

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

**La norme de contrôle appliquée par les tribunaux dans les affaires de concurrence –
Contribution de la France**

4 juin 2019

Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre de la session 2 de la 129^{ème} réunion du Groupe de travail No 3 tenue le 4 juin 2019.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur :

<http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/la-norme-de-controle-appliquee-par-les-tribunaux-dans-les-affaires-de-concurrence.htm>

Veuillez contacter Mme Despina PACHNOU si vous avez de questions sur ce document.
Email: Despina.Pachnou@oecd.org

JT03447625

France

1. L'analyse du contrôle juridictionnel de l'Autorité de la concurrence nécessite de s'intéresser à plusieurs points : la détermination du juge de la régulation concurrentielle (1), le contrôle au fond des décisions de l'Autorité de la concurrence (2), le contrôle de ses mesures d'instruction (3), le contrôle du schéma institutionnel de l'Autorité (4), ainsi que l'étendue temporelle et matérielle du contrôle juridictionnel (5). Dans le contexte du contrôle juridictionnel de l'Autorité de la concurrence, peut également être évoquée la question de l'accès des juges à l'expertise (6).

1. Le juge de la régulation concurrentielle

2. Le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence est réparti entre les ordres administratif et judiciaire et, au sein de ce dernier, entre les juges civil et pénal. Le contrôle des comportements ressort ainsi de la compétence du juge judiciaire (1.1), alors que le juge administratif bénéficie d'une réserve de compétence pour le contrôle des structures (2.2).

1.1. Contrôle des comportements : transfert de compétence au juge judiciaire

3. Le contrôle des comportements relève de la compétence du juge judiciaire. Le juge civil est compétent pour les décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles (1.1.1), tandis que le contrôle des moyens d'enquête est du ressort du juge pénal (1.1.2).

1.1.1. Compétence du juge civil

4. Le législateur a souhaité en 1986 que les décisions du Conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles soient soumises au juge civil plutôt qu'au juge administratif, pourtant juge de droit commun de l'administration. Cette dérogation aux règles traditionnelles de compétence était justifiée par la volonté de créer un « bloc de compétence » avec d'autres contentieux relevant du juge judiciaire, comme le contentieux commercial ou celui des actions indemnitaires. Cependant, cette attribution de compétence n'a pas été opérée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 mais a fait l'objet du dépôt d'une proposition de loi séparée, votée le 20 décembre 1986.

5. Le Conseil constitutionnel a admis que le législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, puisse attribuer ce contentieux à l'ordre juridictionnel principalement intéressé « *lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire* »¹.

6. C'est la cour d'appel de Paris qui est compétente en matière de contentieux des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit d'une compétence dérogatoire par rapport aux règles de répartition classiques des compétences juridictionnelles.

¹ CC, 23 janvier 1987, n°86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

7. Il convient de noter que certaines décisions non réglementaires d'autres autorités de régulation économique (telles que l'Autorité des marchés financiers, l'Arcep, la CRE, l'Arafer ou encore l'Hadopi) relèvent également du juge judiciaire.

1.1.2. Compétence du juge pénal

8. Le contentieux des moyens d'enquête relève, quant à lui, du contrôle du juge pénal. L'autorisation et le contrôle du déroulement des opérations de visite et saisie sont du ressort du juge pénal, c'est-à-dire le juge des libertés et de la détention (JLD) et en cas de recours, le premier président de la cour d'appel du ressort du JLD (en première instance) puis la chambre criminelle de la Cour de cassation en cas de pourvoi. Il en va ainsi à raison de la compétence attribuée par la Constitution au juge judiciaire en matière de sauvegarde des libertés individuelles. Ainsi, le Conseil constitutionnel dans une décision de 1983², s'agissant de perquisitions en matière fiscale, a sanctionné certaines dispositions de la loi de finances pour 1984, premier texte légalisant le pouvoir de visite et de saisie de l'administration, en jugeant que l'intervention du juge judiciaire n'était pas prévue de manière suffisamment précise, dès lors que « *de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects* ».

1.2. Contrôle des structures : la pleine compétence du juge administratif

9. Le contrôle juridictionnel des décisions en matière de concentrations, qui opère *ex ante* un contrôle des structures et non, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles, un contrôle *ex post* des comportements, demeure en revanche de la compétence du juge administratif, plus précisément le Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort. Le principe de l'attribution du contentieux des décisions des organismes publics, prises dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, a ainsi été préservé – étant rappelé que, jusqu'en 2009, le ministre de l'économie était chargé du contrôle des opérations de concentration.

10. Ce contentieux ne ressortit en effet pas aux hypothèses de dérogation au principe qui garantit à la juridiction administrative le monopole de l'annulation et de la réformation des actes de la puissance publique : « *En vertu d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises par les autorités exerçant le pouvoir exécutif dans l'exercice des prérogatives de puissance publique* »³.

11. Il convient, en outre, de s'intéresser au contrôle au fond des décisions de l'Autorité de la concurrence, qui varie selon que l'on se trouve devant le juge judiciaire ou administratif.

² CC, 29 déc. 1983, n° 83-164 DC.

³ CE, 7 novembre 2005, Cie générale des eaux, dans une affaire concernant les pouvoirs respectifs du ministre et du Conseil de la concurrence.

2. Le contrôle au fond des décisions de l'Autorité de la concurrence : plein contentieux et contrôle de légalité

12. Le juge judiciaire exerce un contrôle de plein contentieux, de type administratif **(2.1)**. Le juge administratif exerce, quant à lui, un entier contrôle de la légalité des décisions d'autorisation des opérations de concentrations de l'Autorité de la concurrence dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, ainsi qu'un contrôle de plein contentieux des décisions rendues sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce **(2.2)**.

2.1. Contrôle par le juge judiciaire

13. Le recours devant la cour d'appel de Paris est par nature hybride *(2.1.1)*. Ce contrôle de plein contentieux s'exprime notamment par un pouvoir de réformation des sanctions et injonctions *(2.1.2)*.

2.1.1. Le caractère hybride de la procédure devant la cour d'appel de Paris

14. La procédure devant la cour d'appel de Paris revêt un caractère hybride. Il s'agit d'un recours de plein contentieux porté devant un juge civil, dont l'office est cependant très similaire à celui du juge administratif. Le recours est porté devant une cour d'appel de l'ordre judiciaire et les règles du procès sont les règles spéciales du code de commerce et, à défaut, celles du code de procédure civile. Matériellement ce recours juridictionnel n'est pas un appel mais un recours de première instance et tend à « l'annulation ou la réformation » d'actes administratifs unilatéraux.

15. La cour d'appel peut cependant être conduite à renvoyer l'affaire à l'Autorité de la concurrence pour une annulation d'une décision avant notification des griefs. Par exemple, dans une affaire dans le secteur de la publicité cinématographique où le Conseil de la concurrence, le 29 janvier 2002, avait rejeté la saisine pour insuffisante valeur probante des éléments au dossier, la cour d'appel a choisi de renvoyer l'affaire pour complément d'instruction⁴. La cour d'appel peut aussi décider de renvoyer l'affaire à l'Autorité lorsqu'un complément d'instruction est nécessaire, même après l'envoi des griefs⁵. La cour a confirmé sa solution dans *l'affaire des Vedettes vendéennes*⁶.

16. Il est à noter qu'en pratique, c'est une chambre spécialisée de la cour d'appel de Paris qui est saisie des décisions de l'Autorité en matière de sanctions, ce qui garantit la bonne connaissance de ce contentieux complexe par les magistrats.

2.1.2. Le pouvoir de réformation des sanctions et injonctions

17. Ce contrôle de plein contentieux s'exprime par un pouvoir de réformation des sanctions et injonctions. La cour d'appel peut revoir la sanction à la baisse mais peut aussi

4 CA Paris, 24 septembre 2002, n°2002-04232, Mediavision et Jean Mineur.

5 Cass. com., 26 février 2008, Brenntag, confirmant l'arrêt d'appel dans une affaire où la cour avait annulé, en raison de l'insuffisance de l'instruction, une décision ayant dit non établies les pratiques reprochées.

6 CA Paris, 20 déc 2012, n°2011/05667, Vedettes inter-îles vendéennes c/ Régie dptale des passages d'eau de la vendée.

l'aggraver, sur recours du ministre ou d'une partie⁷. La cour d'appel exerce de même son pouvoir de réformation à l'égard des injonctions, qu'elle peut ainsi modifier⁸.

18. S'agissant du contrôle du mode de calcul de la sanction, il est à noter que le juge judiciaire retient que le communiqué sanctions publié par l'Autorité de la concurrence en mai 2011 « *constitue une directive au sens administratif du terme, qui lui est opposable [i.e à l'Autorité], sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné* », si bien que la cour d'appel doit s'assurer, lorsqu'elle en est requise, que l'Autorité a respecté son communiqué sanctions⁹.

2.2. Contrôle par le juge administratif

19. Le juge administratif exerce un entier contrôle de la légalité des décisions d'autorisation des opérations de concentrations de l'Autorité de la concurrence dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (2.2.1), ainsi qu'un contrôle de plein contentieux des décisions de l'Autorité qualifiées de sanctions en matière de concentration (2.2.2).

2.2.1. Contrôle de la légalité

20. Le Conseil d'Etat, en tant que juge administratif, exerce un entier contrôle de la légalité des décisions d'autorisation des opérations de concentrations de l'Autorité, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir¹⁰. Il en va de même de tous les recours dirigés contre des décisions individuelles des régulateurs économiques, relatives à des demandes d'agrément ou d'autorisation (CSA, Arcep...). Le contrôle du Conseil d'État obéit à la structure propre au contentieux de l'excès de pouvoir, qui distingue la légalité externe de l'acte attaqué (compétence de l'auteur de l'acte, procédure, forme) et sa légalité interne (erreurs de droit, d'appréciation et détournement de pouvoir). Il peut notamment être amené à contrôler l'analyse concurrentielle retenue par l'Autorité ou les mesures correctives destinées à remédier aux éventuels problèmes de concurrence identifiés. Sur ce dernier point, son contrôle est particulièrement poussé, puisqu'il s'apparente à un contrôle de proportionnalité propre aux décisions de police¹¹ administrative. À ce titre, le Conseil

7 CA Paris, 11 janv 2005, Sté France Télécom : arrêt par lequel la cour d'appel de Paris, sur le recours de France Télécom, et le recours incident du ministre de l'économie, contre la décision du Conseil de la concurrence la sanctionnant pour non-respect d'une injonction sur le marché de l'accès à internet haut débit, a réformé la décision en doublant la sanction initiale ; confirmation par la Cour de cassation (Cass. com., 14 mars 2006, Sté 9 Télécom réseau), qui retient que la cour a ainsi usé de « son pouvoir d'appréciation de la proportionnalité de la sanction ».

8 CA Paris, 29 avril 2003, France Telecom/Cegetel, qui restreint le champ des mesures conservatoires imposées par l'Autorité, dans un « souci de proportionnalité de la mesure par rapport aux intérêts en cause » ; CA Paris, 17 sept 1992, GIE Géosavoie, la cour d'appel a, de sa propre initiative, modifié l'injonction prononcée par le Conseil en la complétant.

9 Cass. com., 18 octobre 2016, Sanofi et al.

10 V. CE, 9 avril 1999, The Coca-Cola Company, n° 201853, au recueil ; CE, 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, au recueil : Le Conseil d'État, saisi d'un recours contre une décision d'autorisation de concentration, se prononce en tant que juge de l'excès de pouvoir.

11 CE, 19 mai 1933, Benjamin, au recueil.

d'État vérifie que les mesures correctives retenues (engagements, injonctions ou prescriptions) permettent de remédier aux effets néfastes de l'opération sans porter une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre des parties à l'opération. Il s'assure de leur caractère adapté, nécessaire et proportionné de ces mesures.

21. L'office du juge des décisions de concentration est limité. Comme l'indique M. Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'affaire société Groupe Canal Plus : « le juge du contrôle des concentrations nous paraît devoir apprécier la légalité de la décision administrative attaquée à la date de celle-ci. Il devrait borner sa propre décision à une annulation, qui sera le plus souvent totale mais qui pourra, dans certaines hypothèses, n'être que partielle, à charge pour l'administration, s'il y a lieu, de reprendre le dossier et de statuer à nouveau, dans la mesure de l'annulation prononcée. ».

22. Dès lors, saisi d'un recours contentieux formé contre une décision autorisant une opération de concentration subordonnée à la réalisation d'engagements pris par les parties, le Conseil d'État ne peut, en cas d'erreur affectant l'analyse concurrentielle ou les mesures correctives, réformer la décision attaquée et procéder à une nouvelle analyse concurrentielle ou décider de substituer aux remèdes jugés illégaux d'autres remèdes. Ainsi, dans ce cas, il a seulement le pouvoir d'annuler l'autorisation de concentration attaquée¹².

2.2.2. Contrôle de plein contentieux

23. Les pouvoirs limités du juge de l'excès de pouvoir chargé du contentieux des décisions de concentration tranchent avec l'office du juge de plein contentieux en charge du contrôle des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce. Un cas emblématique est celui de l'affaire relative à l'autorisation d'acquisition de Canalsat et TPS par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus. Un recours ayant été formé contre la décision du 20 septembre 2011 par laquelle l'Autorité a retiré l'autorisation de cette opération délivrée par le ministre et a condamné ces dernières au paiement d'une sanction pécuniaire, pour manquement aux engagements souscrits, le Conseil d'État a confirmé la validité du retrait d'autorisation, et diminué le montant de l'amende. Le même jour, le Conseil d'État s'est prononcé sur le recours formé contre la décision de l'Autorité du 23 juillet 2012, ayant ensuite autorisé, après re-notification, la même opération de concentration et prononcé une série d'injonctions, et a confirmé tant cette nouvelle autorisation, en l'absence d'erreur d'appréciation de l'Autorité, que le caractère proportionné des injonctions dont elle était assortie¹³.

24. Après avoir analysé le contrôle au fond des décisions de l'Autorité de la concurrence, il convient de s'intéresser désormais au contrôle des mesures d'instruction.

12 V. par ex. CE, 6 juillet 2016, société Compagnie des gaz de pétrole Primagaz, n° 390457.

13 CE, 21 décembre 2012 n° 353856 et n° 362347, 363542, 363703 : Il s'agit de deux décisions par lesquelles le Conseil d'État avait à connaître à la fois de la décision de sanction et de la nouvelle décision d'autorisation.

3. Contrôle des mesures d’instruction : recours au fond et voie de recours autonome

25. Le contentieux de l’instruction des affaires est, par principe, joint au recours au fond contre la décision finale (3.1). Il existe toutefois des voies de recours autonome (3.2).

3.1. Un contentieux par principe joint au recours au fond contre la décision finale

26. Il est utile de rappeler que le Conseil constitutionnel, dans l’exercice de son contrôle du droit à un recours juridictionnel effectif, retient une distinction fondée sur la nature de la mesure contestée. Ainsi, lorsque la mesure n’est pas coercitive, l’absence de voie de recours propre n’est pas sanctionnée¹⁴. En revanche, sont censurées comme contraires au droit à un recours juridictionnel effectif les dispositions législatives qui ne prévoient pas de voies de recours contre les mesures coercitives¹⁵.

27. Ainsi, le Conseil constitutionnel a confirmé que, compte tenu de leur nature, les mesures d’enquête simple mises en œuvre par l’Autorité de la concurrence n’appellent pas l’ouverture d’une voie de recours immédiate et autonome, le contrôle juridictionnel opéré avec la décision finale et/ou dans le cadre d’un contentieux indemnitaire étant suffisant¹⁶.

3.2. Voies de recours autonomes

28. Les opérations de visite et saisie (3.2.1), ainsi que les décisions relatives à la protection du secret des affaires (3.2.2), peuvent faire l’objet de voies de recours autonomes.

3.2.1. Recours contre les OVS

29. À raison de leur nature, les opérations de visite et saisie (OVS) sont effectuées sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention, qui apprécie la valeur des éléments au dossier tendant à établir l’existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles. Son ordonnance peut faire l’objet d’un appel non suspensif devant le premier président de la cour d’appel du ressort¹⁷, dont l’ordonnance à son tour est susceptible d’un pourvoi en cassation. De même, le déroulement des opérations de visite et saisie peut faire l’objet d’un recours autonome porté devant les mêmes juges.

30. L’ensemble de ces procédures est expressément régi par le code procédure pénale.

31. On rappellera que l’instauration de cette voie de recours autonome comportant une contestation à hauteur d’appel est issue de l’ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, intervenue en conséquence de l’arrêt *Ravon* de 2008¹⁸ par lequel la CEDH a retenu qu’en matière de visite domiciliaire, les

14 Décision n°2011-214 QPC du 27 janvier 2012, Société COVED, s’agissant du droit de communication de l’administration des douanes.

15 Décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014, M. Jacques J., sur la décision du président du TGI autorisant des visites, perquisitions et saisies en matière de lutte contre le travail dissimulé.

16 QPC, 8 juillet 2016, société Brenntag.

17 Art. L 450-4 §6 du code de commerce.

18 CEDH, 21 mai 2008, *Ravon* et autres c. France.

personnes concernées doivent pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite et des mesures prises sur son fondement, et que le recours doit permettre, en cas d'irrégularité, de prévenir la survenance de l'opération ou, si elle a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié.

32. Le régime de ce recours met encore en relief le caractère hybride de la procédure contentieuse devant l'Autorité de la concurrence, qui fait intervenir des éléments de procédure pénale, mais obéit pour l'essentiel aux règles de la procédure civile¹⁹. Les conséquences de ce double standard transparaissent notamment dans l'application du principe jurisprudentiel de loyauté de la preuve, fondé sur l'article 9 du code de procédure civile, au visa duquel l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé qu'en matière de contentieux des pratiques anticoncurrentielles, l'enregistrement de conversations téléphoniques effectué à l'insu des personnes concernées constituait un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve obtenue²⁰ – et ce alors qu'il en va différemment en procédure pénale où, sur le fondement de l'article 427 du code de procédure pénale, la chambre criminelle juge de manière constante que le juge répressif doit admettre ces mêmes éléments, dont il lui appartient seulement d'apprécier la valeur probante²¹.

3.2.2. *La protection du secret des affaires*

33. Le contentieux de la protection du secret des affaires a fourni un récent exemple à la fois d'évolution de la répartition du contentieux entre ordres de juridiction et de consécration d'une voie de recours autonome.

34. Le Conseil d'État, saisi d'un recours contre les dispositions du code de commerce prévoyant que les décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refuse la protection du secret des affaires ou en accorde la levée ne pouvaient être contestées qu'à l'occasion du recours contre la décision rendue sur le fond, a estimé que ces dispositions portaient atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, au motif que ces décisions sont « *susceptibles de faire grief, par elles-mêmes, aux parties dont émanent les pièces ou éléments en cause* »²². Il a encore jugé que le recours qui devait pouvoir être formé contre ces décisions relevait de la compétence du Conseil d'État, alors que les décisions du rapporteur général accordant la protection du secret des affaires ou en refusant la levée continueraient d'être contestées devant la cour d'appel de Paris, avec le recours au fond.

35. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXIème siècle est intervenue pour unifier le contentieux devant la cour d'appel de Paris, en prévoyant que ces décisions puissent faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant le premier président de la cour d'appel de Paris, statuant en chambre du conseil.

19 Cass. Com., 3 mars 2009 : « les dispositions du code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre les décisions du Conseil de la concurrence ».

20 Cass., Ass. Plén., 7 janvier 2011.

21 Cass. crim., 7 mars 2012.

22 CE, 10 octobre 2014, Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées.

36. L'idée, pour le législateur, est de confier le contentieux de ces décisions au juge qui connaît des affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où celles-ci sont prises à l'occasion de leur instruction. La loi prévoit, en outre, la suspension de la prescription décennale durant l'exercice de cette voie de recours, afin d'éviter toute manœuvre dilatoire.

37. Après avoir examiné le contrôle des mesures d'instruction, il importe désormais de s'intéresser au contrôle par le juge du schéma institutionnel de l'Autorité de la concurrence au niveau des juridictions suprêmes françaises, du juge européen et du juge constitutionnel.

4. Un contrôle par le juge du schéma institutionnel de l'Autorité de la concurrence

38. Une autorité administrative doit se conformer à certaines exigences. Ce contrôle sera envisagé au niveau des juridictions suprêmes françaises (4.1), du juge européen (4.2) et du juge constitutionnel (4.3).

4.1. Juridictions suprêmes françaises

39. La Cour de cassation, puis le Conseil d'État, dans leurs formations les plus solennelles, ont jugé qu'une autorité administrative, bien que n'étant pas une juridiction, devait se conformer aux exigences posées par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de droit à un procès équitable, y compris sous l'angle de l'impartialité²³.

40. La Cour de cassation a de plus estimé que l'impartialité imposait que le rapporteur des services d'instruction du Conseil de la concurrence ne participât pas au délibéré²⁴, ce qui constitue un degré d'exigence plus poussé que celui énoncé par le juge européen.

4.2. Juge européen

41. La CEDH retient quant à elle dans un arrêt *Menarini*²⁵ qu'un recours de pleine juridiction ouvert à l'encontre d'une décision d'une autorité administrative, qui ne remplirait pas elle-même strictement les conditions d'impartialité, suffit à satisfaire aux exigences de la Convention. Cette position a été reprise dans un arrêt plus récent, *Grande Stevens* du 4 mars 2014 selon lequel « *Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une «peine» soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction* ».

23 Cass., Ass. Plén., 5 février 1999, COB contre Oury, n°97-16.440 ; CE, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier, au recueil.

24 Cass. com., 5 octobre 1999, SNC Campenon Bernard et a. c/ Ministre de l'économie « la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe évoqué » [de l'égalité des armes].

25 CEDH, *Menarini*, 27 septembre 2011.

4.3. Juge constitutionnel

42. L'entrée en vigueur de la loi organique du 10 décembre 2009 ouvrant la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a élargi la gamme des moyens que les parties peuvent développer devant le juge du recours, en ouvrant la voie à un contrôle de constitutionnalité sur le régime législatif encadrant l'action de l'Autorité de la concurrence.

43. S'agissant du respect du principe d'impartialité, le Conseil constitutionnel a considéré que l'exercice du pouvoir de sanction par l'Autorité, selon le modèle de la séparation fonctionnelle qui garantit l'indépendance des services d'instruction vis-à-vis du collègue, était conforme à l'article 16 de la Déclaration de 1789²⁶. Dans une autre décision du 14 octobre 2015²⁷, il a déclaré conforme à la Constitution le modèle de séparation fonctionnelle, en ce qui concerne le mécanisme de saisine d'office en matière de pratiques anticoncurrentielles, prévu par la loi relative aux Nouvelles Régulations Économiques, dite « loi NRE », du 15 mai 2001. Le Conseil constitutionnel a relevé que l'auto-saisine n'est pas un acte de poursuite et n'a pas pour objet d'imputer des pratiques à une entreprise, et que le respect de l'exigence d'impartialité s'apprécie au regard de l'ensemble des garanties posées par le législateur, du début des investigations jusqu'à la délibération du Collège.

44. Ainsi, bien que n'étant pas considérée comme une juridiction, l'Autorité de la concurrence doit se conformer à un certain nombre d'exigences. Il convient désormais de s'intéresser au champ du contrôle juridictionnel de ses décisions.

5. Le champ du contrôle juridictionnel : étendue temporelle, étendue matérielle

45. S'intéresser au champ du contrôle juridictionnel des décisions de l'Autorité de la concurrence implique d'analyser son étendue temporelle (5.1), ainsi que son étendue matérielle (5.2).

5.1. Étendue dans le temps du contrôle juridictionnel des décisions de l'Autorité de la concurrence

46. Le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence est non suspensif et ses décisions peuvent faire l'objet de demandes de suspension (5.1.1). Le juge administratif peut, par ailleurs, décider de limiter les effets de la décision de la juridiction de recours (5.1.2).

5.1.1. Sursis à exécution et référé suspension

47. Le privilège du préalable propre aux décisions administratives emporte le caractère exécutoire des décisions de l'Autorité. Une demande de sursis à exécution peut cependant être formée devant le premier président de la cour d'appel (art. L. 464-8, §2) si l'exécution est « *susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à [la décision], des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité* ». Ce mécanisme va ainsi à rebours du droit commun de la procédure civile, laquelle

26 CC n°2012-180 du 12 octobre 2012, dans le cadre d'une QPC posée par Canal Plus à la suite du recours contre le retrait de l'autorisation de fusion TPS/Canalsat.

27 « Société Grands Moulins de Strasbourg S.A. et autres », décision n°2015-489 QPC.

interdit au juge d'arrêter une exécution provisoire d'origine légale – il ne peut suspendre que l'exécution provisoire qui résulterait de la décision expresse du juge de première instance, la Cour de cassation rappelant fréquemment l'interdiction faite au juge d'arrêter l'exécution provisoire qui est de plein droit attachée à une décision²⁸.

48. Il sera rappelé que la proposition de loi, votée le 20 décembre 1986, qui prévoyait l'attribution du contentieux du Conseil de la concurrence à l'ordre judiciaire avait été censurée par le Conseil constitutionnel le 23 janvier 1987, au motif que la loi ne garantissait pas suffisamment les droits de la défense, faute de mécanisme de sursis de l'exécution des décisions frappées de recours devant la cour d'appel.

49. Les opérateurs économiques visés par des décisions des autorités de régulation mobilisent en outre souvent les voies de droit d'urgence ouvertes devant le juge administratif, telles que le référé suspension, référé mesures utiles ou référé liberté ; la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre ont en effet été reconnues comme constituant des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative, et étant par suite, invocables dans le cadre de cette procédure²⁹.

50. On relève ainsi plusieurs cas de demande de référé suspension contre des décisions de concentration de l'Autorité. Cependant, le Conseil d'État estimant qu'un référé suspension perd son objet s'il est dirigé contre une décision administrative exécutée, il a été conduit à juger, à plusieurs reprises, qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur des demandes en référé tendant à la suspension d'une autorisation de concentration, les parties apportant la preuve de la réalisation de l'opération. Par exemple, dans les recours contre les affaires *Bouyer-Leroux/Imerys* du 27 novembre 2013 et *UGI/Totalgaz* du 9 juillet 2015, le juge des référés, ayant constaté la réalisation effective des opérations concernées, a estimé ne pas pouvoir statuer sur les demandes de suspension des autorisations et a limité l'objet du référé à la suspension de l'exécution des engagements.

5.1.2. Limiter les effets de la décision de la juridiction de recours

51. La marge de manœuvre du juge de l'excès de pouvoir est binaire puisqu'il peut annuler ou rejeter le recours formé. Néanmoins, ses pouvoirs lui permettent, dans certains cas, de neutraliser les motifs illégaux d'un acte et l'annulation de la décision attaquée. Par ailleurs, quand il arrive qu'en cas d'annulation de la décision de l'Autorité, le Conseil d'État décide d'en limiter les effets. Cette limitation peut prendre plusieurs formes. D'un point de vue matériel, le juge administratif peut décider d'annuler l'acte partiellement, s'il considère que cet acte est divisible et que la légalité n'est que partiellement affectée. Du point de vue temporel, il peut aussi moduler les effets de l'annulation et en reporter les effets.

52. Ainsi, sur ce dernier point, le juge administratif peut décider, en cas d'annulation d'une décision, de reporter les effets de cette annulation. Par exemple, le Conseil d'État, ayant annulé la décision du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8 et autres par Vivendi Universal et Canal Plus, par laquelle l'Autorité de la concurrence avait autorisé l'opération de concentration sous réserve de la réalisation effective des engagements pris par les parties, a relevé que l'annulation immédiate de l'autorisation ôterait toute valeur contraignante aux engagements pris par les parties, alors

²⁸ Cass, 2ème Civ., 5 mai 1993 ; Soc., 28 juin 2001.

²⁹ CE, juge des référés, 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n° 239840, Rec.

que l'opération de concentration avait eu lieu. Pour éviter un tel vide juridique, il a décidé que l'annulation ne prendrait effet qu'à compter du 1^{er} juillet 2014 et ne vaudrait que pour l'avenir³⁰.

5.2. Extension matérielle du champ du contrôle : l'émergence d'un recours contre les actes de droit souple

53. Par deux décisions du 21 mars 2016³¹, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a admis la recevabilité des recours en excès de pouvoir tendant à l'annulation d'actes dépourvus de portée décisive, dits « de droit souple » – tels des avis, recommandations, mises en garde ou prises de position – adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice de leurs missions, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

54. Le Conseil d'État a ainsi jugé recevables les recours tendant à l'annulation, d'une part, d'un communiqué publié par l'Autorité des marchés financiers sur son site internet mettant en garde les investisseurs contre les conditions dans lesquelles étaient commercialisés certains produits de placement³², et, d'autre part, d'une prise de position de l'Autorité de la concurrence reconnaissant à une société, pour l'exécution d'une décision de concentration, la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive de chaînes de télévision sur la plateforme de diffusion d'une autre société³³. Ultérieurement cette jurisprudence a été étendue à des recommandations émises par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution sur les conventions conclues entre les entreprises d'assurance et les intermédiaires en assurance concernant la distribution des contrats d'assurance vie, ayant pour objet d'inciter leurs signataires à modifier sensiblement leurs relations³⁴.

55. Une autre illustration de recours jugé recevable résulte de la décision³⁵ du 10 novembre 2016 portant sur une délibération et deux communiqués de presse du CSA indiquant à des responsables de chaînes de télévision que la diffusion dans le cadre de séquences publicitaires du message litigieux, relatif à une sensibilisation à la trisomie 21, était inappropriée.

56. Enfin, plus récemment, l'application de la jurisprudence sur le droit souple a conduit le Conseil d'État à reconnaître la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir directement formé contre les lignes directrices d'une autorité de régulation sectorielle, l'ARCEP³⁶.

57. Il est utile de rappeler, qu'outre le Conseil d'État, la cour d'appel de Paris a aussi été amenée à connaître, [par voie d'exception cette fois et non par voie d'action] de la licéité des textes de droit souple. Cette dernière peut être saisie de telles questions à l'occasion de

30 CE, Assemblée, 23 décembre 2013, M6 et TF1.

31 CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société Fairvesta International ; CE, Assemblée, 21 mars 2016, Numéricable.

32 CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société Fairvesta International.

33 CE, Assemblée, 21 mars 2016, Numéricable.

34 CE, 20 juin 2016, Fédération française des sociétés d'assurances.

35 CE, 10 novembre 2016, Mme Z. et al.

36 CE, 13 décembre 2017, société Bouygues Télécom, n° 401799, au recueil.

la mise en œuvre de ces textes par l'Autorité et font ensuite l'objet d'un recours. La cour a ainsi pu se prononcer sur la validité et les conditions d'application du communiqué sanctions du 16 mai 2011, à l'occasion d'un arrêt *Nestlé Purina* du 10 octobre 2013. D'une part, la cour a confirmé la possibilité pour l'Autorité d'adopter des actes de droit souple et, d'autre part, a validé le contenu dudit communiqué qui s'inscrit dans le cadre légal existant.

6. L'accès des juges à l'expertise

58. Selon la nature du contrôle exercé, il convient de distinguer entre l'expertise devant le juge judiciaire, d'une part (6.1) et devant le juge administratif d'autre part (6.2).

6.1. L'accès à l'expertise du juge judiciaire

6.1.1. Un juge en charge de la régulation économique

59. La cour d'appel de Paris s'organise en huit pôles. Son pôle 5 a trait à la vie économique. Les compétences au sein de ce pôle sont réparties entre seize chambres. Deux d'entre elles traitent des questions de concurrence : la chambre 5-7 « Régulation économique et finances publiques », connaît des recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et la chambre 5-4, « Contrats commerciaux », connaît des autres sujets de concurrence, en particulier des actions en dommages-intérêts et des pratiques restrictives de concurrence. La compétence des deux chambres dépasse cependant la sphère concurrence et couvre un vaste ensemble de problématiques de droit économique. La chambre 5-7 est en effet compétente pour les recours dirigés contre les décisions des autorités administratives indépendantes de régulation (Autorité de la concurrence, AMF, CRE, Arcep, Arafer, etc.).

60. La chambre 5-7 a signé un contrat d'objectifs et de moyens avec la Chancellerie en 2015 lui donnant plus de moyens humains en contrepartie d'une réduction des délais de traitement des affaires. Les magistrats du siège de la chambre 5-7 sont au nombre de 4 et sont assistés par une équipe constituée d'assistants spécialisés (dont des économistes), de greffiers assistants, d'assistants de justice et de stagiaires. Le ministère public a également été renforcé d'un assistant spécialisé, d'un greffier assistant du magistrat et d'un stagiaire.

6.1.2. Pouvant recourir à des experts

61. En application des règles du code de procédure civile (article 27) et des règles du code de commerce (article R.464-10), la cour d'appel de Paris dispose de pouvoirs d'investigation. Elle dispose de la faculté d'entendre toute personne susceptible de l'éclairer et peut admettre, à ce titre, les observations orales d'une personne à l'audience.

62. La cour d'appel de Paris, si elle est en mesure de recourir à des experts, en fait en pratique un usage modéré dans les contentieux dirigés contre des décisions de sanction de l'Autorité. Elle sollicite néanmoins de manière plus fréquente des experts (notamment économiques et financiers) dans le cadre des contentieux en réparation du préjudice pour l'assister sur l'évaluation de son montant.

6.2. L'accès à l'expertise du juge administratif

6.2.1. Des moyens d'investigation particuliers

63. Le juge administratif dispose de plusieurs possibilités d'investigation énumérées aux articles R. 621-1 et suivants du code de justice administrative. Il s'agit principalement de l'expertise, de la visite des lieux, de l'enquête, de la communication de pièces ou de l'avis d'un tiers dont les compétences ou la connaissance seraient de nature à éclairer la formation de jugement.

64. Ces moyens d'investigation ont en pratique assez peu été utilisés par le Conseil d'État en contentieux des concentrations. Ce dernier n'a par exemple jamais nommé d'expert dans le cadre d'un tel contentieux. Cela pourrait s'expliquer par le fait qu'il s'estime suffisamment éclairé par les décisions de l'Autorité de la concurrence et les éventuelles expertises produites par les parties à l'instance.

6.2.2. Mis en œuvre au cas par cas

65. Si le Conseil d'État utilise relativement peu souvent ses moyens d'investigation complémentaires, le recours pour excès de pouvoir introduit contre la décision n°15-DCC-5337 montre néanmoins qu'il peut y recourir. Dans cette affaire en effet, le Conseil d'État a procédé à deux mesures d'investigation particulières. D'une part, il a prescrit une enquête devant les membres de la 3^{ème} sous-section du contentieux en charge du traitement du recours. Cette enquête était destinée à les éclairer sur diverses données factuelles en lien avec la décision attaquée (capacités de stockage des concurrents, condition de mise en œuvre des engagements, etc.). D'autre part, le Conseil d'État a, par un arrêt avant dire droit³⁷, sollicité de l'Autorité de la concurrence qu'elle verse au débat contradictoire le contenu de deux engagements subsidiaires souscrits par la société UGI et occultés dans la décision att

37 Autorité de la concurrence, décision 15-DCC-53 du 15 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusive de la société Totalgaz SAS par la société UGI Bordeaux Holding SAS.

38 CE, 15 avril 2016, société Compagnie des gaz de pétrole Primagaz, n°390457, Rec.