 - Le débat sur la réforme en France va de pair avec différentes initiatives législatives autonomes ou de transposition, au risque que le paysage de la régulation perde en cohérence. La pérennité recherchée des règles suppose en effet que l'on définisse des principes communs et que l'on respecte le principe de neutralité technologique du droit. La convergence des règles et le renforcement de la coordination entre autorités de régulation, horizontale et verticale (avec les instances européennes) sont dès lors stratégiques. Et il n'est pas exclu que se pose à terme la question d'un régulateur spécifique.■

Mots-Clés : Régulation numérique - Droit de la concurrence - GAFA

11. L. Maurel, *On doit pouvoir quitter Facebook sans perdre les liens qu'on y a créés* : Libération, 29 nov. 2018.

12. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2018/1972, 11 déc. 2018 établissant le Code des communications électroniques européen (refonte) : JOUE n° L 321, 17 déc. 2018, p. 36.

13. [www.laquadrature.net/2019/05/21/pour-linteroperabilite-des-geants-du-web-lettre-commune-de-45-organisations/](http://www.laquadrature.net/2019/05/21/pour-linteroperabilite-des-geants-du-web-lettre-commune-de-45-organisations/).

14. V. contribution de Trans Europe Experts à la consultation organisée dans le cadre des états généraux des nouvelles régulations numériques (site du CNNum).

15. T. Wu, *The curse of Bigness : antitrust in the new Gilded age*, Columbia Global reports, 2018.

16. M. Untersinger, *30 ans du Web* : « Il n'est pas trop tard pour changer le Web » affirme Tim Berners-Lee : Le Monde, 12 mars 2019.

# 11 Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique

Daniel FASQUELLE,  
*professeur des universités,  
 agrégé des facultés de droit,  
 membre du LARJ EA 3603,  
 vice-président de la Commission des affaires  
 économiques de l'Assemblée nationale*

Alors que le numérique bouleverse le paysage économique, on est conduit à s'interroger sur la place et le contenu du droit de la concurrence face à un phénomène qui ne cesse de prendre de l'ampleur.

## Introduction

1 - On se doit de commencer par un constat, à savoir que le droit de la concurrence est, plus que jamais, bousculé voire déstabilisé par l'économie numérique. On lui reproche au moins trois choses. Son incapacité, en premier lieu, à maîtriser la concentration du pouvoir entre quelques mains<sup>1</sup>. Le créateur du web lui-même, Tim Berners-Lee, a dénoncé récemment avec force la façon dont le lieu ouvert et de liberté qu'il avait inventé était désormais perverti et capté par quelques-uns, appelant ainsi à la régulation des Facebook, Google et autres Twitter<sup>2</sup>. Son temps d'intervention trop long, ensuite. Les 7 années qu'il aura fallu pour que Google et son service de comparaison de prix soient condamnés pour abus de position dominante par la Commission européenne ont laissé dubitatifs nombre d'observateurs sur la capacité du droit de la concurrence à réagir dans des délais raisonnables<sup>3</sup>. Un cadre d'analyse, enfin, dépassé et un manque d'expertise, en particulier face à l'utilisation de plus en plus grande des données personnelles à des fins économiques et à l'apparition des services gratuits sur Internet avec l'émergence de marchés bi-faces, voire multitâches, source d'une complexité accrue dans l'analyse des pratiques.

2 - Ces critiques ont été entendues, d'où un fourmillement d'initiatives qui, bien involontairement, renforcent un certain sentiment de fébrilité. Au plan international, le G7, sous présidence française, a fait du numérique et de la concurrence une de ses priorités. L'OCDE s'est également emparée du sujet<sup>4</sup>. Du côté de la Commission européenne, Margrethe Vestager, Commissaire en charge de la concurrence, a nommé trois experts pour éclairer la DG Concurrence sur ce sujet complexe, experts qui viennent de lui remettre un rapport circonstancié : « Competition policy for the digital era » (ci-après le « rapport

Crémer »)<sup>5</sup>. Les États et les autorités nationales de concurrence du Réseau européen apportent également leur contribution à cette réflexion. En Allemagne, le gouvernement allemand a installé, en septembre 2018, une commission appelée « Competition Law 4.0 » visant à la modernisation du droit de la concurrence et de l'harmonisation du cadre de l'économie numérique. En Grande Bretagne, le 13 mars dernier, a été rendu un rapport qui pointe la nécessité d'adapter les règles britanniques de la concurrence à l'ère du digital (ci-après, le « rapport Furman »)<sup>6</sup>. En France, le numérique a été affiché comme une priorité, par ailleurs, de l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« ADLC ») pour 2019, un rapport de l'IGF a été rendu en avril 2019 au ministre de l'Économie et des Finances sur l'évaluation de la politique européenne de concurrence<sup>7</sup> et, enfin, on ajoutera, les États généraux du numérique avec un volet important consacré à notre sujet, à savoir le droit de la concurrence face à l'émergence du numérique<sup>8</sup>.

3 - Que retirer de toute cette agitation ? Quelles premières conclusions en tirer ? À bien y regarder, on en a, encore aujourd'hui, plus de questions que de réponses et on perçoit bien que nous sommes, sur plusieurs points essentiels, à la croisée des chemins. Les interrogations soulevées s'articulent autour deux questions principales : quelle place pour le droit de la concurrence face à l'émergence de l'économie numérique ? (1) et quel droit de la concurrence face à cette économie nouvelle ? (2).

## 1. Quelle place pour le droit de la concurrence demain face à l'émergence de l'économie numérique ?

4 - Face à l'émergence de l'économie numérique, la question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir qui pilote et quelles

1. J. Baker, *Market power and market concentration in the US*, OECD Competition Committee, June 2018. – J. van Rennen, *sur les travaux de MIT, in Shaping Competition in Digital era*, 17 01 2019, site DG COMP.  
 2. La toute-puissance des Gafa, un « but » du système selon T. Berners-Lee : *Les Echos*, 14 mars 2018.  
 3. *Comm. UE, déc. COMP/39.740, IP/17/178 17 juin 2017, Google search shopping*. – *Aff. Google Shopping* : *Contrats, conc. consom.* 2018, *comm.* 52, note D. Bosco.  
 4. L'OCDE organise avec le G7 et l'Autorité française de la concurrence une conférence à Paris le 3 juin prochain consacrée à ce sujet du droit de la concurrence face au numérique.

5. Rapp. rédigé par Heike Schweitzer, professeur à l'université Humboldt de Berlin, Jacques Crémer, professeur, Toulouse School of Economics, et Yves-Alexandre de Montjoiye, Assistant professor, Imperial College London.  
 6. *Unlocking digital competition, Digital Competition Expert Panel, J. Furman, 13 mars 2019*.  
 7. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne, sous la supervision de A. Perrot.  
 8. Les États généraux ont été lancés en juillet 2018. Les administrations ont été consultées, puis une consultation plus large a eu lieu. On trouve une synthèse des contributions sur le thème 2 « Adaptation des règles de concurrence et régulation économique » en ligne sur le site du Conseil national du numérique depuis le 26 mars 2019. Voir la communication d'Annie Blandin.

règles on applique. Alors que le droit de la concurrence est bousculé au risque d'être, ponctuellement, voire durablement, écarté (A), la solution la plus raisonnable semble plutôt être dans la recherche de la complémentarité avec les autres acteurs et branches du droit concernés (B).

### A. - Le droit de la concurrence écarté ?

5 - Face à l'émergence de l'économie numérique, le droit de la concurrence est possiblement écarté ou, à tout le moins marginalisé, à la fois parce que d'autres acteurs que lui s'emparent du sujet de la concurrence face au numérique (1°), et parce que d'autres branches du droit, voire un droit spécifique et nouveau, pourraient s'imposer à son détriment (2°).

#### 1° Les autorités de la concurrence écartées ?

6 - La multiplication des acteurs traitant de la concurrence et du numérique en dehors de ceux qui en sont habituellement chargés doit être soulignée. En France, par exemple, c'est, l'ancien ministre en charge du Numérique, Mounir Majoubi, qui a lancé, à travers les États généraux, la consultation sur l'adaptation des règles de concurrence au numérique. Ce secrétariat d'État dépend directement du Premier ministre, le ministère de l'Économie ayant seulement été consulté alors qu'il s'agit d'une question qui relève directement de sa compétence et qu'il s'est déjà emparé, à plusieurs reprises, du sujet<sup>9</sup>. L'Autorité de la concurrence (ADLC), pour sa part, se doit de cohabiter sur ce sujet du numérique avec les autres autorités comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la Commission nationale de l'informatique et des libertés. À Bruxelles, on constate le même tiraillement entre plusieurs acteurs. C'est ainsi, par exemple, que le marché unique numérique est piloté par la DG Grow en charge du Marché intérieur alors qu'il concerne directement, à plusieurs égards, le droit de la concurrence.

7 - Face à cette situation un peu confuse, certains suggèrent, vu la spécificité des questions abordées, que des autorités spécialisées soient créées ce qui, comme dans d'autres secteurs économiques réglementés, reviendrait à retirer aux autorités de la concurrence une grande part des questions à trancher. Cette proposition a été évoquée dans le cadre des États généraux. Elle a trouvé, tout récemment, un renfort dans le rapport de J. Furman qui propose, en Grande-Bretagne, de créer une « *Digital Markets Unit* ».

#### 2° Le droit de la concurrence, au fond, marginalisé ?

8 - Le droit de la concurrence peut se trouver en conflit direct avec d'autres branches du droit pour appréhender ce secteur nouveau. C'est ainsi que le numérique implique très souvent des questions qui relèvent, par exemple, du droit de la propriété intellectuelle, du droit de la consommation ou encore du droit de la protection des données. Au point que le droit de la concurrence peut se trouver parfois purement et simplement écarté. L'exemple du statut de ceux qui travaillent pour des plateformes comme Uber ou Take Eat Easy est, à cet égard, très parlant. Dès

lors que la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation décident que le lien qui unit un chauffeur indépendant à la plateforme de réservation en ligne est un « contrat de travail », cela exclut nécessairement l'application du droit de la concurrence au profit du droit du travail à celui qui doit être considéré comme un salarié et non plus une entreprise<sup>10</sup>.

9 - À cette menace, s'en ajoute une autre. L'idée d'intervenir dans notre matière par des lois spéciales ou par une régulation sectorielle est régulièrement évoquée comme le montre les États généraux du numérique<sup>11</sup>. Si cette idée était retenue, cela conduirait, comme dans d'autres domaines, à multiplier les dérogations ou à créer un droit sectoriel pour partie dérogoire du droit de la concurrence. Cette solution, qui, fort heureusement ne semble pas faire l'unanimité, n'est pas souhaitable pour au moins deux raisons<sup>12</sup>. La première est générale. Elle tient au fait qu'il n'est pas judicieux, comme on en a trop souvent la manie en France, de vouloir construire un droit trop détaillé et précis, un droit spécial qui favoriserait inévitablement l'émiettement de la règle de droit et qu'il faudra en permanence adapter à une réalité particulièrement changeante dans le domaine du numérique. La seconde est plus circonstanciée. Elle part du constat que le numérique apparaît de moins en moins comme une branche de l'économie à part comme peuvent l'être l'énergie ou les télécommunications. Le numérique est maintenant présent partout et innerve toute l'économie. On voit mal comment un droit de la régulation à part et une autorité particulière pourrait traiter de ce sujet sans que cela crée de fortes frictions et incertitudes juridiques.

10 - Ceci nous conduit à imaginer une autre voie, celle d'un droit de la concurrence qui occuperait une place centrale mais non exclusive au regard des problématiques très particulières de la concurrence face au numérique.

### B. - Le droit de la concurrence acteur central mais non exclusif ?

11 - La concurrence dans l'économie numérique doit être, avant tout, traitée par le droit de la concurrence et ceux qui sont chargés de le mettre en œuvre. Cependant, le droit de la concurrence ne peut prétendre à l'exclusivité car il n'est pas armé pour prendre en compte tous les sujets. D'où la nécessité d'une complémentarité à construire, à partir du droit de la concurrence, à la fois entre acteurs (1°) et au fond du droit (2°).

#### 1° Les autorités de la concurrence : une complémentarité nécessaire avec les autres acteurs de l'économie numérique

12 - Conscientes de leurs lacunes, les autorités de la concurrence ont confié à des experts le soin de leur apporter un regard qui leur manque sur, à la fois, la façon dont le droit de la concurrence pourrait évoluer ainsi que sur les moyens à mettre en œuvre<sup>13</sup>. Elles-mêmes se dotent peu à peu d'une capacité d'expertise et rendent études et rapports. L'avis de l'ADLC sur la publicité en ligne a révélé un degré d'approfondissement très remarqué et devrait donner suite à une pratique décisionnelle

9. V. par ex., les résultats d'une enquête, fin 2017, sur les pratiques commerciales des « places de marché » vis-à-vis des professionnels mettant à la vente des produits sur leur plateforme. Cette enquête a permis de mettre en évidence des pratiques prohibées par le Code de commerce. Par exemple, il a été relevé des clauses imposées par Amazon permettant de modifier unilatéralement ses conditions commerciales avec ses vendeurs (DGCCRF Communiqué du 18 décembre 2017). Bruno Le Maire a décidé d'assigner trois sociétés devant le tribunal de commerce de Paris et de demander le prononcé d'amendes très fortes. Des autres plateformes (Cdiscount et Rue du commerce) auxquelles la DGCCRF avait adressé une injonction de supprimer des clauses d'alignement tarifaire se sont mises en conformité.

10. Cass., soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 : *JurisData* n° 2018-021271 ; *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2019, comm. 2, note G. Loiseau. – V. C. Courcol-Bouchard, *Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat* : *RDT* 2018, p. 812.

11. Dans les propositions de l'Administration dans le cadre des États généraux, on notera la possibilité d'identifier les acteurs systémiques du numérique et d'établir ensuite une liste de mesures prises au titre de la régulation *ex ante*.

12. V. également les réticences de M. Chagny, *L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique* : *JCP G* 2015, 1340, p. 2237, spéc. n° 11.

13. V. n° 2 de la présente étude.

vigoureuse<sup>14</sup>. Plus largement, l'ADLC a indiqué qu'elle continuera d'investir en 2019 dans « le décryptage et l'anticipation des enjeux numériques ». Ces mêmes autorités ont également compris qu'elles devaient travailler ensemble pour concentrer leurs moyens afin de mieux comprendre et appréhender les défis de l'économie numérique. C'est ainsi que l'Autorité française de la concurrence (ADLC) a publié, dès 2014 et 2016, deux études conjointes, l'une avec l'autorité britannique<sup>15</sup> et l'autre avec l'autorité allemande<sup>16</sup>. Au-delà de ces initiatives bilatérales, s'est créé, au plan européen, au sein du réseau européen de concurrence, un groupe de travail ayant pour vocation à faciliter les échanges sur les questions du numérique. Au plan mondial, on soulignera les activités de l'International Competition Network (ICN) et de l'OCDE en faveur d'échanges d'expérience et d'expertise dans ce domaine nouveau.

13 - Au-delà de ces coopérations entre autorités de la concurrence, il est important de souligner la complémentarité recherchée avec les autres acteurs du numérique. L'instauration d'un observatoire français des plateformes numériques, en complément de l'observatoire européen créé en 2018, proposé par l'Administration elle-même dans le cadre des États généraux, va dans ce sens. Cet observatoire permettrait de fournir des éléments d'information adéquats aux autorités de contrôle et au législateur pour prononcer d'éventuelles sanctions ou, le cas échéant, modifier la législation applicable. Cet observatoire aurait vocation à travailler en étroite collaboration avec les parties prenantes du secteur : entreprises du numérique, associations de consommateurs, associations professionnelles et les autres régulateurs (ADLC, CNIL, CSA...), ces régulateurs souhaitant eux-mêmes une intensification de la coopération entre eux<sup>17</sup>. Pour aller plus loin encore, on notera une proposition, faite dans le cadre des États généraux, de créer un « réseau européen du numérique », système de coopération inspiré du Réseau européen de concurrence (REC) et du réseau des autorités de régulation des données autour du European Data Protection Board<sup>18</sup>. Ce réseau pourrait développer des interactions institutionnelles avec les deux autres réseaux déjà existants (concurrence et données).

14 - Dans ce fonctionnement en réseau, et pour être complet, on soulignera que les autorités de la concurrence peuvent aussi mettre leur capacité d'expertise au service des autres. C'est ainsi que l'ADLC a été sollicitée par la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale pour rendre un avis sur l'« impact majeur du numérique sur le secteur de l'audiovisuel et des médias », avis qui a été rendu le 21 février 2019 et qui a été l'occasion pour l'ADLC de formuler des « recommandations sur l'adaptation du cadre de la régulation audiovisuelle ». À la demande de l'ARCEP, l'Autorité a également rendu le 25 janvier dernier un avis sur les services de diffusion hertzienne dans lequel elle s'est prononcée en faveur de la prolongation pour 3 ans de la régulation *ex ante* du marché de gros amont des services de diffusion de la TNT.

### 2° Le droit de la concurrence : une complémentarité nécessaire avec les autres branches du droit

15 - Cette nécessaire complémentarité suppose, tout d'abord, qu'on ne demande pas au droit de la concurrence ce qu'il ne

peut pas donner. C'est le cas, notamment, s'agissant de favoriser l'émergence d'acteurs européens du numérique. Comme l'a montré le débat concernant la fusion Alstom/Siemens, il ne faut pas attendre du droit de la concurrence qu'il se renie pour atteindre des objectifs qui ne sont pas les siens. Si l'Union européenne veut favoriser l'apparition d'acteurs mondiaux du numérique, elle doit emprunter les outils qui ont été utilisés pour favoriser la création de géants européens dans le domaine de l'aviation ou de l'espace. Les mesures récentes prises pour permettre à l'Europe de rattraper son retard dans les batteries électriques montrent bien que ces sujets relèvent, à l'évidence, des mécanismes de la politique industrielle ou de la politique de l'innovation. Cela étant dit, on ne doit pas écarter trop hâtivement le débat sur le point de savoir si le droit européen de la concurrence, fortement lié au marché unique dont il a toujours eu pour but de faciliter le fonctionnement, n'est pas plus sévère dans l'Union européenne que chez nos principaux concurrents ailleurs dans le monde ce qui peut avoir pour conséquence d'handicaper inutilement notre économie.

16 - La complémentarité nécessaire avec les autres branches du droit nécessite, ensuite, une mutuelle reconnaissance. C'est ainsi que, par exemple, dans le domaine de la protection des données personnelles, on constate une étroite interdépendance avec le droit de la concurrence<sup>19</sup>. En effet, la collecte massive de données nominative est la cause de l'avantage concurrentiel conféré auquel s'ajoute le bénéfice d'effets puissants de réseaux qui résultent à la fois de la nature des services et des positions de leaders occupées par les entreprises dominantes sur leurs marchés respectifs<sup>20</sup>. Face à cette situation, le droit des données, loin d'être en conflit avec le droit de la concurrence, peut, au contraire, utilement contribuer à renforcer celui-ci. Le meilleur exemple qu'on puisse en donner est celui du RGPD (règlement général sur la protection des données) qui, en imposant la portabilité des données, doit permettre aux consommateurs de pouvoir quitter plus facilement une plateforme pour aller chez un concurrent en transférant sans difficulté l'intégralité de ses données, ce qui renforcera une concurrence jusqu'à présent plutôt mise à mal.

17 - Toujours dans cet esprit de complémentarité, on signalera l'adoption, par le Parlement européen, le 17 avril 2019, du nouveau règlement sur les pratiques commerciales entre plateformes et entreprises qui vient utilement accompagner les règles du droit de la concurrence existantes<sup>21</sup>. De même, dans le droit français, pourraient être inscrits, comme le suggère le ministère de l'Économie dans sa contribution aux États généraux, un certain nombre de règles nouvelles qui viendrait prendre en compte la spécificité du numérique sans se substituer pour autant au droit de la concurrence<sup>22</sup>.

## 2. Quel droit de la concurrence demain face à l'émergence du numérique ? —

18 - Dans la synthèse 2017 de l'ADLC intitulée « Economies augmentées. Nouvelles perspectives », Margarete Vestager,

14. *Aut. conc.*, avis n° 18-A-03, 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet.

15. *Autorité de la concurrence et Competition and Markets Authority*, Analyse économique des systèmes ouverts et fermés, 16 déc. 2014.

16. *Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt*, *Droit de la concurrence et données*, 10 mai 2016.

17. V. par ex., l'interview d'Olivier Schrameck, président du CSA, sous le titre « Le numérique n'échappe pas à la régulation » dans *Le Figaro*, le 23 nov. 2018.

18. Proposition de Trans Europe Experts.

19. J. Debras, *Protection des données personnelles et concurrence : dépendance et interdépendances également* : RLDI, n° 159, Analyse, 1<sup>er</sup> mai 2019.

20. Sur ce sujet, V. par ex., Jérôme Debras, *Protection des données personnelles et concurrence : dépendances et interdépendances*, RDLI, 1<sup>er</sup> mai 2019, n° 159.

21. *Comm. UE*, communiqué IP/19/2160, 17 avr. 2019/. – L. IDOT, *Un nouveau pas vers un droit européen de la concurrence déloyale : Europe 2019*, alerte 30.

22. Bercy fait 4 propositions : mettre en place une régulation par la data, inscrire dans la loi un principe de liberté de choix, mettre en place un pouvoir de règlement des différends, promouvoir la portabilité des données et mettre en œuvre l'interopérabilité des services.

Commissaire européenne à la concurrence, affirmait sur « les grands enjeux du numérique » que « Les outils d'application du droit de la concurrence sont flexibles, ce qui nous permet de mettre en œuvre les principes du droit de la concurrence de l'Union européenne – qui demeurent constants – même dans des marchés numériques en perpétuelle mutation » et d'ajouter que « le message à faire passer est que ce qui est illégal hors ligne l'est probablement également sur internet. Les algorithmes ne soustraient pas les entreprises à leurs responsabilités ». Un point de vue qui est partagé par de nombreux observateurs pour qui un droit de la concurrence numérique serait superflu<sup>23</sup>. S'il est vrai que le droit de la concurrence, de par sa souplesse, peut apporter de nombreuses réponses (A). Reste quand même posée la question de la nécessité de l'amender sur certains points (B).

### A. - Par sa souplesse, le droit de la concurrence apporte déjà de nombreuses réponses

19 - À trop se focaliser sur le droit des pratiques anticoncurrentielles (2°) et le droit des concentrations (3°), on en vient parfois, à tort, à oublier le droit de la concurrence déloyale et le droit des pratiques restrictives dont le rôle, est loin d'être négligeable (1°).

#### 1° Le rôle non négligeable du droit de la concurrence déloyale et du droit des pratiques restrictives

20 - Le droit de la concurrence déloyale, la plus ancienne branche du droit de la concurrence, a, très tôt, fait preuve de son adaptabilité au numérique comme l'illustre, dès le 7 juillet 2004, le premier arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans cette matière, dans une affaire Renissimo qui concernait l'utilisation d'un nom commercial dans un nom de domaine<sup>24</sup>. Depuis, de nombreuses décisions ont été rendues qui ont démontré l'adaptabilité de la plus ancienne branche du droit de la concurrence<sup>25</sup>.

21 - Le droit des pratiques restrictives n'est pas en reste et le ministère de l'Économie ne manque pas de le solliciter pour appréhender les questions nouvelles posées par l'économie numérique. On prendra deux exemples seulement. Le premier concerne une enquête de la DGCCRF sur les pratiques commerciales des « places de marché » vis-à-vis des professionnels mettant à la vente des produits sur leur plateforme<sup>26</sup>. Cette enquête a permis de mettre en évidence des pratiques prohibées par le Code de commerce à la suite de quoi Bruno Le Maire a décidé d'assigner trois sociétés devant le tribunal de commerce de Paris et de demander le prononcé d'amendes très fortes<sup>27</sup>. En mars dernier, le même ministre de l'économie a annoncé qu'il assignait en justice Google et Apple en justice pour « pratiques commerciales abusives » devant le tribunal de commerce de Paris concernant le mode de rémunération pratiqué dans les magasins d'application App Store et Google Play, une menace qu'il a, depuis, mis à exécution.

#### 2° Des autorités de plus en plus réactives en matière de pratiques anticoncurrentielles

22 - En matière d'entente, c'est le commerce en ligne qui a le plus retenu l'attention avec un droit européen de la concurrence qui a peu à peu trouvé ses marques avec les arrêts de la CJUE Pierre Fabre du 13 octobre 2011<sup>28</sup> et Coty du 6 décembre 2017<sup>29</sup>. En France, les tribunaux se sont montrés accueillants à l'égard de cette jurisprudence<sup>30</sup>, alors que l'on note certaines réticences en Allemagne<sup>31</sup>. La question est posée également de savoir comment cette évolution jurisprudentielle sera prise en compte dans le futur règlement sur les restrictions verticales<sup>32</sup>.

23 - Concernant les abus de position dominante, après avoir beaucoup tardé à réagir, la Commission européenne accélère maintenant le pas. Le 27 juin 2017, Google a été condamné pour la première fois par la Commission européenne pour son comparateur de prix<sup>33</sup>. Le 18 juillet 2018, Google s'est vu infliger une amende de 4,34 milliards d'euros pour violation des règles de concurrence de l'Union européenne pour avoir imposé des restrictions illégales aux fabricants d'appareils Android et aux opérateurs de réseaux mobiles afin de consolider sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur l'internet<sup>34</sup>. Plus récemment encore, le 20 mars 2019, la Commission a infligé une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour abus de position dominante au motif qu'avec sa régie publicitaire AdSense, qui détient 80 % du marché en Europe, cette entreprise limitait artificiellement la possibilité pour les sites web tiers d'afficher les publicités contextuelles émanant de concurrents<sup>35</sup>. En dehors de Google, la Commission européenne a aussi épinglé Qualcomm condamné par une pénalité de 997 millions d'euros suite à une plainte d'Apple<sup>36</sup> de même qu'elle a ouvert une enquête en septembre dernier pour déterminer si Amazon utilise les données des commerçants présents sur sa plateforme afin de favoriser ses propres produits. Sans prétendre vouloir être exhaustif, on signalera également que la Commission européenne est sur le point d'ouvrir une nouvelle enquête visant Apple suite à la plainte déposée par Spotify début mars 2019. Est en cause le modèle économique du magasin d'applications d'Apple, l'Apple store, Spotify reprochant à Apple de prélever un montant beaucoup trop élevé de 30 % sur le montant des nouveaux abonnements.

24 - Toujours en matière d'abus de position dominante, si on se tourne maintenant vers les autorités nationales de la concurrence, force est de constater qu'elles ne sont pas non plus en reste. De son côté, l'ADLC, à la suite de son enquête sur la publicité en ligne, a annoncé qu'elle allait s'attaquer à la position écrasante de Google et Facebook. D'autres acteurs de la publi-

28. CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Sté Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ prés. de l'Autorité de la concurrence.

29. CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, Coty Germany : JurisData n° 2017-026614 ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 54, note G. Decocq.

30. Aut. conc., déc. n° 18-D-23, 24 oct. 2018, Stihl : Contrats, conc. consom. 2018, comm. 204, note G. Decocq. – CA Paris 13 juill. 2018, Caudalie.

31. V. dans ce dossier, la communication de Yann Utzschneider, Réseaux de distribution et droit de la concurrence à l'heure de la réforme des restrictions verticales.

32. Communication de Yann Utzschneider, préc.

33. Comm. UE, déc. 17 juin 2017, Google search shopping, préc.

34. V. le communiqué de presse du 18 juill. 2018, IP/18/4581.

35. Se fondant sur un large éventail d'éléments de preuve, la Commission a conclu que le comportement de Google portait préjudice à la concurrence et aux consommateurs et qu'il entravait l'innovation. Les concurrents de Google étaient incapables de se développer et de proposer d'autres services d'intermédiation publicitaire liée aux recherches en ligne que ceux de Google. Par conséquent, les propriétaires de sites web disposaient de peu d'options pour monétiser l'espace sur ces sites web et étaient contraints de compter presque exclusivement sur Google. V. le communiqué de presse, 20 mars 2019, IP/19/1770.

36. Communiqué de presse, 24 janv. 2018, IP/18/421.

23. C. Jaag, S. Rutz, *Un droit de la concurrence numérique serait superflu : La Vie économique*, 10/2017, p. 58. – Voir également le point de vue de Guy Canivet dans le rapport du club des juristes présenté en janvier 2018 pour qui « c'est l'ingénierie du droit de la concurrence qui doit changer, pas ses fondamentaux. Il faut introduire le raisonnement économique dans le raisonnement juridique ».

24. Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17.416 : JurisData n° 2004-024595.

25. V. par ex., Cass. com., 18 oct. 2017, Sté Normalu, Sas c/ Sté Newmat, SAS : JurisData n° 2017-020503 ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 6, note M. Malaurie-Vignal au sujet de la mise en ligne, à l'initiative de la victime, du dispositif d'un jugement de condamnation de contrefaçon.

26. Par ex., il a été relevé des clauses imposées par Amazon permettant de modifier unilatéralement ses conditions commerciales avec ses vendeurs (DGCCRF, Communiqué 18 déc. 2017).

27. Les deux plateformes, Cdiscount et Rue du commerce, auxquelles la DGCCRF avait adressé une injonction de supprimer des clauses d'alignement tarifaire, se sont, quant à elles, mises en conformité.

cité en ligne sont également susceptibles de faire l'objet d'enquêtes en 2019. Outre-Rhin, la décision Facebook du Bundeskartellamt a fait grand bruit<sup>37</sup>. L'autorité allemande considère, en effet, que Facebook a commis un abus d'exploitation en contraignant ses utilisateurs à lui permettre de collecter leurs données sur des plateformes différentes de la sienne. L'abus résulte dans la violation du RGPD, l'opérateur américain récoltant des données personnelles concernant les utilisateurs de son service en dehors de l'environnement Facebook (Instagram, WhatsApp, sites intégrant un bouton Facebook).

### 3° Le droit de la concurrence au service d'une politique ambitieuse de remise en cause de la trop grande concentration du pouvoir économique

25 - En premier lieu, on notera que le droit des concentrations a, d'ores et déjà, su s'adapter à l'économie numérique. Certaines décisions datent déjà du début de la décennie<sup>38</sup>. D'autres, plus récentes, montrent clairement la capacité des autorités à appréhender les situations nouvelles qui leur sont soumises. On en donnera deux exemples. Dans sa décision de 2016 autorisant le rachat de Darty par Fnac, l'ADLC a décidé d'innover dans l'analyse concurrentielle de la distribution physique et de la vente en ligne. Partant du constat que le rapprochement des ventes en magasin et sur Internet de produits électrodomestiques bruns (téléviseurs, appareils photographiques et produits audio : MP3, lecteurs DVD et Blu-ray...) et gris (tablettes, ordinateurs portables, smartphones, etc.), conduisaient les acteurs à ne plus différencier substantiellement leurs comportements, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il n'y avait qu'un seul marché de la vente en magasin et en ligne<sup>39</sup>. Une approche qu'elle a récemment appliquée au marché des jouets dans une décision du 19 avril 2019, qui est une première au niveau européen dans ce secteur<sup>40</sup>. Plus récemment, on signalera la décision SeLoger/Logic-Immo du 1<sup>er</sup> février 2018 relative à la prise de contrôle ConceptMultimédia par le groupe Axel Springer, décision qui est le fruit du premier examen approfondi d'une concentration impliquant deux plateformes en ligne avec la prise en compte de deux caractéristiques importantes : le caractère numérique et la nature biface<sup>41</sup>.

26 - Face aux géants du numérique, le droit des concentrations offre également, en l'état, de nombreuses possibilités, y compris en faveur de leur démantèlement s'il en était décidé ainsi. Aux États-Unis, cette idée fait son chemin à l'image de ce qui s'est passé dans les affaires AT&T et Standard Oil, deux entreprises qui furent scindées, à l'époque, en deux. C'est l'article de Lina Khan, une jeune économiste, intitulé « Amazon's paradox »<sup>42</sup> qui a déclenché un débat très animé dans le monde académique, accompagné dans la presse généraliste d'une prise de conscience collective. La remise en cause du paradigme du

« consumer welfare » est au cœur des discussions<sup>43</sup>, en particulier sa teneur et les présupposés qui l'ont détourné et déformé du fait de l'influence de l'école de Chicago<sup>44</sup>. Précisément, ce nouveau courant critique l'approche actuelle qui consiste à se préoccuper en priorité des bénéfices ou inconvénients immédiats pour le consommateur alors qu'à plus long terme, l'impact d'une entreprise comme Amazon sur le marché et sur la société peut s'avérer négatif, la compétitivité et l'innovation pouvant se trouver lourdement handicapés en raison du blocage du marché. Ce à quoi il faut ajouter que ces entreprises sont capables, de par leur puissance, de faire pression sur les États pour obtenir des avantages indus toujours plus importants. Les solutions radicales que cette dernière approche impose sont déjà possibles au regard du droit positif. Cela ne signifie pas que celui-ci ne doive pas évoluer sur plusieurs points.

### B. - Faut-il aller plus loin et adapter le droit de la concurrence à l'économie numérique ?

27 - Les rapports Furman et Crémer convergent au moins sur un point, à savoir que, face à la vigueur de l'innovation qui caractérise l'économie digitale, l'application des outils classiques du droit de la concurrence ne peut suffire à rendre contestables les positions acquises par les opérateurs les plus puissants.

28 - À ce sujet, on laissera, à chaque État, le choix de la voie législative, réglementaire ou jurisprudentielle sachant que l'outil législatif sera d'autant plus nécessaire que, comme en Allemagne, on a une législation très précise<sup>45</sup>. En France, on a pu noter, concernant les clauses de parité tarifaire, une certaine hésitation, ce qui invite à la plus grande vigilance en la matière. En effet, concernant les clauses de parité tarifaire, le tribunal de commerce de Paris avait interdit ces clauses au nom du déséquilibre significatif, l'ADLC avait laissé subsister partiellement ces clauses avant que la loi de 2015, finalement, les interdise...

29 - Ces premières remarques générales étant faites, on s'intéressera à la nécessaire évolution de certains concepts clefs (1°) et modes d'intervention (2°) du droit de la concurrence.

#### 1° La nécessaire adaptation de certains concepts clefs

30 - Le premier concept clés qui doit être repensé est celui de « marché ». Sur les marchés traditionnels, les prix sont le meilleur indicateur pour savoir quels biens appartiennent à quel marché. Sur les marchés numériques, de nombreux biens sont gratuits, la possibilité d'une analyse par les prix disparaît donc. Le fait aussi que l'utilisation d'une plateforme puisse être gratuite pour certains groupes et payante pour d'autres peut considérablement compliquer l'évaluation de la position d'une entreprise sur le marché. La notion de « marché pertinent » a également

37. Bundeskartellamt 6 févr. 2019, Facebook, aff. B6-22/16 : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 73, note D. Bosco.

38. V. par ex., les décisions de la Commission européenne relatives à des concentrations dans le secteur des services de communication en ligne : Microsoft/Skype (Déc. Comm. UE 7 oct. 2011, COMP/M.6281) ; Facebook/WhatsApp (Déc. Comm., 3 oct. 2014, COMP/M.7217) ; Microsoft/LinkedIn (Déc. Comm. UE, 6 déc. 2016, COMP/M.8124).

39. Déc. n° 16-DCC-111, 27 juill. 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

40. Aut. conc., déc. n° 19-DCC-65, 17 avr. 2019 qui autorise la prise de contrôle conjoint de Luderix International (Picwic) par Jellej Jouets (Toys'R'Us) et l'indivision Mulliez.

41. F. Le Roux, *Marché biface et effets de réseau croisés : mise en perspective de la décision SeLoger/Logic-Immo* : RLC n° 83, étude, 1<sup>er</sup> mai 2019.

42. L. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 127 Yale L.J. 710, 2017. - V. également *The new Brandeis Movement : America's Antimonopoly Debate*, European Competition L. & Practice, 131, 2018.

43. Critique de l'application du consumer welfare : B. Orbach, *The present new Antitrust Era*, Arizona Legal Studies, December 2018. - K. Caves and H. Singer, *When the econometrician shrugged : identifying and plugging gaps in the consumer welfare standard*, George Mason Law Review, 2018. - M. E. Stucke & A. Ezrachi, *The rise, fall and rebirth of the US Antitrust movement*, 2017.

En faveur de son rôle : H. Hovenkamp, *Is Antitrust's consumer welfare principle imperiled ?*, 2018. - G. J. Werden, *Back to School : what the Chicago School and new Brandeis School get right*. - B. C. Lynn, *The consumer Welfare in Antitrust outdated or a harbor in a sea of doubt*, Testimony before the Senate, 2017, ssrn.

44. J. Baker, *The Antitrust Paradigm, Restoring a competitive Economy* : Harvard University Press 2019.

45. En Allemagne, la 9<sup>e</sup> révision de la grande loi allemande de la concurrence GWB a déjà été effectuée pour prendre en compte les défis du numérique. Mais celle-ci ne semble pourtant pas suffisante et une 10<sup>e</sup> réforme est en cours sur la base d'un rapport présenté en août dernier et des travaux d'une Commission ad hoc (H. Schweitzer, J. Haucap, W. Kerber, R. Welker, *Modernising the law of abuse of market power*, Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and (Germany), September 2018, ssrn.com).

montré ses limites. C'est ainsi que la plainte déposée par un concurrent de Ventes privées n'a pas pu prospérer, en outre pour des raisons liées à la difficulté de définir le marché pertinent<sup>46</sup>. Parmi les pistes à explorer pour une plus grande effectivité du droit de la concurrence, on signalera les propositions du rapport Crémer qui suggère de porter une attention plus soutenue à l'identification des préjudices (« théories of harms ») et des stratégies anticoncurrentielles plutôt qu'à la définition du marché<sup>47</sup>.

31 - Le concept de « prix prédateurs » doit également être de toute urgence repensé au regard de l'économie numérique. Traditionnellement, pour s'assurer qu'une entreprise dominante n'est pas coupable de prix prédateurs, on vérifie que l'entreprise couvre au moins ses coûts variables. Dans le cas d'une plateforme numérique, l'affaire est plus ardue en raison de l'accès gratuit au service sur un côté du marché. Des nouveaux tests de prédation doivent donc être imaginés pour tenir compte de la complexité de ces marchés bi-faces.

32 - Pour prendre un dernier exemple, on peut s'interroger sur la façon dont la théorie des infrastructures essentielles pourrait être repensée pour prendre en compte certaines situations propres à l'économie numérique. À première vue, autant il serait facile de statuer sur le caractère d'infrastructure essentielle de rails ou d'une gare ou d'un aéroport, autant il serait délicat d'appliquer cette qualification à des données<sup>48</sup>. Toutefois, comme l'on fait remarquer des contributeurs aux États généraux, dans certains cas, il est permis de penser que la détention d'un énorme volume de données ou d'un agrégat, encore envisagé sous le vocable de « big data », pourrait, demain, recevoir la qualification d'infrastructure essentielle ce qui permettrait d'ouvrir des marchés aujourd'hui très fermés<sup>49</sup>.

## 2° La nécessaire adaptation des modes d'intervention

33 - À cet égard, les pistes évoquées ne sont pas les mêmes dans les deux rapports Furman et Crémer<sup>50</sup>. Outre la création, comme évoqué *supra*, d'une « digital markets unit », le rapport Furman met davantage l'accent sur l'introduction de nouveaux outils de régulation *ex-ante* comme la mise en place d'un code de conduite, l'accès obligatoire à certains types de données et le développement encadré de l'open standard alors que le rapport Crémer préfère une adaptation des tests permettant aux autorités de concurrence d'établir le caractère anti-concurrentiel de certaines pratiques unilatérales sans qu'il soit nécessairement besoin de réécrire les articles 101 et 102 du TFUE.

34 - Il n'en reste pas moins que le rapport Crémer lui-même estime que les plateformes dominantes devraient être soumises à des obligations spécifiques. Par exemple, il est proposé d'avoir un regard particulier sur les clauses dites de « *most favored nation* ». Parce que le risque pour la concurrence est avéré, le rapport Crémer suggère d'interdire celles de ces clauses qui sont « trop larges », comme celles qui, par exemple, limitent la recette de biens et services à un prix inférieur, et de soumettre à un contrôle au regard de leur impact sur la concurrence, les clauses « plus restreintes » comme celles qui interdisent au revendeur

de vendre les biens ou services à un prix inférieur uniquement sur son site. Un débat qui n'est pas loin de rappeler celui que nous avons eu, en France, au sujet de l'interdiction des clauses de parité tarifaire imposées par les plateformes de réservation hôtelières.

35 - Bien qu'écarté par le rapport Crémer, on notera, dans le cadre des États généraux, certaines propositions dont le but est de réécrire les dispositions actuelles sur l'interdiction des abus de position dominante. On notera, par exemple, la proposition de Trans Europe Experts qui suggère une modification législative afin de permettre l'intervention *ex-ante* pour sanctionner un comportement abusif avant la constitution d'une position dominante à seule fin d'éviter le phénomène de basculement. Ce qui reviendrait à créer un abus de monopolisation, à la manière américaine, pour ce seul secteur particulier. Certains auteurs ont également suggéré une réécriture de l'interdiction des abus de dépendance économique en vue de rendre effectif cet instrument conçu pour des cas de dominance relative<sup>51</sup>.

36 - Si le droit des pratiques anticoncurrentielles soulève certaines questions, c'est autour du contrôle des concentrations que les débats sont les plus vifs. La principale difficulté vient de ce que le critère du chiffre d'affaires a du mal à embrasser les nouveaux cas de figure de l'économie numérique, où des start-up ayant un impact très fort sur le public mais générant peu de revenus sont reprises à prix d'or par les géants du numérique tout en échappant au contrôle des autorités de concurrence. Il s'agit, par exemple, de tirer les leçons d'affaires comme la prise de contrôle d'Instagram par Facebook ou de celle de Shazam par Apple qui ont mis en évidence les lacunes, en droit européen, du règlement n° 139/2004<sup>52</sup>. Pour contourner cette difficulté, a été décidé, en Allemagne et en Autriche, un contrôle en fonction du montant des transactions. En France, l'ADLC ne souhaite pas emprunter cette voie considérant que cela entraînerait un travail considérable pour ses services sans être totalement certain de traiter de toutes les opérations de concentration les plus problématiques<sup>53</sup>. Le rapport Crémer va dans le même sens se montrant hostile à l'introduction, pour le moment et faute d'un recul suffisant, d'un seuil au regard du montant des transactions. Une autre piste, suggérée par l'ADLC, pourrait être explorée. Il s'agit de l'introduction d'un nouveau contrôle « *ex-post* » ciblé, sur le modèle pratiqué dans plusieurs pays, comme la Suède, le Royaume-Uni ou encore les États-Unis, ce qui permettrait d'intervenir après la mise en œuvre d'une transaction qui n'aurait pas été soumise à l'Autorité de concurrence car n'atteignant pas les seuils de notification obligatoire<sup>54</sup>. Un point de vue qui ne fait cependant pas, non plus, l'unanimité au regard, notamment, de l'insécurité que cela pourrait créer<sup>55</sup>. En conclusion sur ce point, on notera que le ministère de l'Économie, dans le cadre de sa contribution aux États généraux, a laissé ouverte la possi-

46. *Aut. conc.*, déc. n° 14-D-18, 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne. – Dans le domaine de la téléphonie, on trouvera un autre exemple avec l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 avril 2016 dans l'affaire SFR/Orange, *Cass. com.*, 12 avr. 2016, n° 14-26.815 : *JurisData* n° 2016-007533.

47. *Préc.*

48. J. Tirole, *Shaping competition in digital era*, DG COMP, 17 janv. 2019.

49. Trans Europe Experts, Contribution aux États généraux du numérique.

50. V. l'analyse de M. Cousin, *Concurrence dans l'économie digitale : à qui doit profiter le doute sur la nocivité d'un comportement ou d'une concentration ? Actualités du droit, Droit des affaires, Droit économique : Wolters Kluwer*, 29 avr. 2019.

51. M. Chagny, *préc.*, spéc. n° 15.

52. C'est, en effet, grâce au mécanisme de renvoi ascendant exercé par l'autorité autrichienne de la concurrence et appuyé par les autres autorités du Réseau européen que la Commission a pu finalement se prononcer : *Communiqué de presse de la Commission européenne « La Commission autorise le rachat de Shazam par Apple »*, 6 sept. 2018.

53. *Communiqué de presse de l'ADLC « Modernisation et simplification du contrôle des concentrations »*, 7 juin 2018.

54. Exemple cité à l'appui de la demande de l'ADLC : le rachat de WhatsApp par Facebook qui, pour madame da Silva aurait « montré la nécessité de créer un cadre de contrôle *ex post* qui ne dépende pas du chiffre d'affaires des entreprises concernées ». Bien que l'article L. 430-9 n'ait été utilisé qu'une seule fois en 2002, on notera que le droit actuel permet déjà de remédier *a posteriori* aux concentrations qui se révéleraient nocives pour le droit de la concurrence.

55. V. par ex., D. Théophile, *Non à un contrôle a posteriori des concentrations : Les Échos*, 30 avr. 2019.



bilité d'un contrôle additionnel à la procédure de notification obligatoire en vigueur, soit avec un seuil spécifique, soit *ex-post*.

37 - En conclusion, on notera, qu'outre le cadre réglementaire, le développement de bonnes pratiques devrait être encouragé, une auto-régulation du marché pouvant présenter de réels avantages<sup>56</sup>. Il faudrait également renforcer les moyens et capacités à la fois de la Commission européenne et des autorités des États membres. Ce que devait permettre la loi Pacte qui, allant au-delà de la simple transposition de la directive ICN+, avait prévu de

doter l'ADLC de moyens nouveaux. Malheureusement pour notre matière, cette partie de la loi a été censurée par le Conseil constitutionnel ce qui nous obligera à attendre une prochaine réforme législative pour que soient adoptées les moyens d'action face à l'émergence du numérique<sup>57</sup>. ■

*Mots-Clés* : Régulation numérique - Droit de la concurrence - GAFA

56. M. Chagny, *préc.*, *spéc.* n° 18.

57. V. la communication d'Emmanuelle Claudel, *Quelles nouveautés à la suite de la directive ICN + ?* : *Contrats, conc. consom.* 32019, dossier 9

## 12 Regards croisés sur les pratiques commerciales après la réforme du droit des pratiques restrictives

### Présentation de la réforme par la DGCCRF

Virginie BEAUMEUNIER,  
directrice générale de la concurrence,  
de la consommation et de la répression des fraudes

#### Introduction

1 - La loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous a habilité le Gouvernement à prendre, par ordonnance, une série de mesures réformant le droit des pratiques restrictives de concurrence, en particulier l'ordonnance n° 2019-358 modifiant le titre IV du livre IV du Code de commerce et l'ordonnance n° 2019-359 modifiant l'action en responsabilité pour prix abusivement bas du 24 avril 2019.

Le premier objectif poursuivi par la refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce, est l'amélioration de la lisibilité de la norme, partant du principe qu'une règle est d'autant mieux appliquée qu'elle est claire et compréhensible.

La nécessité de cette simplification était notamment justifiée par la complexification du droit des pratiques restrictives de concurrence au cours des 10 dernières années sous l'effet cumulé des nombreuses modifications législatives qui sont intervenues dans cette matière.

En outre, ce droit, qui s'est construit principalement autour de la problématique des relations commerciales dans le secteur de la grande distribution alimentaire, a pu se révéler partiellement inadapté à d'autres secteurs d'activité, selon les affirmations de certains acteurs économiques.

Enfin, au cours des États généraux de l'alimentation, de nombreux acteurs économiques ont exprimé le souhait d'une simplification de ces règles.

Ces constats ont conduit la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) à proposer des travaux de réécriture du titre IV du livre IV du Code de commerce.

L'objectif était donc de réorganiser, de clarifier et de simplifier ce titre afin d'en améliorer la lisibilité pour les acteurs économiques :

- améliorer la lisibilité d'ensemble du titre IV en le réorganisant de manière plus logique, notamment en créant une partie spécifique aux délais de paiement ainsi qu'une partie dédiée aux dispositions relatives aux produits agricoles et en abrogeant certains articles inutilisés ou redondants (faisant référence au Code de la consommation par exemple) ;
- clarifier les règles de facturation en les harmonisant notamment avec le CGI dans un souci de meilleure lisibilité pour les professionnels ;
- repenser le formalisme imposé aux acteurs économiques en matière de relations commerciales : créer un régime de droit commun et un régime plus spécifique à certains secteurs comme celui de l'agroalimentaire ;
- recentrer l'article L. 442-6 sur trois notions générales : le déséquilibre significatif, l'avantage sans contrepartie et la rupture brutale (en supprimant la liste énumérative des pratiques prohibées qui sont peu ou pas utilisées dans le cadre judiciaire) ;
- encadrer les conditions d'application de la loi sur la rupture brutale des relations commerciales dans un contexte de forte expansion de ce contentieux.

Le but de cette réforme était également de mettre en œuvre certaines des mesures prévues par la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 et ainsi contribuer à l'objectif général du législateur de favoriser une meilleure répartition de la valeur sur l'ensemble de la chaîne agroalimentaire :

- traduction dans le droit de l'obligation de réponse motivée du distributeur en cas de refus des CGV du fournisseur ;

– prise en compte des indicateurs de coûts de production dans les CGV et sur toute la chaîne contractuelle dès lors qu'un contrat écrit est obligatoire.

Pour mettre en œuvre cette réforme, la DGCCRF a organisé une large concertation auprès des fédérations professionnelles représentatives de toute la chaîne de la production à la distribution.

De nombreuses contributions ont été reçues, dont la DGCCRF a tenu compte pour proposer un texte de compromis améliorant la lisibilité du droit, tout en y apportant des ajustements de nature à fluidifier les relations commerciales.

Qu'en est-il dès lors du cadre des pratiques commerciales après cette réforme du droit des pratiques restrictives par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce ainsi que l'ordonnance n° 2019-358 également du 24 avril 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas ?

## 1. Un nouveau plan du titre IV du livre IV du code de commerce plus clair et pragmatique

2 - L'ordonnance n° 2019-359 répond à l'objectif de réorganisation du titre IV du livre IV du Code de commerce à travers un plan chronologique et thématique de la relation commerciale.

Le chapitre préliminaire, relatif à la commission d'examen des pratiques commerciales, est conservé en l'état. Cette commission a vocation à émettre des avis sur l'application de toutes les dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce. Pour cette raison, ce chapitre n'a pas été modifié.

Le chapitre 1<sup>er</sup> relatif à la transparence dans la relation commerciale couvre la relation contractuelle des parties en débutant par les conditions générales de vente (section 1), puis la négociation et la formalisation de la relation commerciale, c'est-à-dire la contractualisation obligatoire et le contenu de ces contrats (section 2) et enfin la facturation et la réglementation des délais de paiement (section 3).

Le chapitre II relatif aux pratiques commerciales déloyales rassemble les pratiques restrictives de concurrence (section 1) et les autres pratiques prohibées (section 2).

Le chapitre III est relatif aux dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires (article 3 de l'Ordonnance), la loi spéciale venant naturellement après la loi générale.

## 2. Les modifications « de fond » apportées par l'ordonnance de refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce

### A. - Clarification des conditions générales de vente

3 - L'objectif est de clarifier les dispositions concernant les conditions générales de vente en créant un article spécifique à celles-ci et en modifiant les sanctions relatives à la non-communication de CGV établies.

Ainsi, les sanctions civiles (pouvant aller jusqu'au prononcé, par le juge, d'une amende civile de 5 millions d'euros), anciennement applicables en cas de non-communication des conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle sont remplacées

par des sanctions administratives (amende de 15 000 € pour une personne physique et de 75 000 € pour une personne morale).

Cette modification renforce l'efficacité de la norme, facilite l'effectivité de la sanction et contribue à faire des CGV le socle de la négociation commerciale.

### B. - Réorganisation des dispositions relatives aux conventions uniques dans une nouvelle architecture afin de simplifier et de préciser les dispositions applicables aux entreprises

4 - Les dispositions du Code de commerce prévoient deux régimes principaux de conventions uniques : un régime applicable aux relations entre fournisseurs et distributeurs (ancien article L. 441-7 du Code de commerce) et un régime au formalisme allégé applicable aux grossistes (*C. com.*, art. L. 441-7-1, ancien).

Il est utile de rappeler qu'à l'origine, ces dispositions ont été créées en raison des pratiques restrictives de concurrence concernant particulièrement le secteur de la grande distribution alimentaire. Un formalisme poussé a été alors rendu nécessaire pour assurer une plus grande transparence dans les relations commerciales de ce secteur et garantir le retour à une plus grande loyauté de ces dernières. Ce formalisme renforcé n'est pas nécessairement adapté à d'autres secteurs de l'économie.

Pour une plus grande intelligibilité et adaptabilité du dispositif, l'ordonnance prévoit ainsi désormais deux régimes de convention :

- un régime de « droit commun » aux obligations allégées applicable à tous les fournisseurs et distributeurs ou prestataires de service (y compris les grossistes), tous secteurs confondus (*C. com.*, art. L. 441-3 nouveau) ;

- un régime applicable à tous les fournisseurs et distributeurs ou prestataires de services (à l'exception des grossistes) lorsque cette convention concerne des produits de grande consommation (PGC) qui sont définis comme des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation (*C. com.*, art. L. 441-4, nouveau). Cette convention devra avoir comme contenu toutes les obligations prévues par le nouvel article L. 441-3 du Code de commerce et des obligations additionnelles énumérées au nouvel article L. 441-4 du Code de commerce.

Prenant en compte l'ensemble des contributions des professionnels consultés, le calendrier des négociations a été conservé en l'état dans l'ordonnance, maintenant ainsi la date butoir du 1<sup>er</sup> mars.

### C. - Précision sur le régime des avenants

5 - L'ordonnance prévoit que les avenants à la convention écrite devront désormais être écrits et mentionner l'élément nouveau qui le justifie.

Cette précision entérine la doctrine de l'administration et la position de la CEPC sur le sujet et répond ainsi à un objectif de clarification.

### D. - Harmoniser et clarifier les règles de facturation du Code de commerce avec celles du CGI

6 - Il importe que la législation commerciale et la législation fiscale prévoient une date unique d'émission de la facture pour assurer la sécurité juridique des professionnels.

C'est pourquoi, compte tenu de l'imprécision juridique de la notion de

« réalisation de la vente », prévue par le code de commerce, il est apparu souhaitable de le modifier pour renvoyer aux dispositions du CGI s'agissant de la date d'émission de la facture.

Il est ajouté deux mentions obligatoires aux mentions déjà existantes :

- l'adresse de facturation de l'acheteur et du vendeur si celle-ci est différente de leur adresse ;
- le numéro de bon de commande s'il a été préalablement établi par l'acheteur.

Ces précisions, souhaitées par les professionnels, sont de nature à améliorer la transmission et l'identification des factures et, par voie de conséquence, à réduire le délai de paiement.

Enfin, l'ordonnance substitue un régime de sanctions administratives (amende de 75 000 € pour les personnes physiques et de 375 000 € pour les personnes morales) au régime de sanctions pénales.

Toutefois, pour que les entreprises disposent du temps nécessaire pour s'adapter, les dispositions de l'ancien article L. 441-3 du Code de commerce relatives aux factures restent applicables, dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, aux factures émises avant le 1<sup>er</sup> octobre 2019.

### E. - Réorganiser et clarifier les dispositions relatives aux délais de paiement

7 - Toutes les dispositions relatives aux délais de paiement sont regroupées dans une sous-section, sans qu'aucune modification de fond n'y soit apportée. Les textes sont simplement réorganisés de manière à être plus lisibles et accessibles.

La nouvelle sous-section se compose ainsi :

- d'un article regroupant les dispositions générales de fond (*C. com., art. L. 441-10 nouveau*) ;
- de plusieurs articles successifs exposant les dérogations relatives aux denrées périssables, au transport, aux accords dérogatoires, à l'export et à l'Outre-Mer (*C. com., art. L. 441-11, L. 441-12 et L. 441-13 nouveaux*) ;
- d'un article concernant les obligations des commissaires aux comptes (*C. com., art. L. 441-14 nouveau*), – d'un article portant sur le rescrit (*C. com., art. L. 441-15, nouveau*) ;
- et d'un dernier article prévoyant les sanctions (*C. com., art. L. 441-16 nouveau*).

### F. - Recentrer la liste des pratiques commerciales restrictives autour de trois pratiques générales

8 - Ces modifications constituent le cœur du projet d'ordonnance pour l'amélioration de la lisibilité et la simplification du droit.

L'ancien article L. 442-6 du Code de commerce a été recentré autour de trois pratiques restrictives de concurrence qui concentrent l'essentiel du contentieux en la matière : l'obtention d'avantages sans contrepartie, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et la rupture brutale de relations commerciales.

Les pratiques énumérées à l'actuel article L. 442-6, I, 3°, 4°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13° sont supprimées. Ces fondements juridiques étaient très peu utilisés devant les juridictions commerciales. Par ailleurs, les comportements illicites qu'elles visent à réprimer pourront être poursuivis sur le fondement du déséquilibre significatif (*C. com., art. L. 442-1, I, 1°, nouveau*) ou de l'avantage sans contrepartie (*C. com., art. L. 442-1, I, 2°, nouveau*) dont le champ d'application a été élargi dans cette optique.

Ainsi, le déséquilibre significatif et l'avantage sans contrepartie ne se limitent plus au « partenaire commercial », mais s'applique à « l'autre partie », aux fins de rendre plus efficaces ces dispositions.

Cette simplification du droit des pratiques restrictives de concurrence n'a pas pour objet de rendre licites les pratiques et

clauses supprimées par l'ordonnance. Il s'agit de recentrer les pratiques restrictives de concurrence sur des notions générales qui permettent d'englober les nombreuses clauses et pratiques énumérées dans l'ancien L. 442-6 du Code de commerce. Elle entérine également le fait que ces concepts ont une portée jurisprudentielle qui permet d'appréhender toutes sortes de comportements, y compris nouveaux ou dans des secteurs variés, sans avoir à en définir une liste qui ne saurait être exhaustive.

Parmi les modifications importantes du texte, il faut également signaler qu'en cas de litige entre les parties relatif à la durée du préavis de la rupture des relations commerciales, tout préavis de 18 mois minimum sera considéré par le juge comme licite (*C. com., art. L. 442-1, II nouveau*). La poursuite au-delà d'un certain délai de relations commerciales qui ne sont plus souhaitées peut en effet apparaître comme contreproductive pour le développement de la concurrence et en particulier l'entrée sur le marché de PME innovantes.

Pour répondre à une forte demande des professionnels, il a en outre été créé une disposition spécifique concernant les réseaux de distribution. En effet, la consultation a fait apparaître une volonté très forte des professionnels de conserver dans le droit positif la disposition permettant d'engager la responsabilité d'un tiers dont l'action fautive contribuerait à la violation d'une interdiction de revente hors réseau (*ancien, C. com., art. L. 442-6, I, 6° devenant C. com., art. L. 442-2 nouveau*).

### G. - Clarifier et harmoniser les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires

9 - L'ordonnance crée un chapitre dans lequel sont regroupées toutes les dispositions spécifiquement applicables aux produits agricoles et alimentaires, ce qui répond à un objectif de clarification.

De plus, et conformément à la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018, l'ordonnance permet de garantir la prise en compte, sur toute la chaîne contractuelle, de l'agriculteur au distributeur, des indicateurs permettant de fixer les critères et modalités de détermination du prix mentionnés dans le Code rural et de la pêche maritime.

Ainsi, le nouvel article L. 443-4 du Code de commerce prévoit que, pour les produits agricoles ou les produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, les conditions générales de vente, la convention du régime général, la convention relative aux produits de grande consommation ainsi que les conventions des nouveaux articles L. 441-7 et L. 443-2 du Code de commerce font référence à ces indicateurs et explicitent les conditions dans lesquelles il en est tenu compte dans la détermination des prix.

Tout manquement à ces prescriptions est passible d'une amende administrative de 375 000 euros d'amende pour une personne morale et 75 000 euros pour une personne physique.

## 3. Les modifications apportées par l'ordonnance sur l'action en responsabilité pour prix abusivement bas

10 - Les États généraux de l'alimentation ont fait apparaître le souhait de modifier les dispositions de l'ancien article L. 442-9 du Code de commerce (*C. com., art. L. 442-7, nouveau*).

Cette mesure fait partie intégrante des orientations qui se sont dégagées des États généraux de l'alimentation, avec notamment le développement de contrats durables fondés sur le renversement de la logique de construction des prix afin de prendre en compte les coûts de production, et le renforcement des attribu-

tions des interprofessions dans l'élaboration et la diffusion d'indicateurs en leur sein.

L'ordonnance n° 2019-358 prend en compte les contributions des parties prenantes ayant participé à l'atelier 7 des États généraux de l'alimentation.

Elle prévoit les mesures suivantes :

- la suppression des conditions tenant à l'existence d'une crise dite conjoncturelle et de forte hausse de certaines matières premières ;

- l'élargissement du champ d'application du dispositif à l'ensemble des produits agricoles et aux denrées alimentaires ;
- la nature des indicateurs sur la base desquels le juge peut procéder à l'appréciation du caractère abusivement bas du prix.

L'ordonnance introduit un lien avec les indicateurs autour desquels se construit le nouveau schéma de contractualisation dit « en cascade », c'est-à-dire dans les contrats tout au long de la chaîne alimentaire, et comprend une référence explicite aux indicateurs de coûts de production, aux indicateurs disponibles,

dont ceux publiés par l'observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires, ainsi qu'à ceux figurant dans la proposition de contrat du producteur agricole.

- une entrée en vigueur différée d'une durée de 4 mois s'agissant des contrats en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

L'accueil des parties prenantes sur l'organisation de ces nouvelles dispositions apparaît plutôt favorable pour l'instant. Si des modifications ultérieures de ce titre IV du livre IV devaient intervenir, il serait utile que l'objectif de lisibilité et de clarté du droit soit poursuivi.

Il reste aux opérateurs et aux praticiens à s'approprier ces nouvelles dispositions, y compris la nouvelle numérotation des articles !■

*Mots-Clés* : Réforme du droit des pratiques restrictives -  
Transparence tarifaire - Produits agricoles et alimentaires

## 13 Les pratiques commerciales après la réforme du droit des pratiques restrictives

### La convention commerciale annuelle

Richard RENAUDIER,  
avocat, cabinet Renaudier

1 - La réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce, initiée par la loi dite « Egalim » du 30 octobre 2018 (ci-après la « loi Egalim »<sup>1</sup> a, après la publication de l'ordonnance du 12 décembre 2018 relative aux opérations promotionnelles<sup>2</sup>, été achevée par la publication de deux ordonnances du 24 avril 2019<sup>3</sup> (les trois autres ordonnances du 24 avril 2019 ne concernent pas le titre IV du livre IV du Code de commerce).

Pour mémoire, et de manière schématique, le titre IV du livre IV du Code de commerce détermine le cadre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs et fixe les sanctions applicables en cas de pratiques restrictives de concurrence.

La loi Egalim a apporté quelques premières modifications au titre IV du livre IV du Code de commerce, en lien avec les modifications qu'elle a apportées au Code rural et de la pêche maritime, à savoir principalement les conditions de renégociation du prix de vente des produits agricoles et alimentaires<sup>4</sup>. Pour le surplus, le législateur a renvoyé à des ordonnances devant être adoptées par le Gouvernement soit dans un délai de 4 mois

s'agissant des promotions, soit dans un délai de 6 mois s'agissant des autres dispositions. Il convient de souligner que l'habilitation donnée au Gouvernement était plus ou moins encadrée selon les sujets<sup>5</sup>.

Si l'on analyse les nouveaux textes issus de la globalité de cette réforme, les principaux changements intervenus sont les suivants :

- au terme d'un travail de renumérotation des textes, après déplacement voire découpage de certains articles, le titre IV du livre IV du Code de commerce a été complètement réorganisé de manière logique ;

- certains textes en doublon par rapport au Code de la consommation voire au Code de commerce lui-même ont été supprimés ;

- un grand nombre d'infractions qui avaient été créées au fil des différentes réformes intervenues depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, et qui étaient en pratique quasiment inutilisées, ont été supprimées ;

- l'ancien article L. 442-6, I, 5<sup>o</sup> du Code de commerce, relatif aux ruptures brutales et abusives, a été encadré pour mettre fin aux dérives constatées lors de sa mise en œuvre par certaines entreprises ou certains professionnels ;

- les deux infractions phares qui ont été conservées, à savoir celle relative à l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné, d'une part, et celle relative au déséquilibre significatif, d'autre part, ont vu leurs conditions

1. L. n° 2018-938, 30 oct. 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

2. Ord. n° 2018-1128, 12 déc. 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires.

3. Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relative à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. – Ord. n° 2019-358, 24 avr. 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas.

4. C. com., art. L. 441-8 modifié L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 9.

5. V. L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 15 et 17.

d'application assouplies pour permettre une appréhension plus large de pratiques critiquables ;

– les sanctions administratives ont été généralisées et ont remplacé les dernières sanctions civiles ou pénales qui demeuraient.

Le recours aux ordonnances, qui a été privilégié pour mener à bien cette réforme technique dans des délais relativement courts, pouvait faire craindre un certain arbitraire du fait de l'absence de débats parlementaires. Mais en pratique, sous l'égide de la DGCCRF, la réforme a donné lieu à de nombreux échanges avec les opérateurs économiques et leurs organisations professionnelles à partir de novembre 2018 et les projets d'ordonnances ont évolué au fur et à mesure de ces échanges.

Si l'on peut regretter l'absence de débats parlementaires susceptibles d'éclairer l'objectif du législateur, il sera possible, outre les textes d'habilitation, de se reporter au rapport présenté au président de la République sur l'ordonnance portant réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce<sup>6</sup>.

Dans le cadre de la présente note, nous nous intéresserons aux aspects de la réforme ayant trait à la convention commerciale annuelle en présentant successivement les principales modifications qui ont été apportées à la législation en la matière (1), puis les principales interrogations demeurant à ce stade (2).

## 1. Principales modifications apportées aux textes régissant la convention commerciale annuelle

2 - Comme indiqué précédemment, le choix a été fait de simplifier et de réorganiser les textes de manière logique.

L'avantage de cette méthode par rapport à celle qui avait été retenue par le législateur depuis 1986, qui se caractérisait par un empilement des textes, une addition sans fin des infractions et une multiplication des sujets différents évoqués dans le même article, est qu'elle rend plus facile et plus rapide la prise de connaissance et la compréhension de la législation en la matière.

L'inconvénient, pour les praticiens habitués aux textes précédents, est de pouvoir mesurer la portée exacte de la réforme car il est particulièrement difficile de comparer les textes antérieurs et les nouveaux textes.

Tel est le cas des textes relatifs à la convention commerciale annuelle.

### A. - Présentation des deux nouvelles catégories de conventions annuelles et de leur régime

3 - Auparavant, la matière était régie par deux textes, à savoir, d'une part, l'article L. 441-7 du Code de commerce qui définis-

sait le régime général applicable à tous les opérateurs et, d'autre part, l'article L. 441-7-1 qui instituait un régime spécifique moins contraignant pour les grossistes.

En partant du constat que la réglementation des conventions annuelles avait été instituée pour encadrer les relations de la grande distribution à dominante alimentaire avec ses fournisseurs, mais que le régime général contraignant ainsi mis en place s'appliquait indifféremment à tous les opérateurs économiques de manière trop large, le choix a été fait de renforcer les contraintes portant sur la grande distribution à dominante alimentaire et d'assouplir le régime applicable aux autres opérateurs.

Le régime applicable aux grossistes est donc devenu le régime de base applicable à tous les opérateurs économiques, régi désormais par l'article L. 441-3 du Code de commerce. Un régime spécifique plus contraignant a ensuite été mis en place, par l'article L. 441-4 du Code de commerce, pour les « produits de grande consommation définis comme des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation » (ci-après « PGC »).

Mais la particularité de ce régime spécifique est que les PGC sont désormais soumis cumulativement à l'article L. 441-3 et à l'article L. 441-4 du Code de commerce, avec la difficulté supplémentaire que toutes les dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce ne leur sont pas applicables.

Il convient de souligner que les grossistes relèvent des dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce pour tous leurs produits, même les PGC, de même que les centrales d'achat ou de référencement de grossistes. Sont en revanche exclus de la notion de grossistes les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail (C. com., art. L. 441-4, II).

### B. - Présentation comparative des principales obligations des textes anciens et nouveaux

4 - Afin de visualiser rapidement tant l'évolution intervenue que les obligations découlant des deux régimes existants avant et après la réforme, le tableau ci-dessous présente de manière très synthétique les principales obligations à la charge des opérateurs économiques par le passé (C. com., anciens art. L. 441-7 et L. 441-7-1) et à l'avenir (nouveau régime des grossistes et des produits hors PGC, d'une part, et des PGC, d'autre part, découlant des nouveaux articles L. 441-3 et L. 441-4).

6. JO 25 avr. 2019.

Obligations	Ancien L. 441-7	Ancien L. 441-7-1	Nouveau L. 441-3 (hors PGC)	Nouveaux L. 441-3 et L. 441-4 (PGC)
Acheteurs concernés	Tous sauf grossistes	Grossistes	Tous distributeurs hors PGC et tous grossistes (même PGC)	Distributeurs au détail de Produits de grande consommation (PGC) dont la liste sera définie par décret (y compris centrales d'achat ou de référencement)

Obligations	Ancien L. 441-7	Ancien L. 441-7-1	Nouveau L. 441-3 (hors PGC)	Nouveaux L. 441-3 et L. 441-4 (PGC)
<b>Fournisseurs concernés</b>	Tous sauf produits agricoles périssables (voir liste)	Tous sauf produits agricoles périssables (voir liste)	Tous sauf produits agricoles périssables (voir liste)	Tous sauf produits agricoles périssables (voir liste)
<b>Obligation de signer une convention écrite</b>	oui	oui	oui	oui
<b>Forme de la convention</b>	Document unique ou contrat-cadre et conventions d'application	Document unique ou contrat-cadre et conventions d'application	Document unique ou contrat-cadre et conventions d'application	Document unique ou contrat-cadre et conventions d'application
<b>Date de signature</b>	1 <sup>er</sup> mars ou dans les 2 mois suivant le début de la commercialisation pour produits soumis à un cycle de commercialisation particulier	1 <sup>er</sup> mars ou dans les 2 mois suivant le début de la commercialisation pour produits soumis à un cycle de commercialisation particulier	1 <sup>er</sup> mars ou dans les 2 mois suivant le début de la commercialisation pour produits soumis à un cycle de commercialisation particulier	1 <sup>er</sup> mars ou dans les 2 mois suivant le début de la commercialisation pour produits soumis à un cycle de commercialisation particulier
<b>Durée possible de la convention</b>	1 an, 2 ans ou 3 ans	1 an, 2 ans ou 3 ans	1 an, 2 ans ou 3 ans	1 an, 2 ans ou 3 ans
<b>Contenu du prix convenu</b>	(1) conditions de l'opération de vente y compris réductions de prix ; (2) autres obligations.	(1) conditions de l'opération de vente y compris réductions de prix ; (2) autres obligations.	(1) conditions de l'opération de vente y compris les réductions de prix ; (2) autres obligations ; (3) services de coopération commerciale.	(1) conditions de l'opération de vente y compris les réductions de prix ; (2) autres obligations ; (3) services de coopération commerciale.
<b>Possibilités de prévoir des conditions dérogatoires de l'opération de vente dans la convention</b>	non	Oui avec indication des types de situation et des modalités	Oui avec indication des types de situation et des modalités	non
<b>Date d'entrée en vigueur du prix convenu</b>	Au plus tard le 1 <sup>er</sup> mars.			Au plus tard le 1 <sup>er</sup> mars.
<b>Renégociation en cours d'année et signature d'avenants</b>	Pas précisé mais induit de L. 442-6, I, 12°. De plus, pour contrat de 2 ou 3 ans, la convention doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé.	Pas précisé mais induit de L. 442-6, I, 12°. De plus, pour contrat de 2 ou 3 ans, la convention doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé.	Oui, par avenant écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant. De plus, pour contrat de 2 ou 3 ans, la convention doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé.	Oui, par avenant écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant. De plus, pour contrat de 2 ou 3 ans, la convention doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé.
<b>Indication obligatoire du chiffre d'affaires prévisionnel</b>	non	non	non	Oui, ainsi que les modalités de révision
<b>Indication obligatoire de la rémunération globale perçue</b>	non	non	Oui, pour la coopération commerciale et les autres obligations, en valeur ou en %	Oui, pour la coopération commerciale et les autres obligations, en valeur ou en %

Obligations	Ancien L. 441-7	Ancien L. 441-7-1	Nouveau L. 441-3 (hors PGC)	Nouveaux L. 441-3 et L. 441-4 (PGC)
Évocation des Nouveaux instruments promotionnels (NIP)	Oui, renvoi à mandats	non	non	Oui, renvoi à mandats
Mention du barème de prix	oui	non	non	oui
Obligation du fournisseur de communiquer ses CGV et à quelle date	Oui, au plus tard le 1 <sup>er</sup> décembre. Pour les produits ou services saisonniers, 2 mois avant le début de la période de commercialisation.	non	Oui, dans un délai raisonnable avant le 1 <sup>er</sup> mars ou avant le début de la période de commercialisation pour les produits ou services saisonniers.	Oui, au plus tard le 1 <sup>er</sup> décembre. Pour les produits ou services saisonniers, 2 mois avant le début de la période de commercialisation.
Obligation du distributeur de dire ce qu'il entend négocier sur les CGV	non	non	non	Oui, par écrit, dans un délai raisonnable à compter de la réception des CGV
Demande d'explications par le fournisseur au distributeur sur l'exécution de la convention	Oui avec réponse par le distributeur dans les 2 mois			
Sanction administrative	Personne physique : 75 000 € Personne morale : 375 000 € Doublé en cas de réitération	Personne physique : 75 000 € Personne morale : 375 000 € Doublé en cas de réitération	Personne physique : 75 000 € Personne morale : 375 000 € Doublé en cas de réitération	Personne physique : 75 000 € Personne morale : 375 000 € Doublé en cas de réitération

### C. - Présentation des principales modifications intervenues dans le régime applicable aux deux catégories de conventions annuelles

5 - Si l'on se livre à une analyse comparative de l'ancien et du nouveau régime en ce qui concerne les PGC, les contraintes supplémentaires apportées par la réforme sont les suivantes :

- indication obligatoire, dans la convention annuelle, du chiffre d'affaires prévisionnel (*C. com.*, art. L. 441-4, IV). Dans les faits, cette pratique était suivie par le passé par beaucoup de distributeurs. L'objet de la réforme est de permettre de vérifier le bon respect des dispositions de l'ordonnance du 12 décembre 2018 relative aux promotions ;

- indication obligatoire, dans la convention annuelle, de la rémunération globale afférente aux services de coopération commerciale (*C. com.*, art. L. 441-3, III, 2°) qui vient s'ajouter à la même obligation qui existait déjà en ce qui concerne les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale (*C. com.*, art. L. 441-3, III, 3°). L'objet de la réforme est de faciliter les contrôles en permettant de visualiser plus facilement l'évolution des conditions commerciales négociées ;

- obligation pour le distributeur de notifier par écrit au fournisseur, dans un délai raisonnable à compter de la réception des conditions générales de vente de ce dernier, les motifs de refus de celles-ci ou leur acceptation ou, le cas échéant, les dispositions des conditions générales de vente qu'il souhaite soumettre à la négociation (*C. com.*, art. L. 441-4, VI).

Si l'on se livre à une analyse comparative de l'ancien et du nouveau régime en ce qui concerne les produits hors PGC, qui

se verront appliquer à l'avenir l'ancien régime des grossistes, la réforme apportera les assouplissements suivants :

- possibilité de prévoir, dans la convention unique, « les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées » (*C. com.*, art. L. 441-3, III, 1°). Il est à noter, d'une part, que cette possibilité existait par le passé pour les grossistes et, d'autre part, que cette possibilité est expressément exclue pour les PGC (*C. com.*, art. L. 441-4, V, al. 2) ;

- conformément au régime qui existait par le passé pour les grossistes, il n'y a pas de date d'entrée en vigueur obligatoire du prix convenu comme cela existe pour les PGC. Toutefois, cela devrait avoir une portée relativement limitée en pratique ;

- conformément au régime qui existait par le passé pour les grossistes, il n'y a pas d'obligation pour le fournisseur de produits hors PGC d'envoyer ses conditions générales de vente avant le 1<sup>er</sup> décembre, mais « dans un délai raisonnable avant le 1<sup>er</sup> mars » (*C. com.*, art. L. 441-3, V).

- une plus grande souplesse existe pour la contractualisation des Nouveaux instruments promotionnels (NIP), qui ne doivent pas obligatoirement être contractualisés sous forme de mandat comme c'est le cas pour les PGC (*C. com.*, art. L. 441-4, VII).

En revanche, toujours dans le cadre d'une analyse comparative de l'ancien et du nouveau régime, les grossistes et les produits hors PGC auront comme contrainte supplémentaire, comme pour les PGC, l'obligation d'indiquer la rémunération globale afférente aux services de coopération commerciale (*C. com.*, art. L. 441-3, III, 2°), qui vient là aussi s'ajouter à la même obligation qui existait déjà en ce qui concerne les autres obligations

destinées à favoriser la relation commerciale (*C. com.*, art. L. 441-3 III 3°).

Enfin, pour les produits agricoles et les produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, lorsque des indicateurs permettant une actualisation des prix existent, les conventions annuelles relatives aux PGC et hors PGC devront à l'avenir (comme les CGV d'ailleurs) comporter une référence à ces indicateurs et une explication des conditions dans lesquelles il en est tenu compte pour la détermination des prix (*C. com.*, art. L. 443-4)<sup>7</sup>.

#### D. - Présentation de quelques modifications plus mineures

6 - Un certain nombre d'autres modifications rédactionnelles ont été apportées aux nouveaux textes régissant la convention commerciale annuelle par rapport aux textes précédents, dont les plus notables sont les suivantes :

- la notion de « *services de coopération commerciale* » réapparaît dans l'article L. 441-3, III, 2° ;
- la notion de « *plan d'affaires* » fait son apparition dans l'article L. 441-4, IV et correspond au chiffre d'affaires prévisionnel et à l'ensemble des obligations relatives aux réductions de prix, aux services de coopération commerciale et aux autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale.

## 2. Principales interrogations portant sur les modifications apportées aux textes régissant la convention commerciale annuelle

7 - Quelques semaines après la publication de l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce, plusieurs interrogations existent sur les dispositions des articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce, notamment celles présentées ci-après.

*A priori*, la DGCCRF n'envisage pas de publier une note de présentation du nouveau cadre juridique du titre IV du livre IV du Code de commerce résultant de la loi Egalim et des ordonnances adoptées en application de celle-ci, comme elle l'avait fait en août 2014 puis en octobre 2014 après la publication de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « loi Hamon ». Elle envisage en revanche la publication des réponses qu'elle pourrait apporter aux questions qui lui seraient posées par les opérateurs économiques.

#### A. - Interrogations sur la notion de PGC

8 - Comme indiqué précédemment, les PGC sont définis comme des « *produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation* », dont la liste sera fixée par décret (*C. com.*, art. L. 441-4, I).

Le décret est-il attendu pour septembre et, conformément aux principes en la matière, ne devrait normalement pas aller au-delà de son texte d'habilitation.

Dans l'attente de ce décret, il nous semble que la très grande majorité des produits commercialisés par la distribution spécialisée (bricolage, sport, textile, électroménager...) ne sont pas des « *produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation* », ce qui devrait avoir pour conséquence que

tous ces distributeurs devraient très largement relever du régime général et donc bénéficier des quelques assouplissements présentés ci-dessus.

En ce qui concerne la grande distribution à dominante alimentaire (ci-après les « GSA »), les produits du rayon alimentaire (épicerie, liquides...) constituent à l'évidence des PGC. À l'inverse, les produits des rayons textile et bazar ne constituent pas, selon nous, des PGC. La question pourrait se poser pour les produits ménagers, de droguerie et d'hygiène mais il nous semble qu'ils devraient entrer dans la définition des PGC, l'article L. 441-4 du Code de commerce faisant d'ailleurs état de « *produits de grande consommation* » et non de « *produits alimentaires* ».

Par ailleurs, le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce précise que les PGC sont des produits « *vendus dans les grandes surfaces alimentaires* »<sup>8</sup>. Cette précision amène à se poser la question de savoir si, par exemple, des produits alimentaires vendus dans des jardineries (produits du terroir comme des confitures, des jus de fruits ou autres) ne seraient pas exclus de l'article L. 441-4 du Code de commerce. Au-delà, compte tenu de cette précision, la question peut se poser de savoir si les formes de commerce qui, selon l'Autorité de la concurrence, ne sont pas des concurrents des GSA (magasins de surgelés, magasins bio, magasins spécialisés du type fruits et légumes, boucheries...) ne seraient pas également exclus de l'article L. 441-4 du Code de commerce.

#### B. - Difficultés pratiques d'application de l'obligation pour les distributeurs de PGC d'indiquer à leurs fournisseurs les dispositions des CGV qu'ils entendent contester

9 - L'article L. 441-4 du Code de commerce applicable aux PGC prévoit, comme par le passé, que le fournisseur doit communiquer ses CGV avant le 1<sup>er</sup> décembre de l'année précédente. Mais il ajoute désormais que le distributeur « *dispose d'un délai raisonnable à compter de la réception des conditions générales de vente pour notifier par écrit les motifs du refus de ces dernières ou son acceptation ou, le cas échéant, les dispositions des conditions générales de vente qu'il souhaite soumettre à la négociation* »<sup>9</sup>.

Sachant que les distributeurs ont plusieurs milliers de fournisseurs mais un nombre limité de juristes dédiés aux questions relatives aux relations entre fournisseurs et distributeurs (alors que, par comparaison, les fournisseurs ont un nombre limité de clients), comment est-il envisageable pour les distributeurs de faire une telle notification écrite à tous les fournisseurs dans un délai raisonnable à compter de la réception des CGV ? La question peut se poser de savoir si ne vont pas se développer des pratiques consistant à envoyer une lettre contestant de manière globale les CGV ou à envoyer un projet de convention annuelle valant contestation de toutes les stipulations contraires figurant dans les CGV.

Du côté des fournisseurs, comme le contenu des CGV n'est désormais plus strictement encadré par l'article L. 441-1 du Code de commerce, qui prévoit qu'elles « *comprennent notamment les conditions de règlement, ainsi que les éléments de détermination du prix tel que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix* », la question peut se poser de

7. Cette disposition a pour objet de « *mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix, avec les dispositions du Code rural et de la pêche maritime* » (L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, art. 17).

8. p. 3.

9. Dans l'article 17 de la loi Egalim, le Parlement avait demandé au Gouvernement sur ce point de préciser, dans son ordonnance, « *les dispositions relatives aux conditions générales de vente, en imposant notamment la formalisation par écrit, par le distributeur, des motifs de son refus d'acceptation de celles-ci* ».



savoir si ne vont pas se développer des pratiques consistant à augmenter significativement le nombre de documents entrant dans les CGV (conditions logistiques par exemple) ainsi que le contenu de ces documents, de manière à rendre en pratique encore plus difficile, voire impossible, toute contestation de la part des distributeurs.

### C. - Difficultés pratiques liées à la possibilité de négocier des conditions dérogatoires à la convention annuelle

10 - L'article L. 441-3, II du Code de commerce prévoit expressément la possibilité de renégocier en cours d'année, par avenant, les conditions convenues dans la convention annuelle, sans limitation (réductions de prix, coopération commerciale, autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale...), dans le cadre « *d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant* ».

Il est à noter que ce texte est applicable à toute convention en cours à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce, c'est-à-dire au 26 avril 2019, à la différence des autres dispositions des articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce qui ne seront applicables aux conventions en cours au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance qu'à compter du 1<sup>er</sup> mars 2020<sup>10</sup>.

Aucune exclusion d'application de cette possibilité de renégocier en cours d'année, par avenant, n'est prévue pour les conventions de l'article L. 441-4 du Code de commerce. Il en découle que cette renégociation par avenant est possible même pour les PGC.

Cette possibilité de renégocier par avenant était, par le passé, indirectement prévue par l'article L. 442-6 I 12° du Code de commerce, qui érigeait en infraction le fait de facturer un prix différent du prix convenu dans la convention annuelle modifiée le cas échéant par avenant.

Selon le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce, cette renégociation par avenant a été expressément prévue dans l'article L. 441-3 du Code de commerce pour entériner « la position de la CEPC qui reconnaît la possibilité de conclure des avenants à la convention pour tenir

compte de la vie des affaires »<sup>11</sup>. Il convient de souligner que l'ordonnance entérine par là même la position de la cour d'appel de Paris<sup>12</sup>.

La nouveauté réside donc dans le fait de devoir établir cet avenant dans « *un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant* ». Toute la question sera donc de savoir quels seront les éléments nouveaux justifiant la signature d'un tel avenant.

À la différence des grossistes et des produits hors PGC, il ne sera pas possible, pour les PGC, de prévoir, dans la convention annuelle, des conditions dérogatoires de l'opération de vente susceptibles d'être appliquées en cours d'année. Les adaptations, modifications et dérogations par rapport aux conditions négociées dans la convention annuelle devront donc se faire sous forme d'avenant pour les PGC.

En revanche, comme indiqué précédemment, il sera possible, pour les grossistes et les produits hors PGC, de prévoir, dans la convention unique, « *les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées* » (C. com., art. L. 441-3, III, 1°). Cette possibilité existait par le passé pour les grossistes mais il n'y a quasiment aucun commentaire ni précédent jurisprudentiel qui expliquerait la manière dont ce texte pourrait trouver application. L'élargissement de la possibilité de recourir à ce texte aux produits hors PGC devrait conduire à un développement de cette modalité de négociation.

### D. - Difficultés pratiques liées à l'envoi tardif des CGV pour les grossistes et produits hors PGC

11 - Comme indiqué précédemment, il n'y a plus d'obligation, pour les fournisseurs de produits hors PGC, d'envoyer leurs conditions générales de vente avant le 1<sup>er</sup> décembre, mais dans un délai raisonnable avant le 1<sup>er</sup> mars (C. com., art. L. 441-3, V). La notion de « *délai raisonnable* » n'est pas définie par le texte mais il est fort à craindre que cet assouplissement ne soit de nature à générer des difficultés de contractualisation dans les délais faute de temps nécessaire à la négociation entre les parties.■

*Mots-Clés* : Réforme du droit des pratiques restrictives -  
Transparence tarifaire - Conventions annuelles

10. Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019, art. 5.

11. CEPC, avis, 22 déc. 2008.

12. CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 175, note N. Mathey.

## 14 Regards croisés sur les pratiques commerciales après la réforme du droit des pratiques restrictives

### Le point de vue des fabricants

Christophe PECNARD,  
avocat associé, Nomos

1 - Je voudrais introduire mon propos sur cette réforme qui, après la présentation exhaustive et très claire de Madame la directrice générale, relèvera davantage du témoignage que du commentaire technique, par deux citations. Elles émanent de deux grands spécialistes des relations producteurs-distributeurs. Ils ont malheureusement disparu l'un et l'autre, mais j'ai eu la chance, non seulement de les côtoyer, mais aussi de pouvoir travailler avec eux. Ce fut un véritable enrichissement pour le jeune avocat que j'étais et je leur rends ainsi hommage.

1) « La loyauté passe par la transparence des conditions de vente.

L'enjeu technique est donc de rétablir la morale et la loyauté des rapports fournisseurs– revendeurs [...].

Pour que cesse cette ruine de la libre concurrence et que soit rétablie une concurrence libre et loyale, nous n'avons pas trouvé de meilleure solution que la suivante :

Les références tarifaires des transactions commerciales ne peuvent être issues de deux documents : les conditions générales de vente et le contrat de partenariat commercial. »

2) « Le problème essentiel n'est pas de modifier les textes ou de réformer leurs modalités d'application ; la critique des textes et leurs réformes ne sont bien souvent qu'alibis. Le problème est de les appliquer. Mieux valent des textes imparfaits, lacunaires...appliqués, que des textes parfaits...inappliqués. »

La première citation est extraite d'un rapport parlementaire rédigé en 1995 par le député Jean-Paul Charié <sup>1</sup> et la seconde est extraite d'un ouvrage intitulé « Producteurs, distributeurs : quelle concurrence » écrit par le professeur Jean-Marc Mousseron en 1986 <sup>2</sup>.

On ne peut qu'être frappé par l'actualité des constats et des solutions proposées par ces auteurs il y a 30 ans ou plus. J'aurais d'ailleurs pu citer d'autres extraits d'articles, d'ouvrages ou de rapports parus ces 30 dernières années. Dans le rapport du Club des juristes pour une réforme du droit de la concurrence publié l'an passé <sup>3</sup>, le groupe de travail placé sous la présidence de Guy Canivet et Frédéric Jenny, la Commission avait recensé pas moins de 16 réformes depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 <sup>4</sup>.

Quelle énergie déployée ! Au rythme d'une réforme tous les 2 ou 3 ans, et à chaque fois les plus grands experts, députés, enseignants, magistrats, avocats ont apporté leur contribution à cet édifice et mis leur science et leur talent au service de cette réflexion pour tenter de faire évoluer les choses.

Pourtant, à en croire certains opérationnels, le bilan des négociations 2019 est affligeant. Quelques semaines avant l'adoption des ordonnances les tensions étaient une fois de plus à leur comble. Il semblerait que le niveau des négociations dans les box n'ait pas évolué depuis 30 ans. Dans ces box, où la négociation tourne souvent en rond pour se réduire à la seule question des prix, certains accords se sont signés dans une ambiance de psychodrame le 28 février à minuit, voire le lendemain matin ou les jours suivants, sous la menace d'un ultimatum !

L'histoire bégaye à ce point qu'il semble encore nécessaire, alors qu'une nouvelle réforme vient tout juste d'être adoptée et sans que l'on sache encore les effets qu'elle pourra produire concrètement, de mettre en place une énième Commission d'enquête parlementaire qui devra à nouveau se pencher sur « la situation et les pratiques de la grande distribution et de leurs groupements dans leurs relations commerciales avec les fournisseurs » <sup>5</sup>. Des auditions publiques sont prévues, mais également d'autres à huis clos, pour permettre aux langues de se délier ! On lira bien sûr avec intérêt les conclusions du rapport prévu en septembre prochain, mais en s'étonnant tout de même d'apprendre qu'il est déjà question de l'assortir d'une proposition législative, comme si l'on renonçait par avance à croire en l'efficacité de la réforme qui vient tout juste d'intervenir.

Faut-il se décourager ? Sans doute pas.

2 - D'abord, il faut admettre que l'exercice n'est pas simple, car il amène à tenter de trouver le bon équilibre entre la liberté des prix et le contrôle des négociations, ce qui peut paraître contradictoire.

Mais soyons pragmatique et commençons par admettre que beaucoup de choses ont tout de même évolué au cours des 30 dernières années. Or, cette nouvelle réforme ajoute sans doute sa pierre à l'édifice. Cela a été dit mais peut être souligné : la simplification apportée par l'ordonnance du 24 avril 2019 <sup>6</sup> à un dispositif complexe est louable. Cette clarification sera-t-elle suffisante pour faire changer certains comportements ? Peut-être

1. J.-P. Charié, *Rapp. d'information n° 2187 sur la loyauté de la concurrence, déposé par la Commission de production et des échanges, 27 juill. 1995.*

2. J.-M. Mousseron, *Producteurs, distributeurs : quelle concurrence – Leçons sur la société de distribution : Libraires techniques, 1986.*

3. *Rapp. pour une réforme du droit de la concurrence, Club des Juristes – Groupe de travail sous la présidence de G. Canivet et F. Jenny, janv. 2018.*

4. *Ord. n° 86-1243, 1<sup>er</sup> déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.*

5. Commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec les fournisseurs créée par l'Assemblée nationale le 27 mars 2019 et présidée par le député Thierry Benoit.

6. *Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.*

pas. Mais c'est aux juges qu'il appartiendra de le faire, en sanctionnant ces comportements comme il se doit. Ils seront d'autant plus en mesure de le faire si les textes sont clairs et les sanctions appropriées, et surtout... faut-il le souligner, s'ils sont saisis !

Or, la saisine des juges, évidemment essentielle, ne va pas forcément de soi, dans un système où les rapports de force sont à ce point de tension. Pour dire les choses trivialement : on n'attaque pas impunément ses clients !<sup>7</sup> À cet égard, reconnaissons que la révolution copernicienne s'est produite avec la reconnaissance de la faculté donnée au ministre d'agir à la place des parties qui s'estiment victimes de pratiques déloyales, mais renoncent à agir par crainte de faire l'objet de mesures de rétorsions. En un peu plus de 30 ans de carrière, je dois confesser que j'ai effectué beaucoup de simulations de vol, mais, à mon grand regret, aucun vol réel...

Les praticiens du droit qui interviennent dans ce secteur n'oublient pas, Madame la directrice générale, le rôle moteur joué par votre administration à cet égard et votre serviteur se souvient d'une discussion avec l'un de vos lointains prédécesseurs, Jérôme Gallot qui, déjà il y a une vingtaine d'années, réfléchissait à cette action du ministre et mesurait avec lucidité les obstacles qui se présentaient, les textes en vigueur (ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>8</sup> et loi Galland de 1996<sup>9</sup> étant alors insuffisants pour favoriser efficacement le recours à cette procédure disruptive.

On mesure le chemin parcouru depuis. Au fil des réformes et en particulier de la loi NRE<sup>10</sup>, mais aussi de la jurisprudence, cette possibilité d'action s'est précisée, structurée et renforcée, et la DGCCRF continue de jouer un rôle moteur dans cette évolution. Ces 10 dernières années, le ministre, bien inspiré par vos services, a engagé près d'une quinzaine d'actions avec un taux de succès qui mérite d'être salué et devrait rendre jaloux les avocats présents dans cette salle.

Bien évidemment, la réforme actuelle ne remet pas en cause cette voie procédurale essentielle. Au contraire, elle la renforce à plusieurs égards. En mettant de l'ordre dans les textes et en simplifiant l'arsenal des fondements disponibles, elle favorise les facultés d'actions. Le remplacement de la notion de « *partenaire commercial* » par celle d'« *autre partie* » par le nouvel article L. 442-1 devrait apporter de la clarté et ouvrir les possibilités d'actions sur le fondement du déséquilibre significatif. De même en est-il de l'ouverture du recours au fondement de l'avantage sans contrepartie à tous les contrats et non plus seulement aux contrats de services<sup>11</sup>.

Vient s'ajouter à ce dispositif certaines dispositions de nature à faciliter les contrôles de la DGCCRF, notamment celles

qui visent à renforcer le formalisme contractuel. Ces obligations, sanctionnées par des amendes administratives renforcées, en favorisant la traçabilité des comportements déloyaux, devraient aider vos services à alimenter leurs dossiers en vue d'engager d'éventuelles actions en justice. Ainsi en est-il de l'exigence d'avenants écrits devant mentionner l'élément nouveau qui les justifie<sup>12</sup>, ou de l'obligation pour le distributeur de communiquer « dans un délai raisonnable » et par écrit les motifs de son refus des CGV ou des plans d'affaires<sup>13</sup>. Enfin, la prise en compte de la coopération commerciale (3 net) pour définir le prix convenu<sup>14</sup> témoigne d'une approche pragmatique, car elle revient à prendre en compte l'ensemble des éléments négociés, ce qui permet à la DGCCRF, dans le cadre de ses contrôles, de connaître le prix convenu entre les parties.

3 - Il est évidemment trop tôt pour dire si cette réforme atteindra les objectifs qu'on lui a assignés, mais, pour ne pas me dérober à la demande qui m'a été faite d'épouser, pour les besoins de cette table ronde, la cause des fabricants dans le duel commercial qui oppose les fournisseurs aux distributeurs, je formulerai deux remarques en guise de conclusion, en adoptant le point de vue qui m'a été attribué.

Il me semble tout d'abord que les industriels ont avec cette réforme quelques raisons d'être satisfaits. Les exemples que je viens de donner pour illustrer le renforcement de l'efficacité des procédures mis à la disposition des parties et, surtout, du ministre et de la DGCCRF, vont dans un sens plutôt favorable aux fournisseurs. La pratique nous dira ce qu'il en est.

Il y a cependant dans cette réforme une absence regrettable. L'ordonnance est en effet muette sur le rôle des alliances européennes à l'achat, qui ont proliféré tout particulièrement ces 5 dernières années, et sur l'appréhension de leurs pratiques. La délocalisation des négociations commerciales est un sujet d'actualité devenu incontournable. Cette délocalisation, souvent fictive, génère des comportements déloyaux qui appellent des remèdes appropriés. Il est dommage que la réforme n'ait pas pointé du doigt certaines dérives pour tenter de les encadrer. ■

**Mots-Clés :** Réforme du droit des pratiques restrictives - Relations fournisseur distributeur - Fabricant

*d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ».*

7. Il faut admettre que la situation est étrange. L'affrontement entre les fournisseurs et leurs clients revendeurs donne parfois l'impression d'un combat à front renversé, où le distributeur apparaît comme un ennemi et le concurrent, sinon comme un allié (prenons garde aux cartels !), mais comme un compagnon de mauvaise fortune.

8. Ord. n° 86-1243, 1<sup>er</sup> déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

9. L. n° 96-588, 1<sup>er</sup> juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

10. L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

11. C. com., art. L. 442-1, I, 1<sup>o</sup> nouveau : « I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait [...] d'obtenir ou de tenter

12. C. com., art. L. 441-3, II nouveau : « Sans préjudice des articles L. 442-1 à L. 442-3, tout avenant à la convention mentionnée au I fait l'objet d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant. »

13. C. com., art. L. 441-3, V nouveau : « Le fournisseur communique ses conditions générales de vente au distributeur dans un délai raisonnable avant le 1<sup>er</sup> mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, avant le point de départ de la période de commercialisation. » – V. aussi C. com., art. L. 441-3, IV nouveau : « Le distributeur dispose d'un délai raisonnable à compter de la réception des conditions générales de vente pour notifier par écrit les motifs de refus de ces dernières ou son acceptation [...] ».

14. C. com., art. L. 441-3, III nouveau : « La convention mentionnée au I fixe, aux fins de concourir à la détermination du prix convenu, les obligations suivantes : 1<sup>o</sup> Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services [...] ; 2<sup>o</sup> Les services de coopération commerciale [...] ; 3<sup>o</sup> Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services [...] ».