Université Paris Nanterre

200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

Membre de l'université Paris Lumières

École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE)

Clément Bizet

Les recours en droit de la concurrence

(Livre IV du Code de commerce)

Proposition de réorganisation à l'aune du dualisme juridictionnel français

Thèse présentée et soutenue publiquement le **4 janvier 2023**
en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme le Professeur Anne-Sophie Choné-Grimaldi
(Université Paris Nanterre)

Jury

Membre du jury	Mme Soraya Amrani-Mekki	Professeur, Université Paris Nanterre
Rapporteur	Mme Martine Behar-Touchais	Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Membre du jury	Mme Anne-Sophie Choné-Grimaldi	Professeur, Université Paris Nanterre
Membre du jury	M. Loïc Grard	Professeur, Université de Bordeaux
Rapporteur	Mme Laurence Idot	Professeur émérite, Université Paris 2 Panthéon-Assas

L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Méhar.

REMERCIEMENTS

En premier lieu, j'adresse de vifs remerciements à ma directrice de thèse, Madame Anne-Sophie Choné-Grimaldi, qui m'a accordé une direction aussi rigoureuse que bienveillante qui fut précieuse et salvatrice. Qu'elle trouve ici la marque de ma profonde reconnaissance.

Je remercie également les Professeurs Soraya Amrani-Mekki, Martine Behar-Touchais, Loïc Grard et Laurence Idot d'avoir accepté de prendre le temps de lire mes travaux et de composer le jury devant lequel ils ont été présentés puis discutés.

Ensuite, puisque la thèse est une aventure rudement solitaire, doivent être remerciés ceux qui ont su la rendre plus collective. Merci à mon père de n'avoir jamais douté. À ma mère et à Jean-François pour leur faculté à toujours remettre confort et réconfort là où il semble ne plus y en avoir. À mes frères, Romain et Alexis. Et à William qui, par son infatigable soutien, est plusieurs fois parvenu à me faire retrouver un équilibre un peu perdu.

Merci encore à Bettina, Caroline, Catherine, Laura, Alexis, Gautier et Yanisse pour leur relecture minitieuse. À Elsa et Nicolas d'avoir rétabli de la sérénité dans la dernière ligne droite.

Enfin, parce qu'elle donne du sens à tout et est une infaillible alliée parée à toute épreuve, cette thèse et son auteur doivent beaucoup à Méhar. Qu'elle soit remerciée de m'avoir préservé du naufrage, pour sa patience et sa simple présence sans laquelle tout cela n'eût été possible.

RÉSUMÉ

LES RECOURS EN DROIT DE LA CONCURRENCE (LIVRE IV DU CODE DE COMMERCE)

Proposition de réorganisation à l'aune du dualisme juridictionnel français

La thèse part d'une observation partagée par de nombreux auteurs. Le droit de la concurrence, hybride tant au regard de son objet, de ses sujets, de ses techniques et de ses acteurs, n'épouse pas la *summa divisio* droit public/droit privé sur laquelle a été élaboré le dualisme juridictionnel français. Cette inadaptation à la binarité rend délicate l'organisation des recours dont doivent pouvoir faire l'objet les actes et décisions des différentes autorités chargées de sa mise en œuvre sur le plan interne. Le droit de la concurrence et son contentieux se délitent inévitablement dans le dualisme juridictionnel.

Le législateur a tenté d'y remédier en organisant l'unification de ce contentieux au sein de l'ordre judiciaire lors de la préparation de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Toutefois, cette entreprise d'unification fut limitée aux recours exercés contre les décisions de l'ancien Conseil de la concurrence. L'œuvre du législateur fut, dès l'origine, promise à l'échec : la dispersion était inévitable ; les réformes ultérieures n'ont fait que l'amplifier.

Aujourd'hui, les recours exercés contre les actes et décisions des autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence relèvent de la compétence de juridictions multiples, d'ordres et de degrés différents, et sont distribués sur la base de critères inadaptés. L'éclatement du contentieux comporte des risques (difficulté à trouver le bon juge, allongement des procédures, traitement différencié de situations similaires, contrariété de décisions…) dont certains sont aggravés par les méthodes particulières mobilisées par le droit de la concurrence. Ces achoppements mettent par ailleurs en péril la fonction essentielle qui lui donne son unité : la préservation de la libre concurrence. Après avoir fait état de cet éclatement et des conséquences néfastes qu'il engendre (**Partie I**), la thèse propose de réorganiser ces recours.

Cette réorganisation implique, au préalable, de consacrer une réflexion approfondie et transversale aux finalités du contrôle juridictionnel et à l'office du juge de recours en matière de concurrence. Les spécificités de la matière et l'ampleur de l'enjeu commandent d'innover : les résultats auxquels aboutit cette réflexion suggèrent une réorganisation orientée vers le souci de confier l'exercice de ce contrôle à une juridiction unique et spécialisée (**Partie II**).

Mots-clés : concurrence – contentieux économique – recours – contrôle juridictionnel – dualisme juridictionnel – spécialisation – droit processuel – office du juge

ABSTRACT

REMEDIES UNDER COMPETITION LAW
(Book IV of the French Commercial Code)
Reorganization proposal in the light of French jurisdictional dualism

The thesis is based on an observation shared by many authors. Competition law is a heterogeneous field of study, whether in terms of topic, subjects, authorities, or functioning. As a result, competition law does not fit well into the conventional public/private law *summa divisio* upon which French jurisdictional system developed. This unsuitability to binarity impedes the processing of remedies brought against the acts and decisions of competition law authorities. Consequently, competition law loses its consistency against jurisdictional dualism.

French lawmaker attempted to remedy the issue by unifying competition law litigation under the exclusive jurisdiction of the judiciary through the Order of December 1, 1986. However, this unification effort remained limited to the sole remedies brought against decisions of the *Conseil de la concurrence* (former French competition authority). From the outset, the lawmaker's attempt was hence bound to fail: fragmentation was inevitable and was then only amplified by subsequent reforms.

Nowadays, remedies brought against national competition law authorities' acts and decisions fall under the jurisdiction of multiple courts of different jurisdictional orders; of different degrees and are distributed based on inappropriate criteria. The fragmentation of litigation entails numerous risks (struggle in referring to the relevant judge; lengthening of procedures; differentiated treatment of similar factual situations; conflicting decisions), some of those being aggravated by the peculiar methods used in competition law. These impediments also jeopardize the core function of competition law: the preservation of free competition. After reporting on this state of fragmentation and the resulting adverse consequences, the thesis proposes to reorganize these remedies.

Beforehand, this reorganization implies an in-depth and transversal reflection on the aims of jurisdictional control and on the judge's function in competition matters. Competition law's specifics and the scale of the challenge call for innovation: the results of this reflection suggest a reorganization aimed at entrusting the exercise of this control to a single, specialized court.

Keywords: competition – economic litigation – remedy – jurisdictional control – jurisdictional dualism – specialization – procedural law – judge's function.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

	REVUES ET OUVRAGES
AJCA	*Actualité juridique. Contrats d'Affaires, concurrence, distribution*
AJDA	*Actualité juridique. Droit administratif*
AJ Pénal	*Actualité juridique. Pénal*
APD	*Archives de philosophie du droit*
BICC	*Bulletin d'information de la Cour de cassation*
Cah. Cons. constit.	*Cahiers du Conseil constitutionnel (avant octobre 2010)*
CCC	*Contrats, concurrence, consommation*
CDE	*Cahiers de droit de l'entreprise*
CJEG	*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*
D.	*Recueil Dalloz*
EDCE	*Études et documents du Conseil d'État*
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JCl.	*Jurisclasseur*
JCP A	*Semaine juridique édition Administration et collectivités territoriales*
JCP E	*Semaine juridique édition Entreprise et Affaires*
JCP G	*Semaine juridique édition Générale*
LEDICO	*L'Essentiel droit de la distribution et de la concurrence*
LGDJ	Librairie générale et de droit et de jurisprudence
LPA	*Les Petites Affiches*
Nouv. Cah. Cons. constit.	*Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel (depuis octobre 2010)*
Pouvoirs	*Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RA	*La revue administrative*
RDA	*Revue de droit d'Assas*
RDC	*Revue des contrats*
RDP	*Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
Rép. cont. adm.	*Répertoire de contentieux administratif*
Rép. proc. civ.	*Répertoire de procédure civile*
Rev. conc. consom.	*Revue de la concurrence et de la consommation*
RFAP	*Revue française de l'administration publique*
RFDA	*Revue française de droit administratif*
RIDC	*Revue internationale de droit comparé*
RIDE	*Revue internationale de droit économique*
RISA	*Revue internationale de sciences administratives*
RJEP	*Revue juridique de l'économie publique*
RLC	*Revue Lamy de la concurrence*
RRJ	*Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*
RSC	*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD eur.	*Revue trimestrielle de droit européen*

	AUTRES ABREVIATIONS
Aff.	Affaire
al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article(s)
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
BOCCRF	Bulletin officiel de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
c/	Contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Cf.	*Confer*
Chron.	Chronique
Civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2ème	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3ème	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation
CMF	Code des marchés financiers
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparez
Concl.	Conclusion(s)
Cons.	Considérant(s)
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	En sens contraire
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
dir.	Sous la direction de
éd.	Édition

et *al.*	*Et alii*
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
DGCCRF	Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
Ibid.	*Ibidem*
in	Dans
infra	Ci-dessous
JO	Journal Officiel
n°	Numéro(s)
Obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
p.	Page(s)
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
préf.	Préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rappr.	Rapprocher
Rééd.	Réédition
s.	Suivant(·e·s)
spéc.	Spécialement, spécifiquement
Sté	Société
supra	Ci-dessus
t.	Tome
Sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
T. com.	Tribunal de commerce
TJ	Tribunal judiciaire
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trad.	Traduction
Trib. UE	Tribunal (Union européenne)
UE	Union européenne
v.	Voir
v°	*Sub verbo* (sous l'entrée)
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Partie I – Un droit positif désorganisé

TITRE I – LA DÉSIGNATION DÉSORDONNÉE DU JUGE DE RECOURS

Chapitre 1 : Dans les champs traditionnels du droit de la concurrence

Chapitre 2 : Dans les champs nouveaux du droit de la concurrence

TITRE II – LES CONSÉQUENCES NUISIBLES DE L'ÉCLATEMENT DU CONTENTIEUX

Chapitre 1 : Le recours contre un acte de l'Autorité de la concurrence

Chapitre 2 : Le recours contre un acte du ministère de l'Économie

Chapitre 3 : Le recours contre un acte du juge

Partie II – Un essai de réorganisation en droit prospectif

TITRE I – LA RÉFLEXION PRÉALABLE SUR LES FINALITÉS DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

Chapitre 1 : La prise en compte des contraintes

Chapitre 2 : La prise de position sur les objectifs

TITRE II – LA RÉORGANISATION CONSÉCUTIVE DES RECOURS JURIDICTIONNELS

Chapitre 1 : Le modèle d'une juridiction échevinale et paritaire

Chapitre 2 : Une nécessaire adaptabilité des voies procédurales

INTRODUCTION

1. « Le droit de la concurrence reste, trop souvent, à la recherche de ses juges ». L'observation formulée, en 2009, par le Professeur Eckert[1], n'a rien perdu de son actualité. Derrière son apparente sobriété, elle atteste du désarroi dont ont pu être saisis nombre de justiciables, praticiens et observateurs du contentieux interne de la concurrence et se fait l'écho d'une doctrine qui a eu maintes occasions de faire état de ses incompréhensions, déceptions et inquiétudes ; parfois même sur le ton de la lassitude[2] .

Cette recherche trop régulière, justement déplorée, emporte de nombreux écueils dont nous nous proposons de faire état afin d'en accroître la compréhension puis d'en envisager le traitement. Sur la base d'un diagnostic provisoire, encore sommaire, relevons d'ores et déjà que dans ce champ du droit destiné à l'encadrement de l'activité économique, de source largement européenne et empreint d'une importante dimension répressive, l'enjeu est crucial. Les difficultés et incertitudes d'ordre procédural sont un foyer de complications souvent chronophages, voire de chicanes, toutes peu compatibles avec la célérité particulière qui conditionne l'efficacité du règlement des contentieux économiques. C'est alors, *a minima*, l'application effective du droit de la concurrence qui court un risque. L'établissement d'un état des lieux plus approfondi sera l'occasion de recenser d'autres désagréments qui résultent de cet état du droit positif.

2. Constantes. Reste que, si laborieuse qu'elle puisse être, cette recherche suppose deux constantes. La première est que le droit de la concurrence a besoin du juge (§ I). La seconde est que le contentieux qui naît de son application sur le plan interne peine à trouver « ses juges » (§ II). Toutes deux méritent attention. Elles permettront de poser le contexte de l'étude

[1] G. ECKERT, « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », comm. sous TC, 4 mai 2009 *Éditions Jean-Paul Gisserot,* n° C3714, *AJDA,* 2009, p. 1490.

[2] Nous aurons de multiples occasions d'en faire état. À titre d'illustration, citons les propos tenus par trois auteurs à des époques et dans des cadres différents. Dans un commentaire publié en 2002, le Professeur Idot en appelait à l'abandon, en France, des « discussions d'un autre âge sur la répartition des compétences qui occultent le débat sur les vraies questions de fond » (L. IDOT, comm. sous TPICE, 22 novembre 2001 *AAMS*, aff. T-139/98, Europe, n° 1, janvier 2002, comm. 21). En clôture de journées que l'Association Henri Capitant a consacrées, en 2006, au thème de la concurrence, le Professeur Gaudemet s'interrogeait : « combien de temps perdu et d'énergies gâchées en vaines réclamations disciplinaires » auxquelles il juge nécessaire de mettre fin (Y. GAUDEMET, « Rapport de synthèse », *in La concurrence, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. LVI, 2010, p. 3). Plus récemment, en clôture d'un colloque, le Professeur Chagny regrettait encore la « fragmentation d'un contentieux entre les deux ordres juridictionnels » qui nuit « à l'attractivité du système français », à « l'utilisation optimale des moyens », à « l'unité de la jurisprudence » et à « la cohérence des solutions » (M. CHAGNY, « Le droit français de la concurrence trente ans après…l'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives », in C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après l'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives*, LGDJ, 2017, p. 311).

entreprise dont il restera à préciser le champ et l'objet (§ III) avant que ne soient exposés ses principaux objectifs : parvenir à une meilleure compréhension des lacunes du droit positif organisant le contrôle juridictionnel des actes et décisions des autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence en vue d'en proposer des remèdes (§ IV).

§ I – Le droit de la concurrence a besoin du juge

3. Juge en encadrement de l'activité économique. Si le droit de la concurrence recherche ses juges, c'est qu'il en a besoin. Proche d'une lapalissade, l'observation n'en est pas moins lourde de sens. Elle implique qu'il soit admis que le juge a un rôle à jouer dans l'application de ce droit qui se situe au cœur de l'encadrement de l'activité économique.

Or l'hégémonie administrative sur laquelle s'est historiquement développé, sur le plan national, l'encadrement de cette activité économique a longtemps eu pour objet et pour effet une mise à l'écart des juridictions de droit commun (A). Bien que le droit positif soit pour partie encore marqué de cette tendance, des évolutions ont rendu inéluctable la réhabilitation du juge dans le champ de la concurrence (B).

A. L'hégémonie historique de l'administration

4. Fantôme du colbertisme[1]. S'intéresser au développement du rôle de l'administration dans l'encadrement de l'activité économique conduit à porter une attention particulière à la période au cours de laquelle Colbert a officié en qualité de ministre auprès de Louis XIV. Ce regard porté sur l'histoire (1) mène aux racines du développement d'un interventionnisme fort et d'un évitement du juge dont l'influence pourrait ne pas avoir totalement disparu (2).

1. Influence du colbertisme

5. Mercantilisme. Si « l'histoire des pratiques anticoncurrentielles est aussi ancienne que celle du commerce »[2] et qu'une forme de dirigisme a été décelée dès l'Antiquité[3], il faut attendre le règne de Louis XIV pour que se développe de manière durable l'influence d'une administration centrale forte sur l'encadrement de l'activité économique nationale.

[1] L'expression est employée en quatrième de couverture de l'ouvrage de P. MINARD, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Fayard, 1998.
[2] PETIT, *Droit européen de la concurrence,* LGDJ, 3e éd., 2020, n° 78.
[3] A. PIETTRE, *Économie dirigée d'hier et d'aujourd'hui : colbertisme et dirigisme,* Librairie de Médicis, 1947, p. 9 L'auteur définit « L'Économie dirigée, au sens large » comme l'instauration « d'interventions systématiques des pouvoirs publics dans la vie économique » et explique qu'elle « est un fait à la fois très ancien et très nouveau » avant d'en mentionner des illustrations à toutes les grandes époques de l'histoire depuis l'Antiquité.

Rompant avec l'économie médiévale, l'absolutisme royal est à son apogée[1] et entend placer le développement économique au cœur de son action. C'est à Colbert que Louis XIV confie cette charge en 1661. Pour la mener à bien, le ministre mobilise l'idéologie mercantiliste[2] qui enseigne que pour accroître sa puissance, l'État doit accumuler un maximum de richesses – essentiellement en métaux précieux – ce qui implique qu'il ait une pleine maitrise des activités sources d'enrichissement : l'industrie manufacturière[3] et le commerce. Empreint de cette volonté de renforcer la puissance de l'État royal[4], Colbert va organiser les institutions nécessaires au développement d'une « politique industrielle et commerciale agressive »[5] dictée depuis l'administration centrale[6].

6. Mainmise de l'administration centrale sur l'activité économique. Pour assurer la bonne observation, sur l'ensemble du royaume, de la règlementation détaillée à l'appui de laquelle il entendait à la fois assurer une forte production industrielle et règlementer le commerce – intérieur et extérieur – Colbert dut résoudre « le problème le plus délicat de toute économie dirigée, celui de l'unité politique »[7].

Pour ce faire, il entreprit de substituer aux officiers et autres autorités locales devenus trop autonomes – parlements, états provinciaux, municipalités – des agents du roi qui comptaient, parmi leurs missions, celle de veiller au respect de la règlementation économique en vigueur. Les intendants reçurent ainsi pour fonction de représenter l'administration centrale et de mettre en œuvre, au niveau local, la politique dictée par elle[8]. En matière commerciale, ils étaient les agents d'une véritable police d'État. Chargés de veiller au respect de certains interdits – associations illégales de certains commerçants, accaparements ou hausses illicites de la production ou du prix de certaines denrées etc.[9] – il leur revenait également d'en sanctionner

[1] Celui-ci émerge dès le XVIe siècle. Un auteur explique que « le fait marquant du XVIe siècle c'est l'apparition de l'idée d'absolutisme royal » (J. ELLUL, *Histoire des institutions. Tome 4 : XVIe-XVIIIe siècle*, PUF, 9e éd., 1987, p. 28). Pour un historique de « l'émergence de l'État royal » au cours des deux siècles précédents v. F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789,* LGDJ, 9e éd., 2019, Chapitre V (p. 189 et s.).

[2] Déjà mobilisée par ses prédécesseurs, notamment François Ier et Richelieu.

[3] Les rendements de l'agriculture ne permettaient pas, à l'époque, d'espérer un quelconque export rentable.

[4] Ses objectifs sont parfaitement résumés *in* J.-B. COLBERT, *Mémoire sur le commerce,* 3 août 1664.

[5] P. MINARD, ouvrage précité, p. 16. L'auteur en présente brièvement les principaux éléments.

[6] Peu à peu représentée par sa seule personne. En 1664, avait été créé un « Conseil royal de commerce » au sein du Conseil du roi, où étaient collectivement arrêtées les grandes orientations économiques. Une fois devenu contrôleur général tout puissant, Colbert a cessé de réunir ce Conseil qui disparut en 1676. Alors, « en principe simple vérificateur des actes de comptabilité publique, le contrôleur général s'impose comme l'initiateur de la politique économique et financière du royaume » (F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, ouvrage précité, n° 368).

[7] A. PIETTRE, ouvrage précité, p. 41.

[8] Sur les différentes fonctions, en matière de justice, de police et de finances, des intendants v. P. SUEUR, *Histoire du droit public français. XVe-XVIIIe siècle. Tome I : La Constitution monarchique*, PUF, 4e éd., 2007, p. 353-361.

[9] Sur la notion de police et le détail de cette règlementation relative au commerce intérieur et extérieur v. J. ELLUL, ouvrage précité, p. 97-98.

les manquements[1]. Il en allait de même en matière industrielle où les inspecteurs de manufactures étaient chargés de veiller au respect des privilèges et monopoles accordés par le roi ainsi qu'aux nombreux règlements encadrant les procédés de fabrication, le volume et la qualité des productions[2]. La monarchie absolue était parvenue à assurer une « mainmise de l'État sur la Nation »[3] et ambitionnait ainsi de l'étendre à l'activité économique du royaume[4]. Pour ce faire, elle devait encore écarter des agents susceptibles de nuire au bon accomplissement de ce projet : les parlements.

7. Ferme exclusion du juge. Depuis le début de son règne, Louis XIV n'avait pas été confronté aux États généraux[5]et était parvenu à réduire drastiquement l'influence des autorités locales et de la justice seigneuriale[6]. Restait les Parlements. Établis comme « cours souveraines », ils étaient d'abord des juridictions de recours chargées, sur délégation du roi, de veiller à la bonne application du droit par l'ensemble des juridictions inférieures[7]. Également titulaires de fonctions règlementaires et de police, la vénalité des offices dont étaient détenteurs leurs membres a conduit à une autonomie et à la revendication de pouvoirs de plus en plus importants : exercice d'une influence sur la législation, contrôle de l'exécutif pour veiller au respect des lois fondamentales du royaume, représentation des intérêts généraux de la Nation...[8] Autant d'éléments de nature à enrayer la pleine centralisation nécessaire à l'accomplissement des projets de Colbert : les Parlements entendaient même contrôler l'activité des intendants.

C'est alors, en s'appuyant sur un texte adopté par son prédécesseur, que Louis XIV allait assurer la poursuite du projet de son ministre. Il s'agit de l'Édit de Saint-Germain-en-Laye qui, depuis février 1641, faisait « très expresses inhibitions et défenses » aux cours et parlements de prendre « connaissance d'aucune affaire concernant l'État, administration et gouvernement d'icelui ». Déjà privés de nombre de leurs compétences au profit des intendants, les parlements se virent

[1] V. à leur sujet, plus généralement, J. CHEVALLIER, *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,* LGDJ, rééd. 2015, spéc. p. 56-63.
[2] Sur les missions de ce corps administratif, v. l'étude complète de P. MINARD, ouvrage précité, Première partie.
[3] J. ELLUL, ouvrage précité, p. 82.
[4] Cette présentation nécessairement sommaire du colbertisme et de ses objectifs pourra utilement être complétée par une riche littérature. V. notamment les ouvrages précités de Messieurs Ellul, Minard et Piettre ou encore A. RICHARDT, *Colbert et le colbertisme,* Tallander, 1997.
[5] Ceux-ci n'avaient pas été réunis depuis 1614 et n'allaient plus l'être avant 1789.
[6] V. P. SUEUR, ouvrage précité, p. 326 et s. et même ouvrage, *Tome II : Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime,* p. 172-176 sur la surveillance puis le déclin de la justice seigneuriale
[7] Pour une présentation plus complète de cette fonction v. P. SUEUR, ouvrage précité, t. II, p. 200 et s.
[8] Sur les parlements, à la fois juridictions, autorités administratives et assemblées politiques, v. la présentation et les références proposées par D. COHEN, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, Economica, 1987, p. 17-30 ou encore J. ELLUL, ouvrage précité, p. 83-86.

empêchés d'exercer leur fonction juridictionnelle à leur égard[1]. Dorénavant, « l'intendant lui-même sera seul habilité à connaître du contentieux né de sa propre activité ou de toutes celles soumises à son autorité »[2]. Ses décisions étaient susceptibles de recours devant le Conseil d'État du Roi qui agira comme « une hiérarchie administrative « couvrant » ses membres et nullement comme un second degré de juridiction »[3]. Au nom de l'efficacité, les juridictions ordinaires furent ainsi écartées de l'encadrement de l'activité économique. L'administration centrale faisait les textes, veillait à leur application et traitait le contentieux qui en naissait. Un auteur relève qu'il « n'y a, extérieurement, qu'un simple transfert de compétences des officiers aux commissaires du « roi ». C'est en réalité […] le passage d'un gouvernement et d'une administration judiciaire à un gouvernement et une administration exécutifs qui s'ensuit, une modification de la structure de l'État et le passage d'une société judiciaire à une société administrative centralisée. C'est le germe de la bureaucratie »[4], qui allait durablement influencer la législation nationale.

2. Maintien d'une tendance à l'interventionnisme

8. Protectionnisme, dirigisme, planification… Les excès du colbertisme dans la seconde moitié du XVIIe siècle ont conduit à un bref mais vif mouvement libéral. Cette période est marquée par un individualisme exacerbé et la liberté qui était devenue la règle s'est rapidement transformée en outil de servitude. Dès 1715, après une période de crise et le retour d'une industrie plus fructueuse, le dirigisme d'inspiration colbertiste s'est encore imposé[5]. L'histoire postérieure de l'économie française ne saurait être résumée en quelques mots et son évolution réduite à une trajectoire unique. Reste qu'une tendance générale s'en dégage. Elle est celle d'un interventionnisme régulier, confié à une administration économique centrale chargée de la mise en œuvre d'une règlementation détaillée à forte dimension répressive.

À la fin du XVIIIe siècle, le temps n'est plus au dirigisme absolu mais dès les lendemains de la Révolution, bien qu'abolissant les privilèges et corporations et consacrant la liberté du commerce et de l'industrie, « le législateur manifeste sa prudence »[6] en se référant aux

[1] Si le texte initial date du règne de Louis XIII, après la Fronde, Louis XIV va le « mettre » à profit en adoptant une série de textes et décisions destinés à sceller le sort des parlements au profit de la liberté d'action des intendants. V. les développements proposés à ce sujet par D. COHEN, thèse précitée, p. 51.
[2] D. COHEN, thèse précitée, p. 44.
[3] *Ibid.*, note 3, p. 44. V. aussi J. CHEVALLIER, thèse précitée, p. 58-63.
[4] *Ibid.,* p. 51.
[5] A. PIETTRE, ouvrage précité, p. 11 et p. 107-109.
[6] M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 23.

« règlements de police qui pourront être faits »[1]. Liberté du commerce, voire de la concurrence[2], certes, mais liberté encadrée et surveillée par l'exécutif. Le Premier Empire puis la Restauration sont aussi des périodes de retour d'un fort dirigisme[3]. La suite du XIXe siècle marquée, sur le plan économique, par la révolution industrielle et l'expansion coloniale, oscille entre libre-échange et protectionnisme, entre libéralisme et interventionnisme[4].

Moins lointaine, la première moitié du XXe siècle offre aussi de nombreux exemples de ce que, malgré cette liberté proclamée, l'exécutif et son administration ne se sont jamais désengagés de la politique économique et de l'encadrement de l'activité commerciale[5]. Que l'on songe aux politiques protectionnistes post premier conflit mondial, aux diverses tentatives de planification et politiques de relance, à l'instauration d'un contrôle des prix… « Seules des différences d'intensité dans l'interventionnisme ont pu se manifester d'une époque à l'autre »[6] mais les legs du contrôleur général sont importants. Des auteurs ajoutent que le rôle des pouvoirs publics « se développe d'ailleurs à partir de textes législatifs ou règlementaires très vagues et souvent en dehors de tout contrôle juridictionnel »[7]. La « tradition colbertise » est solidement installée. L'histoire plus récente n'est, à certains égards, pas en reste.

9. Administration centrale et libéralisation de la concurrence. Quelques années après le second conflit mondial et l'assouplissement d'une énième période de fort dirigisme[8], le paradigme de la politique économique évolue, notamment sous influence de la Communauté

[1] C'est ici l'art. 7 de la Loi des 2 et 17 mars 1791 qui est visée (« décret d'Allarde »).
[2] Notamment par l'effet de la Loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 qui interdit toute forme d'association destinée à la défense collective d'intérêts professionnels et, quelques années plus part, de l'article 419 du Code pénal qui réprime les manœuvres et coalitions spéculatives sur « tout ce qui a un prix habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit » (Cass., 9 août 1839, cité par B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence,* LGDJ, 2e éd., 2018, n° 13.
[3] R. GONNARD, « Le dirigisme sous le Premier Empire », *Journal de la Marine Marchande,* 15 mars 1945, p. 245 ; D. TODD, *L'identité économique de la France. Libre-échange et protectionnisme. 1814-1851,* Grasset, 2008, p. 19.
[4] V. l'ouvrage précité de David Todd. V. aussi : G. THUILLIER, J. TULARD, « L'État et le contrôle de l'économie au XIXe siècle », *RISA,* 1982, p. 337 ; J-P. CLÉMENT, *Aux sources du libéralisme français : Boissy D'Anglais, Daunou, Lanjuinas*, LGDJ, 2000, Chapitre V, p. 243 et s. Pour une approche « d'histoire globale » qui s'intéresse aux différents aspects, dont ceux relatifs à l'économie, v. J. GARRIGUES, P. LACOMBRADE, *La France aux XIXe siècle. 1814-1914,* Armand Colin, 4e éd., 2019 (notamment p. 105 et s. sur la politique économique du Second Empire, p. 145-146 sur l'influence de monde de l'industrie et des affaires dans l'Assemblée de la IIIe République et p. 161-164 sur la crise économique et sociale de la fin de siècle et le retour d'une politique protectionniste).
[5] Alors qu'au début du siècle, d'autres États voisins, comme l'Allemagne, s'engagent dans la voie d'un important libéralisme qui prohibe toute intervention des pouvoirs publics et laisse au contraire, au nom de la liberté contractuelle, se composer d'importants cartels. V. F. BILGER, *La Pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine,* LGDJ, 1964 et pour des développements plus concis : N. PETIT, ouvrage précité, n° 93.
[6] M. GLAIS, P. LAURENT, ouvrage précité, p. 21.
[7] *Ibid.*
[8] Parfaitement illustrée par l'adoption de l'ordonnance du 30 juin 1945 *relative aux prix.* Sur l'hégémonie de l'administration et la mise à l'écart d'un juge réputé inapte à cette période v. P. DIDIER, P. DIDIER, *Droit commercial, t. 1 : Introduction générale. L'entreprise commerciale,* Economica, 2005, spéc. n° 546 et 551. V. aussi les développements consacrés à cette période *infra,* Partie I – Titre I – Chap. 1 – Sect. 1 – § I.

européenne qui se construit et se renforce[1]. L'heure est à davantage de libéralisme et au passage progressif vers une économie de marché fonctionnant sur un principe de libre concurrence[2]. Le Conseil d'État réaffirme la vigueur de la liberté du commerce et de l'industrie[3] et les premières règlementations destinées à instaurer la libre concurrence sur les marchés se développent[4].

Nonobstant les pouvoirs octroyés au juge pénal et la création d'autorités consultatives, l'administration est toujours aux commandes : elle prépare les textes, engage les poursuites contre les auteurs d'infractions et, dans de nombreux cas, fixe les sanctions pécuniaires sous forme de « transactions »[5] – en 1977 un pouvoir propre de sanction est même confié au ministre de l'Économie. L'administration demeurait ainsi « juge et partie »[6] mais la rupture s'annonçait.

10. Rôle de l'exécutif après l'ordonnance de 1986. Le 1er décembre 1986, est adoptée une ordonnance « relative à la liberté des prix et de la concurrence » qui consacre la libéralisation de l'économie française[7]. D'inspiration ordo-libérale, le texte témoigne du rôle nouveau assigné à l'État en matière économique[8] qui consiste à offrir « le cadre indispensable à l'épanouissement de l'ordre concurrentiel » et à assurer « la protection de la libre concurrence » en combattant la « tendance à l'autodestruction » à laquelle conduit la concurrence « livrée à elle-même »[9]. Pour affermir la sortie de l'économie administrée, c'est à une autorité administrative indépendante du pouvoir exécutif qu'est confié le pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles : le Conseil de la concurrence. L'avancée est considérable.

Une tendance semble néanmoins toujours à l'œuvre. Dès 1986 l'exécutif se réserve, par le biais du ministère de l'Économie, d'importants pouvoirs d'enquête, de contrôle et de décision dans les champs réformés[10]. Surtout, excepté le cas spécifique du contrôle des concentrations, les

---

[1] La CECA de 1951 devient Communauté économique européenne après l'adoption du Traité de Rome en 1957.
[2] D. BRAULT, *L'Etat et l'esprit de la concurrence en France*, Economica, 1987, spéc. p. 33.
[3] CE, sect., 28 octobre 1960 *Sieur de Laboulaye*, n° 48293.
[4] Pour une présentation exhaustive de cette législation naissante et de ses évolutions v. D. BRAULT, ouvrage précité, Chapitre II : « Trente ans d'acclimatation » et le premier chapitre de notre thèse, *infra.*
[5] La voie de la transaction, qui permettait d'échapper « à l'infamante procédure pénale », avait souvent les faveurs des chefs d'entreprises ; ce qui avait pour effet d'accroître encore le champ d'intervention de l'administration, et de réduire d'autant celui du juge (v. J.-M. MOUSSERON et V. SELINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence,* Litec, 2e éd., 1988, n° 155). V. aussi à ce sujet P. DIDIER, « Les autorités de régulation nationale de la concurrence. Rapport français », *in La concurrence,* Travaux de l'association Henri Capitant, t. LVI, 2010, p. 629 et s., spéc. p. 636.
[6] É. BALLADUR, « Propos introductif », *in* G. CANIVET, L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Évolutions et perspectives,* LexisNexis, 2007, p. 5.
[7] Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986. Sur les circonstances de l'adoption et les apports essentiels de ce texte v. *infra*, Partie I – Tire I – Chap. 1.
[8] V. l'évolution décrite par P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie,* Dalloz, 2e éd., 2021, n° 28.
[9] J. CHEVALLIER, « État et ordre concurrentiel », *in L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, 2003, p. 59.
[10] L'article 42 de l'ordonnance lui confit notamment, ainsi qu'à tout autre ministre dont le secteur économique serait intéressé par l'opération, le pouvoir de décision en matière de contrôle des concentrations économiques.

réformes postérieures ont souvent été dans le sens d'un renforcement de cette « survivance de l'interventionnisme économique »[1] ; notamment en matière de transparence commerciale et de pratiques restrictives de concurrence[2] mais également dans le champ des pratiques anticoncurrentielles. Les réformes les plus récentes ne font que renforcer ce constat[3]. Malgré l'adoption du modèle de l'économie de marché, la volonté de réserver à l'administration centrale un rôle important dans le contrôle de l'activité économique n'a pas disparu[4]. La tendance à l'évitement du juge n'a, elle, pu être totalement maintenue. Sa réhabilitation était inéluctable, le mouvement de libéralisation et l'émergence d'un « droit moderne de la concurrence » l'imposaient.

B. Une lente mais inéluctable réhabilitation du juge

11. Processualisation, judiciarisation. La réhabilitation du judiciaire dans le champ de la concurrence peut être abordée sous deux angles : celui de la judiciarisation[5] et celui de la processualisation[6]. Dans la première hypothèse le juge devient acteur. Dans la seconde, c'est le modèle du procès qui exerce une influence. La processualisation a essentiellement concerné les autorités administratives – traditionnelles ou indépendantes – chargées de l'application, en

[1] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, M. CAYOT, *Droit de la concurrence,* LexisNexis, 3e éd., 2019, n° 46 p. 59.
[2] Régi, en droit positif, par les dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce.
[3] En décembre 2020, un fort pouvoir d'astreinte a été confié à la DGCCRF à l'encontre de pratiques prohibées par les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce qui, auparavant, ne pouvaient donner lieu qu'à des sanctions civiles prononcées par le juge. Nous y reviendrons (v. Partie I – Titre I – Chap. 2 – Sect. 2 – § II).
[4] Les appels de responsables politiques français de tous bords au développement d'un « gouvernement économique européen » doté de forts pouvoirs en témoignent également. V. O. FRÉGET, *La concurrence, une idée toujours neuve en Europe et en France*, Odile Jacob, 2015, Chapitre 10 (spéc. p. 272, « La dominance fantasmée du modèle politique français ») et N. PETIT, ouvrage précité, n° 66. V. encore, qui relate des propos gouvernementaux hostiles aux autorités indépendantes de concurrence : D. BOSCO, « De la théodulisation du droit de la concurrence », *CCC*, n° 5, mai 2014, repère 5. D'autres illustrations pourraient être données : que l'on songe aux politiques menées en réaction à la pandémie de Covid-19 (P. DELVOLVÉ, ouvrage précité, n° 31, évoque « le retour de l'interventionnisme ») ou à la restauration, le 1er septembre 2020, d'un Haut-Commissariat au Plan. V. pour des réflexions générales sur le sujet : J.-C. VIDELIN (dir.), *La règlementation de l'économie : persistance ou renouveau ?,* LexisNexis, 2016 ; F. Blanc, « Libéralisation ou planification ? », *RFDA*, 2017, p. 76. Et à l'échelle européenne L. WARLOUZET, *Europe contre Europe. Entre liberté, solidarité et puissance,* CNRS Éditions, 2022, spéc. chapitre 12, p. 399 et s. qui évoque une « résurgence néomercantiliste et identitaire ».
[5] Qui consiste à recourir au juge pour la solution de litiges ou le contrôle de situations qui ne relevaient auparavant pas de sa compétence. V. S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2022-2023,* Dalloz, 30e éd., 2022, *v°* « judiciarisation » et A. JEAMMAUD, *v°* « Judiciarisation/déjudiciarisation », *in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004, p. 675.
[6] Laquelle peut être définie comme le mouvement consistant à soumettre l'activité d'une autorité aux principales formes qui régissent toute procédure juridictionnelle. M. Jeammaud (article précité, p. 676) propose aussi la notion de « juridictionnalisation » prise dans un sens large.

« premier ressort »[1], du droit de la concurrence. Des études lui ont été consacrées[2] et nous proposons de focaliser la nôtre sur le recours, autrement dit sur le « deuxième ressort ». Dès lors, seul le phénomène de judiciarisation nous retiendra à ce stade.

Celui-ci a pris deux formes. D'une part, le juge s'est progressivement vu confier la mise en œuvre, en premier ressort, de certains pans du droit de la concurrence (1). Surtout, il a été réhabilité en qualité d'organe de contrôle de l'ensemble des autorités chargées de la mise en œuvre de ce droit. Ce second point constituera le cœur de la recherche proposée (2).

1. Le juge, acteur de la mise en œuvre du droit de la concurrence (« 1er ressort »)

12. L'échec du recours au juge pénal : contourné puis largement écarté. Il a été rappelé que, très tôt, le droit destiné à régir les relations économiques avait été empreint d'une large dimension répressive. En 1810, au côté d'une administration toujours puissante, le juge pénal est alors mobilisé pour faire application de l'article 419 du Code pénal qui prohibe certaines coalitions et manœuvres spéculatives. Mais la délicate appréciation de ce qui devait être considéré, du point de vue économique, comme une « bonne » ou une « mauvaise » coalition en conformité au principe d'interprétation stricte de la loi pénale a conduit à une sous application du texte. Sa modification par une loi du 3 décembre 1926 n'a pas permis d'y remédier[3].

À compter des années 1950, l'exécutif tente d'améliorer le dispositif en organisant un véritable contrôle des ententes. Le principe d'interdiction est maintenu mais assorti de faits justificatifs. Peu à peu, notamment au motif que les magistrats étaient mal préparés[4], c'est un système de

[1] L'expression n'est pas parfaitement appropriée. Elle est en principe mobilisée dans le seul cadre du droit judiciaire pour désigner les décisions susceptibles de recours ordinaire. Faute de mieux, nous l'utiliserons néanmoins – ainsi que celle de « premier degré » – pour désigner les autorités, actes et décisions qui interviennent au « premier stade » de mise en œuvre du droit de la concurrence, quelle qu'en soit la nature (administrative ou juridictionnelle). Cela nous permettra de les distinguer de l'intervention des juridictions de recours.

[2] V. par ex. P. DIDIER, « Les autorités de régulation nationale de la concurrence. Rapport français », précité, p. 638-640 ; C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire. Contentieux de la concurrence et de la bourse,* Dalloz, 2002 ; P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920 ; « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP,* n° 713, novembre 2013, étude 15 ; F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113. Ce mouvement concerne, plus largement, tout le champ de la répression, notamment administrative : G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif,* LGDJ, 1997 ; E. BREEN, *Gouverner et punir. Le rôle de l'Exécutif dans les procédures répressives,* PUF, 2003 ; A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un modèle unitaire,* LGDJ, 2003 et M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives,* LGDJ, 2014, spéc. Partie 2.

[3] V. les développements et références proposés par M. GLAIS et P. LAURENT, ouvrage précité, p. 17-21, qui concluent : « en définitive, cette phase initiale du droit de la concurrence s'achève par un échec total ». V. aussi B. BOULOC, « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *LPA*, 2005, n° 14, p. 11.

[4] D. BRAULT, ouvrage précité, p. 35.

contrôle et de sanctions administratifs qui a été rétabli[1]. Il fut d'abord confié au ministre de l'Économie qui agissait sur avis de la Commission technique des ententes (1953) puis sur proposition de la Commission de la concurrence (1977). Le ministre avait gardé la possibilité de transmettre les dossiers au parquet mais n'en usait guère plus. C'est ensuite au Conseil de la concurrence que la mise en œuvre du dispositif, substitué à toute forme de sanction pénale[2], a été confiée. Par l'ordonnance de 1986, la dépénalisation du droit des pratiques anticoncurrentielles était actée : elle concernait le droit des ententes et celui, plus récent, des abus de position dominante[3]. La matière retrouvait le giron administratif – mais indépendant de l'exécutif – tout en conservant une importante dimension répressive.

Une place demeurait réservée au droit pénal et à son juge en matière de transparence commerciale et de pratiques restrictives. Néanmoins, ces dispositions, aujourd'hui codifiées, ont, elles aussi, peu à peu été emportées par le vent de dépénalisation : la mise en œuvre des unes a été confiée au juge civil, celle des autres à des autorités administratives[4]. Si le rôle des juridictions pénales en matière de concurrence paraît aujourd'hui réduit et accessoire, le sort réservé aux juridictions non répressives a été tout autre.

13. Les juridictions non répressives : peu considérées puis pleinement réhabilitées. Dans les premiers dispositifs consacrés à la préservation de la liberté du commerce, aucune place n'était expressément faite aux juridictions non répressives. C'est donc sur fondement du seul droit commun que les juridictions civiles ont, dès le XIXe siècle, statué sur les demandes indemnitaires ou en cessation fondées sur la méconnaissance « d'usages commerciaux » que des opérateurs économiques imputaient à leurs concurrents[5]; puis, à compter de la deuxième moitié sur XXe siècle, sur les contentieux indemnitaires et contractuels engagés à la suite de

[1] Processus parfaitement décrit par un observateur étranger au sein d'une étude comparative menée à l'échelle de l'Europe. V. D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus,* Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 180-194, pour un historique concis mais complet.
[2] Une infraction a été maintenue à l'encontre des personnes physiques (art. L. 420-6 C. com.), nous y reviendrons.
[3] Pour une chronologie plus détaillée v. *infra*, le premier chapitre de cette thèse.
[4] Sur la dépénalisation du droit de la transparence commerciale v. *infra,* Partie I – Titre I – Chap. 2 – Sect. 1 – § II – A ; sur la dépénalisation (encore incomplète) du droit des pratiques restrictives v. *infra,* Partie I – Titre I – Chap. 2 – Sect. 2 – § II – A.
[5] Développant, peu à peu, ce qui a par la suite été qualifié de « théorie de la concurrence déloyale ». V. l'article fondateur de P. ROUBIER, « Théorie générale de la concurrence déloyale », *RTD civ.,*1958, p. 543 ; pour une présentation dans un propos plus large v. Y. PICOD, « La concurrence déloyale. Rapport français », *in La concurrence*, ouvrage précité, p. 151, qui parle de « berceau du droit de la concurrence dans la tradition française » antérieure à l'émergence d'un « droit moderne de la concurrence » dans la seconde moitié du XXe siècle.

comportements anticoncurrentiels que des entreprises se reprochaient les unes aux autres[1]. Leur rôle restait néanmoins très secondaire, le juge faisant toujours figure « d'archaïsme »[2].

Deux mouvements ont toutefois conduit le législateur à replacer les juridictions – civiles et commerciales d'abord, puis administratives plus récemment – au cœur des dispositifs de mise en œuvre de certains pans du droit de la concurrence. D'abord, la dépénalisation du droit des pratiques restrictives de concurrence a conduit à ce que sa mise en œuvre soit, dès 1986, presque intégralement confiée aux premières[3]. Ensuite, un constat général de l'insuffisance du droit commun pour traiter le contentieux indemnitaire consécutif à la commission d'une pratique anticoncurrentielle a conduit à l'adoption d'une directive[4] transposée, en France, par ordonnance du 9 mars 2017[5]. Par ce dispositif[6], le législateur européen a entendu renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles en confiant aux juridictions des États membres des outils spécifiques pour traiter les actions indemnitaires consécutives à la commission de telles pratiques. Dorénavant, les juridictions civiles, commerciales mais aussi administratives sont appelées à pleinement participer à cette lutte.

Au terme de ces deux mouvements, le juge non répressif a ainsi été réhabilité comme autorité chargée de faire application, en premier ressort, de certains pans du droit de la concurrence[7]. En outre, et ce second point nous retiendra davantage, le juge a dû être consacré comme organe de contrôle de l'ensemble des autorités chargées de la mise en œuvre de ce droit. De nouveau, un regard sur l'historique de ce lent processus offrira des éléments utiles à la compréhension des difficultés qui affectent notre droit positif.

---

[1] L'ordonnance du 1er décembre 1986 se contentait, elle, de prévoir la nullité des clauses et convention qui constituaient le support et/ou le moyen de pratiques prohibées.

[2] P. DIDIER, rapport précité, p. 636.

[3] À l'exception de la revente à perte (actuel art. L. 442-5 C. com.) et de l'imposition d'un prix de revente minimum (actuel art. L. 442-6) qui font toujours l'objet d'un régime pénal, « la dépénalisation de la plupart des anciennes restrictions individuelles de concurrence [est apparue comme] l'apport le plus apparent de la réforme de 1986 » (J.-M. MOUSSERON et V. SELINSKY, ouvrage précité, n° 139).

[4] Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014.

[5] Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017.

[6] Sur lequel nous reviendrons plus amplement, v. *infra* Partie I – Titre I – Chap. 2 – Sect. 2 – § I – A.

[7] Ce qui nous conduit à soutenir, avec d'autres, que ces juridictions doivent, aux côtés des autorités administratives spécialisées (sur le plan interne, Autorité de la concurrence et ministère de l'Économie) être pleinement intégrées aux autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Comp. J. RIFFAULT-SILK, « Le rôle accru des juridictions judiciaires dans la régulation de la concurrence », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-C. FOURGOUX (dir.), ouvrage précité, p. 235 et L. GRARD, « La systématique des contentieux concurrence en Europe. Propos introductifs et…intuitifs », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe*, Bruylant, 2021, p. 1 et s., spéc. p. 3.

2. Le juge, organe de contrôle des autorités de concurrence (« 2nd ressort »)

14. Lente affirmation de la justice déléguée. Lorsque, sous l'Ancien Régime, il est fait interdiction aux juges de connaître des affaires de l'administration, les principes de séparation des pouvoirs et de séparation de l'administration active et de la justice administrative n'existent pas. La possibilité même d'une distinction est ignorée : le roi est titulaire de tous pouvoirs. À la tête de l'administration, il fait aussi les lois et est « fontaine de toute justice ». Alors que des juges ou les agents de son administration rendent la justice et tranchent, en premier ressort, les contentieux qui naissent de leur activité importe peu. Tous les font sur délégation reçue du roi qui peut toujours s'en ressaisir. L'administration est royale, la justice retenue.

La Révolution, nourrie des travaux des Lumières, a conduit à de profondes évolutions – la séparation des pouvoirs est proclamée[1] et celle des autorités administrative et judiciaire affirmée[2]. Mais aucun n'a suffi à convaincre les Constituants de la nécessité de confier à un organe indépendant le contrôle de l'activité de l'administration et la résolution des contentieux dont elle est source[3]. Malgré l'émergence d'institutions titulaires d'une fonction contentieuse (ou, au risque de l'anachronisme, « juridictionnelle ») à l'égard de l'administration et jouissant d'une indépendance de plus en plus grande – Conseil d'État et Conseils de préfecture – les trois premiers quarts du XIXe siècle fonctionnent toujours, d'une part, sur le principe suivant lequel « juger l'administration c'est toujours administrer » et, d'autre part, sur celui en vertu duquel cette justice est rendue par délégation du chef de l'État, quelle qu'en soit la figure (roi, président ou empereur). Si la pratique a conduit les chefs d'État successifs, depuis la fin du Premier Empire, à suivre les avis du Conseil d'État, leur homologation demeurait nécessaire à ce que la

[1] Article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen d'août 1789.
[2] C'est l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 *Sur l'organisation judiciaire*. Sur les circonstances, les objectifs et les effets de l'adoption de ce texte v. D. COHEN, thèse précitée, p. 84-101 et la thèse de M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française,* LGDJ, 1973, rééd. 2014, spéc. p. 48-54 (ces deux auteurs proposent des analyses quelque peu divergentes, notamment quant aux objectifs poursuivis par ce texte).
[3] Reprenant une formule proche de celle de l'Édit de 1641 précité, le décret du 16 fructidor an III renouvelle même les « défenses itératives » faites « aux tribunaux de connaître des actes d'administration (…) ». L'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 interdisait déjà aux juges « à peine de forfaiture », de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ». Les objectifs assignés à ces textes font l'objet de débats. Alors que M. Troper considère qu'ils n'avaient aucunement pour objet de faire échapper l'administration à toute forme de contrôle judiciaire (M. TROPER, thèse précitée, spéc. p. 51-53, comp., qui soutient une position similaire, F. BURDEAU, « À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel », *in* A. VAN LANG (dir.), *Le dualisme juridictionnel, Limites et mérites,* Dalloz, 2007, p. 17), M. Cohen juge au contraire que « même – et peut-être surtout – si elle n'exprime qu'une volonté de restreindre les *pouvoirs* plutôt que la *compétence* des tribunaux, la réitération du principe de séparation des autorités de 1790 est entachée du même péché originel qu'en 1641. Étrangère au souci d'une bonne administration de la justice, elle reste exclusivement dictée par la volonté du pouvoir en place de garder à son Administration les coudées franches, fût-ce par rapport à la légalité » (D. COHEN, thèse précitée, p. 89).

justice soit rendue[1]. En outre, les ministres sont considérés, jusqu'aux années 1860, comme des juridictions de premier ressort de droit commun, ce qui prive le Conseil d'une large part de sa fonction juridictionnelle[2]. « Le juge de droit commun reste l'administration active »[3].

Il faut attendre la loi du 24 mai 1872[4] pour qu'à l'instar de ce qui avait été fait près d'un siècle plus tôt pour les justices civile et pénale[5], la justice déléguée soit consacrée en matière administrative. Son article 9 dispose que « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». La mutation était telle qu'elle ne fût parachevée que le 13 décembre 1889, date à laquelle le Conseil d'État rendit un arrêt mettant fin à la théorie du ministre-juge[6]. Dorénavant toute l'action administrative devait, elle aussi, être sous contrôle d'une juridiction indépendante de l'administration active mais néanmoins distincte de celles chargées des affaires civiles et criminelles. Nous y reviendrons.

Dans le champ étudié, l'administration économique ne pouvait donc plus légiférer, décider puis sanctionner en échappant à tout contrôle indépendant. Malgré les outils de contournement mobilisés par certaines autorités, la réhabilitation du juge, cette fois en qualité d'organe chargé de l'exercice de ce contrôle, était inéluctable. Des influences extérieures ont œuvré en ce sens.

15. Influences et exigences européennes. Sur le plan européen, dans la seconde moitié du XXe siècle, l'expérience « a révélé la nécessité de faire une place importante au juge »[7]. D'une part, il est apparu que sa mise à l'écart avait souvent conduit à une sous-application des dispositifs de protection de la concurrence sur les marchés[8]. Surtout, la doctrine ordo-libérale développée par l'École de Fribourg[9] – qui a largement influencé les réformes communautaires puis la refonte du droit français de la concurrence intervenue dans les années 1980[10] – avait insisté sur le besoin de réhabiliter le juge en tant qu'organe de contrôle. La valeur fondamentale

[1] Sur ces évolutions v. J.-P. ROYER, N. DERASSE, J.-P. ALLINNE, B. DURAND, J.-P. JEAN, *Histoire de la justice française du XVIIIe siècle à nos jours,* PUF, 5e éd., 2016, n° 252-256.
[2] Sur le champ de compétence de ces « ministres-juges » et les principes qui gouvernent l'exercice de leur office v. J. CHEVALLIER, thèse précitée, 139-145.
[3] *Ibid.,* p. 158. Comp. T. LE YONCOURT, « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la révolution », *in* G. BIGOT, M. BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 31.
[4] Loi du 24 mai 1872 *Portant réorganisation du Conseil d'État* (JOFR du 31 mai 1872).
[5] On peut situer l'abandon de la justice retenue et la consécration de la justice déléguée en matière judiciaire au 1er décembre 1790, date à laquelle les art. 1er et 30 de la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790 prévoient que le Tribunal de cassation devient seul titulaire du pouvoir de contrôler les juridictions inférieures.
[6] CE, 13 décembre 1889 *Cadot,* sur lequel v. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Dalloz, 23e éd., 2021, p. 39.
[7] A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* LGDJ, 2008, n° 25.
[8] V. à ce sujet D. GERBER, ouvrage précité, p. 227-231.
[9] Sur laquelle v. F. BILGER, *La Pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine,* LGDJ, 1964.
[10] D. GERBER, ouvrage précité, p. 232 et s., spéc. p. 261-265 et P. DIDIER, P. DIDIER, ouvrage précité, n° 560 et s.

que cette doctrine accordait au droit de la concurrence impliquait que sa mise en œuvre soit confiée à des autorités spécialisées, indépendantes de l'exécutif et placées sous le contrôle de juridictions de droit commun. Ces dernières devaient veiller à ce que la législation fasse l'objet d'une interprétation uniforme, conforme à « la constitution économique » (*Wirstchaftsverfassung*), par l'ensemble des autorités nationales. En matière de concurrence aussi le juge devait devenir rempart contre l'arbitraire et garant du respect des droits individuels[1].

Du reste, les années 1980 sont aussi marquées par l'influence grandissante des droits fondamentaux parmi lesquels, le droit au juge[2]. En 1981, les justiciables français se voient notamment octroyer la faculté de saisir la Commission européenne des droits de l'homme pour invoquer des violations aux dispositions de la Convention EDH résultant de la législation nationale ou de la jurisprudence des juridictions chargées d'en faire application[3]. Or la conformité du régime de répression administrative alors en vigueur à certaines des dispositions et garanties offertes par la Convention, notamment sur le terrain procédural, pouvait nourrir quelques sérieux doutes. Que l'on songe, en premier lieu, au droit au double degré de juridiction rendu impératif en matière pénale[4]. C'est dans ce contexte, sous l'influence de ces exigences et enseignements, que la réforme du droit français de la concurrence fût engagée.

§ II – Le contentieux national de la concurrence peine à trouver ses juges

16. Une rencontre tumultueuse. Une fois établi que le juge devait être érigé en organe de contrôle des autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence, il revenait au législateur d'aménager ce rapport, d'organiser cette rencontre nécessaire entre les juridictions

[1] L'ambition est directement réaffirmée par M. Balladur au sujet de la réforme de 1986 : elle devait permettre de lutter « contre le risque d'arbitraire administratif » et renforcer le contrôle juridictionnel, ces deux éléments institutionnels devant servir le double objectif poursuivi de renforcer l'efficacité du dispositif destiné au maintien de la concurrence tout en attribuant de meilleures garanties aux entreprises (É. BALLADUR, article précité, p. 7).

[2] Ces années sont au cœur du mouvement de constitutionnalisation du droit développé, en France, à compter des années 1970 (v. L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », *in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 26) et des prémices du mouvement plus global de fondamentalisation des droits (v. à son sujet, en dernier lieu, L. BENEZECH, *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme : contribution à l'étude de la fondamentalisation des droits*, thèse Clermont, 2019).

[3] Plus précisément depuis une déclaration du Gouvernement du 2 octobre 1981 (JORF 14 octobre 1981, p. 2483). Sur cette évolution v. G. COHEN-JONATHAN, « La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme », *AFDI,* 1981, n° 27, p. 269.
Sur l'impact de la jurisprudence de la Cour EDH en matière de concurrence, v. l'analyse récente de L. MILANO, « L'émergence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de concurrence », *in* G. GODIVEAU (dir.), ouvrage précité, p. 221.

[4] Ce droit est posé par l'art. 2 du Protocole n° 7 à la Convention EDH conclu le 22 novembre 1984 et ratifié, en France, par la loi n° 85-1475 du 31 décembre 1985.

nationales et le contentieux de la concurrence. Or la structure duale sur laquelle sont organisées les premières se conjugue mal avec l'hybridité caractéristique du second (A). Pour remédier à cette difficulté, le législateur a tenté d'organiser l'unification de ce contentieux au sein de l'ordre judiciaire. Toutefois, pour des raisons qu'il nous faudra rechercher, cet espoir d'unité a rapidement laissé place à un délitement progressif. Ce mouvement a abouti, en droit positif, à un état d'éclatement dont l'examen constituera le cœur de notre étude (B).

A. Dualisme juridictionnel et hybridité du contentieux de la concurrence

17. Hybridité versus dualisme. Quelques rappels relatifs à l'émergence, au maintien et aux principes de fonctionnement du dualisme juridictionnel (1) permettront de mesurer la difficulté qu'il y a à tenter d'insérer le droit de la concurrence et le contentieux qui naît de son application dans cette organisation binaire (2). Ces éléments permettront de comprendre et de mesurer la difficulté à laquelle a été confronté le législateur.

1. La dualité comme structure de l'organisation des juridictions nationales

18. Émergence d'un ordre autonome de juridictions administratives. Lorsqu'en 1872, le choix a été fait de consacrer le passage à une justice administrative déléguée, le législateur devait encore désigner le titulaire de cette fonction. Depuis la Révolution, trois thèses s'opposaient à ce sujet[1]. La première prônait l'unification juridictionnelle et le transfert aux juridictions judiciaires de la compétence pour connaître du contentieux naissant de l'activité administrative. La deuxième plaidait le *statu quo* et le maintien de la justice administrative entre les mains de l'administration active. La dernière – dont l'esprit l'emporta au prix de quelques concessions – en appelait au maintien d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire mais à laquelle seraient conférées les mêmes garanties d'organisation et de procédure.

Continuité, force des habitudes et poids de l'histoire pour certains, conséquence nécessaire du principe de séparation des pouvoirs pour d'autres[2], le choix a été fait de consacrer la thèse de la dualité et de confier la justice administrative déléguée à un juge spécifique, distinct du juge chargé des affaires civiles et criminelles : le juge administratif. À son soutien, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 allait durablement être interprété comme imposant la constitution d'un

[1] Les présents développements sont largement inspirés des travaux du Professeur Chevallier qui distingue ces trois thèses. V. J. CHEVALLIER, thèse précitée, p. 95-102. L'auteur les qualifie, pour la première de « judiciaire », pour la deuxième, « d'administrative » et pour la troisième, de « quasi judiciaire ». V. aussi sur ces différentes positions : F. BURDEAU, « Les crises du principe de dualité de juridictions », *AJDA,* 1990, p. 724.

[2] Pour une présentation de ces différentes thèses v. F. BURDEAU, article précité et surtout, du même auteur, « À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel », *in* A. VAN LANG (dir.), *Le dualisme juridictionnel : limites et mérites,* Dalloz, 2007, p. 17.

ordre autonome de juridictions administratives, agissant sous le contrôle du Conseil d'État qui en devenait la juridiction suprême et auxquelles était confiée la fonction de trancher les litiges naissant de l'activité administrative[1]. Le dualisme juridictionnel était né.

19. Dualisme juridictionnel et rapport d'interdépendance avec le dualisme juridique. Malgré les débats et critiques permanents dont elle est l'objet, cette organisation duale continue de caractériser l'organisation institutionnelle française[2]. Des auteurs y voient même une composante de la « culture juridique nationale »[3] et la coexistence de deux ordres juridictionnels distincts bénéfice aujourd'hui d'une pleine reconnaissance constitutionnelle[4].

Dans le débat contemporain, par-delà sa valeur constitutionnelle, le maintien d'un ordre de juridictions spécifiques chargées de connaître du contentieux administratif est essentiellement justifié par un argument d'ordre technique[5]. Il repose sur le postulat que l'activité administrative présente – tant sur le terrain des moyens que sur celui des fins – des spécificités qui ont justifié

[1] La pertinence de cette interprétation a fait l'objet de nombreux débats sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir. V. déjà les développements consacrés à la question par M. TROPER, thèse précitée, spéc. p. 51 et s. et D. COHEN, thèse précitée, spéc. p. 82 et s. où l'auteur avance que l'invocation de la période révolutionnaire au soutien de l'existence et du maintien du dualisme juridictionnel fait office de « charge légitimante », de « label de rationalité » davantage que de démonstration historique valable. V. encore S. VELLEY, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP,* 1989, p. 766. Pour une analyse différente v. G. VEDEL, « La loi des 17-24 août 1790 : texte ? prétexte ? contexte ? », *RFDA,* 1990, p. 698.

[2] Sur l'adoption de ce modèle dual dans d'autres systèmes européens, v. T. OLSON, « Justice administrative et Constitution en Europe : État des lieux », *Nouv. Cah. Cons. Constit,* n° 37, octobre 2012, p. 139 ; G. MARCOU, « Caractères généraux et évolutions de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RDFA,* 2006, p. 84 et Y. AGUILA, « La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe », *AJDA*, 1990, p. 290.

[3] J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *La justice et ses institutions,* Dalloz, 4e éd., 1996, n° 62-1. V. aussi J.-B. AUBY, M. FREEDLAND, « Introduction générale », *in* J.-B. AUBY, M. FREEDLAND (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques,* éd. Panthéon Assas, 2004, p. 9.

[4] C'est d'abord le Conseil constitutionnel qui a œuvré en ce sens à l'occasion du contrôle de la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 *transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire* (v. décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 *Conseil de la concurrence,* cons. 15 et s.). Nous reviendrons en détail sur cette décision qui illustre parfaitement le fait que ce contentieux de la concurrence est source d'importantes perturbations du dualisme juridictionnel. En droit positif, depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*, la fonction juridictionnelle du Conseil d'État et, incidemment, l'existence d'un ordre de juridictions administratives sont consacrées à un double titre. D'abord, l'article 65 de la Constitution, relatif à la composition du CSM, dispose que les personnalités qualifiées qui y sont nommées « n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif ». Ensuite, l'article 61-1, relatif à la QPC, dispose que le Conseil constitutionnel peut en être saisi « sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation » après avoir envisagé qu'une telle question soit posée « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ». Pour être complet, v. la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009*,* par laquelle le Conseil reconnaît que le Conseil d'État et la Cour de cassation sont des « juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution » (cons. 3). Sur ces évolutions v. B. STIRN, « Constitution et droit administratif », *Nouv. Cah. Cons. Constit.,* n° 37, octobre 2012.

[5] C'est toujours en ces termes qu'est posé le débat. Un auteur explique que l'ordre judiciaire bénéficie d'une forme de privilège de juridiction de droit commun qui conduit à ce que sa disparition ne soit jamais suggérée : « s'interroger sur la pérennité du dualisme juridictionnel revient à se demander si l'ordre juridictionnel administratif doit être conservé. L'idée sous-jacente est celle selon laquelle le juge administratif serait une anomalie, un appendice juridictionnel, qui dérogerait au droit commun d'une justice rendue par le juge judiciaire » (C. BROYELLE, « La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire », *RDA,* n° 18, mai 2019, p. 52).

l'émergence d'un droit spécifique et exorbitant[1] – le droit administratif (branche du droit public) – et justifient toujours que ce droit soit appliqué par un juge spécialisé – le juge administratif. En somme, des spécificités de l'action administrative découle un particularisme du droit administratif et du contentieux qui naît de son application[2], lequel justifie qu'il soit confié à un juge spécialisé, familier de l'administration, voire qui en est issu[3]. L'étude de la jurisprudence du Tribunal des conflits confirme ce « rapport d'interdépendance »[4] qui unit les deux dualismes. Puisque le maintien d'un ordre de juridictions administratives est justifié par l'existence d'un droit et d'un contentieux spécifiques dont elles ont la charge, c'est sur des critères permettant de rattacher une situation contentieuse à un rapport de droit privé ou de droit public que repose le système de distribution des compétences entre les juridictions des deux ordres[5].

De cet argument technique, il résulte que son bon fonctionnement est dépendant de la possibilité qu'il y a de distinguer les situations, rapports juridiques et contentieux qui relèvent du droit public et ceux qui relèvent du droit privé. On comprend alors que « l'érosion » de la distinction des droits rend de facto plus complexe le fonctionnement de la dualité des ordres de juridiction[6] .

2. Hybridité du droit de la concurrence et classification contentieuse délicate

20. Difficultés résultant de l'hybridité du droit de la concurrence. La difficulté essentielle se trouve ici : dès 1986, le droit de la concurrence est, par plusieurs de ses aspects, délicat à

[1] Sur cette notion, v. les contributions et analyses, souvent critiques, regroupées *in* F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s),* LGDJ, 2004.

[2] V. à ce sujet J. BOULOUIS, « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs,* 1988, n° 46, p. 5 ; D. TRUCHET, « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », *in Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume,* Dalloz, 2007, p. 1039.

[3] J.-M. SAUVÉ, « Dialogue entre les deux ordres de juridictions », intervention à l'ENM, 21 juillet 2017, consultable sur le site du Conseil d'État : « Parce qu'il connaît les devoirs, les moyens et les contraintes, mais aussi les dysfonctionnements et les travers de l'administration, le juge administratif est en capacité de la comprendre pour mieux en contrôler les actes et les agissements. Il ne s'agit pas de comprendre pour excuser. Le juge administratif connaît les contraintes de l'administration, mais c'est pour mieux lui rappeler ses devoirs et lui expliquer comment éviter de nouveaux excès de pouvoir à l'avenir ». Comp. C. BROYELLE, article précité.

[4] Expression empruntée à P. SERRE, *La dualité juridictionnelle à l'épreuve de l'érosion de la distinction entre le droit public et le droit privé*, thèse Aix-Marseille, 2016, n° 23.

[5] V. R. SOUCHE, *Les critères de répartition des compétences contentieuses dans la jurisprudence du Tribunal des conflits,* thèse Montpellier, 2017. L'auteur propose une analyse renouvelée du principe historique suivant lequel « la compétence suit le fond ». Il s'attache ensuite à démontrer que la recherche d'un principe unique de répartition des compétences est vaine et que le système actuel repose sur une variété de critères qui sont à certains égards changeants et susceptibles d'évolutions. Nonobstant cette diversité, M. Souche explique qu'*in fine*, les critères de compétence adoptés par le Tribunal des conflits tendent tous à une même fin : déterminer le type de rapport juridique en cause – qui peut être de droit privé ou de droit public – qui est le « détonateur de compétence » sur la base duquel le Tribunal des conflits tranche les recours dont il est saisi.

[6] V. à ce sujet la thèse de P. SERRE, *La dualité juridictionnelle à l'épreuve de l'érosion de la distinction entre le droit public et le droit privé*, thèse Aix-Marseille, 2016.

classer au sein de cette structure dichotomique[1]. En raison de ses sources d'abord : certaines de ses composantes essentielles sont d'inspiration européenne[2] or le droit et les institutions communautaires ignorent ou, *a minima*, accordent une moindre importance à la distinction entre le droit et les personnes publics d'une part et le droit et les personnes privés d'autre part[3]. Du fait de ses acteurs ensuite : en 1986, sa mise en œuvre est déjà à la fois confiée à des juridictions judiciaires (civiles et pénales) et à des autorités administratives dont il a été vu qu'elles conservaient, en droit positif, un rôle majeur (ministère de l'Économie et Conseil de la concurrence). Du point de vue de ses outils encore : le droit de la concurrence mobilise la sanction – administrative principalement, pénale à la marge – le contrôle et l'autorisation administratifs mais aussi le droit civil. Au regard de son objet et de ses sujets enfin : principalement destiné à réguler l'activité d'opérateurs économiques privés, il le fait au nom de la préservation de l'ordre public et de la sauvegarde de l'intérêt général. En outre, l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 précise que ses dispositions sont applicables aux activités économiques qui sont le fait de personnes publiques. Le mélange des genres est profond, le juriste habitué à s'en remettre à la *summa divisio* droit public/droit privé y perd d'importants repères[4]. Délicat à rattacher à l'une des branches du dualisme juridictionnel, le droit de la concurrence et son contentieux peinent à être insérés dans le dualisme juridictionnel.

21. Questions. Alors quel(s) élément(s) faire prévaloir ? À quelle(s) branche(s) de la dichotomie le droit de la concurrence devait-il être rattaché ? La solution devait-elle être unitaire ? Le pouvait-elle ? À défaut, était-il nécessaire de sortir de cette organisation duale et d'innover ? L'organisation d'un contrôle juridictionnel des autorités chargées de sa mise en œuvre commandait le traitement de ces questions. Leur ampleur rendait trop risquée la solution consistant à les abandonner au système prétorien de répartition des compétences, sous le contrôle du Tribunal des conflits. Le réformateur a donc décidé de s'en saisir.

[1] Pour des développements plus conséquents à ce sujet v. *infra* Partie II – Titre II – Chap. 1 – Sect. 2 – § I.
[2] On songe ici aux pratiques anticoncurrentielles dont le Traité de Rome prévoit déjà l'interdiction (art. 85 et s.).

[3] L'obligation d'application effective du droit de l'UE conduit d'ailleurs à quelques entorses au dualisme juridictionnel en droit interne, tant au profit du juge judiciaire (v. TC, 17 octobre 2011 *SCEA du Chéneau*, n° 3828, sur lequel v. M. GUYOMAR, X. DOMINO, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *AJDA,* 2012, p. 27) qu'au profit du juge administratif (v. CE, sect., 23 mars 2012 *Féd. Sud Santé Sociaux,* n° 331805).
[4] Y. GAUDEMET, « Rapport de synthèse », précité, p. 3 : « Le thème de la concurrence n'est ni de droit privé, ni de droit public, ou plutôt, pour parler comme la cour de cassation, [il] est « mêlé de droit privé et de droit public » et « dissout les cloisons du savoir » ».

B. De l'espoir d'unité à un éclatement consommé

22. Le choix de l'unification. C'est dans le cadre de la préparation de la réforme de 1986, que le Gouvernement s'est saisi de l'organisation du contentieux juridictionnel qui allait naître de l'application de ce droit de la concurrence refondu. Au terme d'un long processus législatif dont l'étude est riche d'enseignement[1], le choix a été fait de s'en tenir aux institutions juridictionnelles existantes. La voie de l'unification au sein de l'ordre judiciaire a été choisie puis finalement organisée par une loi du 6 juillet 1987[2].

L'unification paraissait poursuivre l'objectif que l'ensemble de ce contentieux se développe sous le contrôle d'une unique juridiction suprême ; ce qui devait permettre d'assurer une application harmonisée des différents pans de la matière et empêcher toute contrariété de décisions. Mais plusieurs paramètres interrogent. Comment a-t-il été justifier de l'organiser au sein de l'ordre judiciaire ? A-t-il été accordé une considération suffisante aux éléments tenants aux pouvoirs du juge désigné ? À son aptitude à se saisir des questions complexes auxquelles est susceptible de donner lieu le contentieux transféré ? À l'adaptabilité du cadre de son intervention et de la procédure qui gouverne l'exercice de son office aux spécificités des recours qui allaient lui être soumis ? Ces interrogations sont d'autant plus vives que, quelques années plus tôt, l'insuffisante compétence et l'impréparation du juge avaient motivé le rétablissement d'un système de contrôle et de sanction essentiellement administratif. La désignation de la seule Cour d'appel de Paris permettait-elle d'espérer le développement, au sein de cette juridiction spécialisée, d'une expertise technique suffisante pour pallier ces lacunes imputées au juge ?

Le traitement de ces différentes questions est nécessaire à la pleine compréhension des objectifs poursuivis par le réformateur et à l'évaluation des méthodes et solutions mobilisées pour y parvenir. À cet égard, l'un de ses choix interroge particulièrement : en se saisissant de la question des recours sur certains aspects seulement de l'ordonnance qui venait d'être adoptée, le législateur a abouti à une construction incomplète rapidement promise à l'échec.

23. L'œuvre incomplète. Avec la loi du 6 juillet 1987, le législateur a en effet limité son intervention aux recours engagés contre les décisions adoptées par le nouveau Conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles. Là s'est arrêté le transfert dérogatoire de compétence opéré au profit de la Cour d'appel de Paris et, *in fine*, de la Cour de cassation.

[1] V. *infra,* Partie I – Titre I – Chap. 1.
[2] Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987, précitée.

Les recours exercés contre les actes et décisions adoptés par les diverses autorités chargées de la mise en œuvre des autres pans de l'ordonnance (contrôle des concentrations, pratiques restrictives de concurrence et transparence commerciale notamment) ont dû être répartis entre les juridictions des deux ordres en application des critères de droit commun tels que dégagés par la jurisprudence. Dès l'origine, l'hybridité de la matière a été source de difficultés prévisibles et rendait la dispersion du contentieux inévitable. S'y sont ajoutés des enjeux politiques et de pouvoirs qui ont parfois été substitués à la rigueur et la cohérence juridiques à l'aune desquelles aurait pourtant dû être conçu le cadre de mise en œuvre de ce contrôle juridictionnel. En ne s'en saisissait que de manière partielle, le législateur a abandonné une partie des difficultés aux vicissitudes de la jurisprudence, exposant ainsi le contentieux de la concurrence à des risques que son intervention avait pourtant eu pour objet de conjurer.

24. L'éclatement progressif du contentieux concurrence. Alors que les aspects substantiels de l'ordonnance de 1986 apparaissaient comme les différentes composantes d'un même ensemble destiné à consacrer le passage à une économie de marché fonctionnant sur un principe de libre concurrence, ses aspects contentieux ont fait l'objet d'un traitement parcellaire. L'objectif d'unité avait pourtant été annoncé et semblait correspondre à l'esprit de la réforme.

Faute d'avoir été bâti sur des principes clairs, le système organisé dans cette seconde moitié des années 1980 n'a pu être convenablement adapté aux évolutions de la matière. Au gré de mouvements jurisprudentiels et de réformes successives ne se préoccupant de la question des recours juridictionnels que de manière sporadique, l'échec initial de l'entreprise d'unification a peu à peu laissé place à un véritable état d'éclatement régulièrement dénoncé et regretté par les observateurs et praticiens. En droit positif, les juridictions compétentes au stade du recours relèvent d'ordres et de degrés différents. Certaines statuent en application de règles de procédure en partie spécifiques, d'autres sont tenues de le faire en application du seul droit commun. Les unes sont spécialisées et disposent d'une compétence nationale alors que les autres agissent dans leur ressort habituel. Enfin, certaines statuent en premier ressort par des décisions susceptibles d'appel, d'autres par des décisions uniquement susceptibles de pourvoi alors que le Conseil d'État statue, en certaines matières, en premier et dernier ressort.

Aux antipodes des objectifs initiaux, c'est le désordre qui semble régner. Nous nous proposons d'en mesurer l'ampleur puis d'en rechercher les éventuelles conséquences sur la manière dont est traité, au stade du recours juridictionnel, le contentieux interne de la concurrence. Pour ce faire, quelques précisions sur le champ et l'objet de notre étude doivent encore être apportées.

§ III – Champ et objet de l'étude

25. Délimitation du champ, précision de l'objet. L'étude entreprise porte sur les recours exercés dans un champ particulier : le droit de la concurrence. Puisque les frontières de ce droit sont sujettes à controverse, il convient de nous y arrêter avant de préciser notre objet.

Le choix de circonscrire notre étude au droit de la concurrence tel que délimité par les dispositions du Livre IV du Code de commerce sera donc expliqué (A) avant que quelques précisions relatives à la notion de recours puis à l'expression de « recours en droit de la concurrence » soient apportées (B).

A. Le droit de la concurrence régi par le livre IV du Code de commerce

26. Délimitation du champ. L'étude a pour champ le droit de la concurrence tel qu'il est délimité par les différents titres qui composent le Livre IV du Code de commerce intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence ». Nonobstant ce choix de circonscrire la recherche au contentieux interne de la concurrence, précisons d'emblée qu'y seront intégrés les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui sont en lien avec les matières traitées par ce Livre IV du code français[1] ainsi que les instruments de droit dérivé qui les concernent[2].

Par-delà ce recours à la délimitation organisée par le législateur, eu égard au sempiternel débat dont fait l'objet le tracé des frontières de ce droit, quelques précisions sont nécessaires. Pour y procéder, nous mobiliserons deux critères complémentaires qui permettront de renforcer la justification retenue au regard de l'objet et des objectifs de notre recherche.

Le premier tient aux objectifs du droit de la concurrence. Nous verrons que, bien qu'il soit d'un apport certain, ce critère ne peut être décisif (1). Il devra être complété par un second, qui lui est lié et qui repose sur un outil spécifique que le législateur mobilise pour la mise en œuvre

[1] En premier lieu ses articles 101 et 102 (anc. art. 81 et 82 TCE) auxquels renvoient d'ailleurs expressément plusieurs dispositions du Code (v. art. L. 420-7, L. 462-3, L. 462-9, L. 481-1 et L. 481-2 C. com.). Cette intégration est indispensable, en raison, notamment, de l'effet direct du droit de l'UE et de l'obligation qui pèse sur les États membres d'en assurer l'effectivité, ces différents instruments sont partie intégrante de la législation nationale.

[2] Cette délimitation a pour effet que le contentieux des aides d'État ne sera pas abordé. Bien qu'il fasse, lui aussi, l'objet d'une forme de décentralisation et donne lieu au développement d'un contentieux de plus en plus abondant devant les juridictions nationales (v. à ce sujet L. GRARD, « La systématique des contentieux concurrence en Europe. Propos introductifs et…intuitifs », précité, p. 18-20 et L. IDOT, « Rapport conclusif », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe*, précité, p. 345 et s., spéc. n° 47) il reste de source exclusivement européenne or le choix a été fait de circonscrire l'étude au droit et au contentieux nationaux. Certaines réflexions proposées et propositions formulées pourraient néanmoins être étendues à ce champ du droit européen de la concurrence.

des différents ensembles normatifs intégrés à ce Livre IV du Code de commerce. Il s'agit du rôle actif confié à des autorités administratives spécialisées (2).

1. Un objectif fondamental : protéger la libre concurrence

27. Unité fonctionnelle du droit de la concurrence. En dépit – ou peut-être en raison – du silence des textes, les débats et prises de position relatifs aux objectifs ou finalités du droit de la concurrence sont nombreux et aussi anciens que leur objet[1]. Maintien de la loyauté dans la compétition économique[2], protection de l'intérêt du consommateur[3], protection des concurrents, voire du marché[4], prise en compte de finalités non économiques, sociales, écologiques, sanitaires[5]… Cette liste non exhaustive est composée d'éléments pas toujours bien définis, disparates ou, au contraire, parfois délicats à distinguer.

Des auteurs ont pourtant relevé la difficulté de cette recherche téléologique et tenté d'en expliquer les causes[6]. L'un d'eux, observant une amplification récente du débat, conclut même qu'il « ne conduit nulle part »[7]. Il poursuit en avançant que l'essentiel se trouve ailleurs : le droit de la concurrence a une fonction[8], « celle de préserver le processus de concurrence », qui peut être ramenée à un objectif fondamental de « préserver une concurrence libre et non

[1] Ils ne concernent d'ailleurs pas les seuls droits français et européen. Outre-Atlantique, les contributions sont nombreuses, parfois anciennes et conséquentes. V. les références proposées par J.-C. RODA, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, p. 1504 et encore récemment : S. PAUL, « Recovering the Moral Economy Foundations of the the Sherman Act », *Yale Law Journal,* vol. 131, n° 1, octobre 2021.

[2] P. ROUBIER, « Théorie générale de la concurrence déloyale », *RTD civ.,*1958, p. 543.

[3] Sur cette finalité v. les explications et références proposées par M. BEHAR-TOUCHAIS, « Préface », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT, R. AMARO (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, Institut de droit de la concurrence, 2014, spéc. 1.1.2. Sur la notion v. l'étude, essentiellement consacrée au droit européen, de M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit, économie et politique de la concurrence – Réflexion à partir de la notion de bien-être du consommateur », *Gaz. Pal.,* n° 15-16, 2018, p. 1187.

[4] V. par ex. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le but du droit français de la concurrence, rapport français », *in* M. FROMONT, M.-A. FRISON-ROCHE, T. MORAIS DA COSTA, G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, B. GRAEFF, T. MARTINI VILARINO (dir.), *Droit français et droit brésilien. Perspectives nationales et comparées,* Bruylant, 2012, p. 833 et s. qui explique (n° 20) que la finalité du droit européen de la concurrence est « la *construction d'un marché* intérieur » alors que celui du droit français est « la *garde des marchés* ».

[5] V. l'étude et les nombreuses références proposées par N. MATHEY, « Les finalités du droit de la concurrence – Essai de téléologie du droit », *CCC*, n° 12, décembre 2020, dossier 13.

[6] V. par ex. L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* LGDJ, 2012, spéc. Introduction (l'auteur relève l'absence de définition établie de la concurrence et rappelle les inévitables divergences et oppositions qui en résultent sur le terrain de la recherche de ses fondements et finalités) et n° 963 et s. (dans cette section, l'auteur expose les différents courants de pensée qui se sont succédé et/ou opposé au sujet des finalités du droit de la concurrence, notamment dans le cadre des réflexions consacrées au « problème du monopole »).

[7] D. BOSCO, « Regards sur la postmodernisation de l'abus de position dominante », *in Laurence Idot. Liber Amicorum – Concurrence et Europe*, Concurrences, 2022, vol. 1, p. 25 et s., spéc. p. 33.

[8] Au sens de « fonction-fin », laquelle désigne les intentions qui sont poursuivies dans l'exercice d'une activité déterminée par opposition à la « fonction-objet » qui en désigne le produit. V. G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, 1963, spéc. p. 12-14.

faussée »[1/2] . C'est en assurant la préservation de ce processus que les règles de concurrence « permettent de servir le bien commun dans bien d'autres dimensions que la simple dimension économique »[3]. C'est ensuite aux autorités chargées de leur mise en œuvre qu'il revient d'orienter leur action pour mettre l'arsenal normatif au service de tels ou tels intérêts publics.

C'est sur cette conception du droit de la concurrence – volontairement simple[4] et ample – que reposera notre étude. Sera appréhendé comme droit de la concurrence l'arsenal normatif spécifiquement mis au service de la préservation du processus concurrentiel et de la libre concurrence. En ce sens, il est un droit « autocentré »[5], « tautologique »[6] , qui tend d'abord à prévenir et empêcher toute atteinte dont est susceptible de faire l'objet le processus concurrentiel sur lequel repose notre économie de marché[7] et, lorsqu'il échoue sur ce volet préventif, à sanctionner puis à en réparer les atteintes qui lui ont été portées.

28. Débats persistants. Suivant cette acception, il ne fait guère de doute que les dispositions instaurant un système de contrôle des concentrations économiques et celles organisant l'interdiction et la répression des pratiques anticoncurrentielles relèvent du droit de la concurrence. Les premières car elles tendent à veiller à ce que l'opération de croissance externe projetée par un ou plusieurs opérateurs économiques n'aboutisse pas à la constitution d'une entité qui bénéficierait, sur le marché concerné, d'une position de force lui permettant

---

[1] D. BOSCO, article précité.

[2] Cet objectif est « fondamental » en ce qu'il est déterminant pour l'identification de ce qui sera rattaché au droit de la concurrence mais n'est pas forcément exclusif d'autres objectifs que pourraient poursuivre certains pans de la matière. Que l'on songe au contentieux indemnitaire sur lequel nous reviendrons.

[3] D. BOSCO, « La prise en compte d'intérêts publics dans la mise en œuvre des règles sur l'abus de position dominante », *in* C. PRIETO (dir.), *L'intégration de considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence*, actes de la conférence du 26 novembre 2020, *Concurrences,* n° 2-2021, art. n° 99790.

[4] Simplicité dont pourrait bien largement dépendre « la puissance » du droit de la concurrence, v. M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, *Droit de la concurrence,* Dalloz, 2e éd., 2022, n° 37.

[5] E. CLAUDEL, « Propos introductifs », *in* E. CLAUDEL (dir.), *La concurrence dans tous ses états,* Colloque de l'association Droit & Commerce, *Gaz. Pal.,* hors-série n° 2, 2021, p. 5.

[6] M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, ouvrage précité, n° 37.

[7] Postulat dont une étude ou un questionnement plus approfondi nous éloignerait à l'excès de notre objet. Retenons, pour reprendre les mots de M. Canivet, que le droit de la concurrence « est à finalité économique » et qu'il « n'a de sens qu'en ce qu'il permet la mise en œuvre de la politique de libre concurrence décidée par les États, en considération de l'orientation libérale plus ou moins pondérée de leur économie » (G. CANIVET, « Préface », *in* E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence,* Dalloz, 2e éd., 2020, p. XV). Pour une présentation complète, v. cet ouvrage de M. Combe. L'on peut encore utilement se référer à la présentation concise et imagée proposée par Mme Idot : « À l'instar de tout sport soumis à des règles du jeu dont le respect est assuré par des arbitres, la compétition qui existe entre les entreprises doit être encadrée pour s'assurer qu'elle se déroule à armes égales et éviter que certaines entreprises violent les règles du jeu en adoptant des comportements visant à la fausser. Si l'on admet qu'un système concurrentiel, qui repose sur une pluralité d'offres, avec pour corollaire une liberté de choix pour les demandeurs, dont les consommateurs, est le moyen optimum d'allocation des ressources, les États doivent veiller au respect du processus concurrentiel. Posant un cadre qui vise à contrôler tant les comportements des entreprises que leur développement par croissance externe, le droit de la concurrence est avant tout un outil de régulation indispensable dans toute économie de marché » (L. IDOT, « Brèves réflexions du juriste sur le droit de la concurrence au XXIe siècle », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT, R. AMARO (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, précité, p. 679 et s., spéc. p. 680).

d'échapper à toute compétition avec les autres opérateurs et, ainsi, d'annihiler le processus concurrentiel. Les secondes car elles tendent à empêcher et à réprimer tout acte ou comportement ayant pour objet et/ou pour effet de court-circuiter la libre compétition sur un marché par l'évincement des concurrents qui y opèrent ou par l'empêchement d'autres opérateurs qui aspirent à y entrer. Par extension, il faut à ce stade y adjoindre le dispositif de contrôle des rapprochements entre distributeurs ou centrales d'achat[1] ainsi que celui permettant à l'Autorité de la concurrence d'imposer des injonctions structurelles à une entreprise sans constat préalable d'une infraction[2]. Le rattachement de cet ensemble au droit de la concurrence n'est d'ailleurs pas discuté. Les dispositions des Titres II[3] et III[4] du Livre IV du Code de commerce n'appellent donc, de ce point de vue, pas davantage de commentaires.

Ce critère laisse néanmoins en suspens les interrogations relatives à d'autres dispositifs, à savoir : celui organisant la transparence dans les relations commerciales[5], le régime de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence[6], l'arsenal spécifique consacré aux actions indemnitaires nées de la commission d'une pratique anticoncurrentielle[7] ou encore la théorie de la concurrence déloyale[8]. Les concernant, la doctrine est partagée sur le point de savoir si la protection de la libre concurrence fait partie des objectifs poursuivis et si elle présente un caractère premier, fondamental. Un autre critère, plus objectif, doit dès lors être mobilisé.

2. Un outil privilégié : le rôle actif d'autorités administratives spécialisées

29. Caractéristique fondamentale. L'octroi d'un rôle actif à des autorités administratives spécialisées dans la mise en œuvre de l'arsenal considéré sera retenu comme caractéristique fondamentale[9] dans notre opération de définition et de délimitation du champ de l'étude[10].

---

[1] Prévu par l'art. L. 464-10 C. com. et sur lequel v. *infra* Partie I – Titre II – Chap. 1 – Section préliminaire.
[2] Prévu par l'art. L. 752-27 C. com. et sur lequel v. *infra* Partie I – Titre II – Chap. 1 – Section préliminaire. Bien que ce texte figure en dehors du Livre IV, nous verrons que le dispositif qu'il prévoit y puise directement sa logique
[3] Intitulé « Des pratiques anticoncurrentielles ».
[4] Intitulé « De la concentration économique ».
[5] V. Chapitre I (« De la transparence dans la relation commerciale ») et certaines dispositions du Chapitre III (« Dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires ») du Titre IV (« De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ») du Livre IV du Code de commerce
[6] V. Chapitre II (« Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises », spéc. Section 1 : « Des pratiques restrictives de concurrence ») du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.
[7] Titre VIII (« Des actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles ») du Livre IV.
[8] Qui, bien que ne trouvant pas sa source dans les dispositions du Code de commerce, est rattachée par une partie de la doctrine au droit de la concurrence.
[9] De nouveau, au sens où il présente un « caractère essentiel, déterminant » (*Le Petit Robert de la langue française, v°* « fondamental »).
[10] Rappelons que les présents développements tendent à justifier la délimitation du champ de l'étude, non à prendre position de manière autoritaire sur ce que serait « le » droit de la concurrence. Faute de définition arrêtée, nous nous efforçons de présenter les critères qui fondent celle retenue. En ce sens, notre démarche se situe à mi-chemin entre l'adoption d'une *définition informative* (à la fois faite *par référence à la fonction* et *par énumération*) et celle

Directement lié à la « raison d'être »[1] du droit de la concurrence, il témoigne du fait que la préservation de la libre concurrence à laquelle il œuvre participe de l'intérêt général[2]. Resituer la fonction de ce droit dans une analyse strictement juridique conduit d'ailleurs à y voir une « police des marchés » au service d'un « ordre public de direction »[3] : l'ordre public économique[4]. C'est ce qui justifie que l'arsenal a été bâti sans être laissé à la merci d'opérateurs privés : sa mise en œuvre peut toujours résulter de l'initiative de – ou, *a minima*, être influencée par – ces autorités publiques auxquelles est confié un pouvoir de saisine d'office ou d'impulsion et dont les décisions produisent des effets au-delà du champ de leur intervention. Or ces éléments recouvrent des enjeux et sont source de difficultés qui se répercutent directement sur le plan contentieux et qui seront au cœur de cette étude. Dès lors, le critère est primordial.

Cette caractéristique confirme le rattachement des dispositifs de contrôle des concentrations[5] et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles[6] au champ de l'étude. Surtout, elle permet d'expliquer l'exclusion de la concurrence déloyale, mais aussi l'intégration de l'essentiel des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce et de celles de son Titre VIII.

30. Exclusion de la théorie de la concurrence déloyale. « Berceau du droit de la concurrence dans la tradition française »[7], cette « projection du droit de la responsabilité civile sur le droit du marché »[8] est une construction prétorienne développée à partir du droit commun de la

---

d'une définition *stipulative* (bien que la définition proposée ne soit pas isolée, v. pour une acception similaire : Y. CHAPUT, A. LÉVI (dir.), *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen*, Litec, 2007, spéc. « Regard de la France », par Y. PACLOT, n° 224 et s.). Sur ces distinctions v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2e éd., n° 487-500. L'auteur précise que « les stipulations les plus fréquemment opérées dans les discours métajuridiques sont le plus souvent partielles et se présentent davantage comme des redéfinitions qui prennent en considération […] celles préexistantes » ; c'est dans cette perspective que se situe notre démarche.

[1] La raison d'être du droit de la concurrence « se situe dans la recherche de l'intérêt général » (L. GRARD, « Conclusions », *in* G. GODIVEAU (dir.), *Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence* (Caen, 3 octobre 2014), *Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71654, n° 1).

[2] V. l'étude complète de G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Dalloz, 2006 (v. par ex. n° 164 et s. où l'auteur insiste sur l'importance du rôle joué par le ministère de l'Économie dans la mise en œuvre du Titre IV du Livre IV du Code de commerce).

[3] L. GRARD, article précité, n° 10 et 11.

[4] Auquel se réfèrent l'Autorité de la concurrence, à la suite de son prédécesseur, ainsi que les juridictions de recours. V. par ex. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Dix-septième rapport annuel*, 2003, p. 73. V. sur la notion M.-A. FRISON-ROCHE, « Les différentes natures de l'ordre public économique », *in L'ordre public, APD,* t. 58, 2005, p. 105 ; T. PEZ, « L'ordre public économique », *Nouv. Cah. Cons. Constit*, n° 49, 2015, p. 44 et l'analyse collective, comparative et critique *in* A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'ordre public économique,* LGDJ, 2018.

[5] En la matière, lorsque les conditions sont réunies, la notification de l'Autorité de la concurrence préalablement à la réalisation de l'opération est obligatoire (art. L. 430-2 C. com.). Si une opération est réalisée avant notification ou autorisation donnée par l'Autorité ou le ministre de l'Économie, l'Autorité dispose d'importants pouvoirs d'injonction et de sanction (spéc. art. L. 430-8, I et II C. com.) qu'elle met en œuvre de sa propre initiative.

[6] V. notamment, en la matière, la faculté de saisine d'office offerte par l'art. L. 462-V, III C. com.

[7] Y. PICOD, « La concurrence déloyale. Rapport français », précité, p. 152. L'auteur précise bien, néanmoins, qu'il s'agit du « berceau » du droit de la concurrence « dans la tradition française » ; droit qu'il distingue du droit « moderne » de la concurrence apparu dans la seconde moitié du XXe siècle.

[8] *Ibid.*

responsabilité civile[1]. Malgré des propositions[2] et regrets exprimés par certains elle demeure, en droit positif, de source jurisprudentielle et ne fait l'objet d'aucun régime spécifique : seules les prétendues victimes de telles pratiques peuvent saisir les juridictions judicaires de droit commun dans l'espoir d'en obtenir la cessation et/ou réparation de leur préjudice.

Notre thèse, consacrée aux aspects procéduraux de la matière, n'a pas pour objet direct le droit matériel qui est, ou devrait être, rattaché au droit de la concurrence, ni pour objectif de formuler des propositions à cet égard[3]. Des auteurs en appellent à la consécration législative de la théorie de la concurrence déloyale et/ou de la théorie du parasitisme[4]. Elle serait l'occasion pour le législateur – à qui seul incombe cette tâche – d'envoyer un signal relatif à leurs fonctions et, si elles sont, au moins pour partie, mises au service de la préservation du processus concurrentiel, de la protection du marché et de l'ordre public économique, d'en tirer les conséquences sur le plan procédural[5]. Elles pourraient alors trouver leur place au sein de cette étude. Reste qu'en droit positif, leur mise en œuvre est abandonnée à l'initiative privée et régie par le droit commun de la responsabilité et de la procédure civiles. Elles ne font l'objet d'aucune spécificité sur les plans institutionnel et procédural et sont, de ce point de vue, du contentieux judiciaire de droit

[1] Art. 1382 et 1383 anciens, actuels art. 1240 et 1241 C. civ. Pour une présentation complète du champ, des conditions d'application et des effets de cette théorie v. L. VOGEL, *Droit de la concurrence – Droit français,* précité, Partie 1, p. 33-244.

[2] Par ex. G. CANIVET (dir.), *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La Documentation française, octobre 2004 (spéc. p. 97 et annexe 3, p. 155 et s., spéc. p. 160, où est suggéré un projet de nouvel art. L. 440-2 du Code de commerce pour y consacrer la théorie de la concurrence déloyale).

[3] Pour reprendre une distinction encore récemment suggérée par un auteur, notre étude relève de l'aspect « institutionnel et procédural » de la matière, non de son aspect « substantiel ou matériel » (v. G. DECOCQ, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de la concurrence », *in Mélanges L. Idot,* 2022, vol. 1, p. 317 et s., spéc. p. 320).

[4] Parmi lesquels v. Y. PICOD, « La concurrence déloyale. Rapport français », précité ; « Concurrence déloyale et responsabilité civile », *AJCA*, 2014, p. 152 et, récemment, G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, *La faute lucrative en droit de la concurrence,* Concurrences, 2020, spéc. n° 638-647.
Ces théories sont, à plusieurs égards, délicates à distinguer l'une de l'autre, raison pour laquelle nous les mentionnons toutes deux. V. à ce sujet M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA,* n° 6/94, 1994, p. 483 ; R. MESA, « De la complexité et des conséquences des rapports entre concurrence parasitaire et parasitisme économique », *Concurrences,* n° 3-2011, art. n° 37277 et la présentation critique et actualisée de G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, thèse précitée, n° 621-634.

[5] Notamment en confiant un rôle actif aux autorités publiques dans leur mise en œuvre. Par ex. pouvoir d'impulsion et de saisine similaires à ceux dont est doté le ministre de l'Économie en matière de pratiques restrictives ; voire pouvoirs d'injonction et/ou de sanction propres mais cette seconde voie n'est pas sans danger, nous y reviendrons. En outre, la consécration d'un tel régime rendrait encore plus délicate l'articulation avec d'autres branches du droit de la concurrence sur lesquelles v. déjà A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Les interactions en le droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit de la concurrence déloyale », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe,* précité, p. 25 et, pour une étude au champ plus restreint, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quand le droit des pratiques restrictives de concurrence empiète sur le droit des pratiques anticoncurrentielles », *in Le juriste dans la cité. Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc,* LGDJ, 2018, p. 53.

commun. Cet élément, qui les cantonne à la seule « sphère privée »[1], justifie de les écarter du champ de notre étude.

31. Inclusion du Titre IV (transparence commerciale et pratiques restrictives). Ce critère de l'initiative publique, qui complète celui tenant aux objectifs de l'arsenal considéré[2], permet en outre d'expliquer l'intégration du dispositif organisé par les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce à notre étude sans en passer par la distinction parfois faite entre le « petit » et le « grand » droit de la concurrence[3].

---

[1] En ce sens que le contentieux oppose deux entités de droit privé, devant un juge judiciaire, sans qu'aucune autorité administrative n'intervienne ou ne soit directement concernée. Cet élément distingue ces deux théories de l'ensemble des autres dispositifs que nous intègrerons à notre champ d'étude.

[2] Dont certains se contentent néanmoins pour justifier le rattachement de ces dispositifs au droit de la concurrence. V. par ex. l'analyse d'une directrice de la DGCCRF : N. HOMOBONO, « La concurrence dans les relations commerciales industrie-commerce : La recherche de l'équilibre selon des modalités rénovées », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT, R. AMARO (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, précité, p. 361 et s., spéc. p. 363 ; « Le rôle renouvelé du ministre de l'Économie et de la DGCCRF », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-C. FOURGOUX, *Le droit français de la concurrence, trente ans après l'ordonnance du 1er décembre 1986 (…),* précité, p. 185 et s., spéc. p. 187, où l'auteur explique que si, « en 1986, il y avait certainement un objectif de protection de la partie faible », aujourd'hui, « le ministre de l'Économie n'a pas pour l'essentiel un rôle de protection du fort contre le fait – même s'il peut également jouer ce rôle. Il est avant tout le gardien de l'ordre public économique : son rôle est d'assurer un ordre public de **direction** et d'intervenir lorsque les pratiques illicites portent atteinte au bon fonctionnement du marché ». Comp., qui observe aussi – pour la critiquer – une telle évolution en jurisprudence : L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruylant, 2021, n° 136-143. La Cour de cassation a en effet déjà jugé que « l'action du ministre […] qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome *de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs » (Com., 8 juillet 2008, n° 07-16761, nous soulignons).
Mais v. *contra*, par ex. : G. CANIVET, « L'histoire sans fin des lois éphémères ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution », *in Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra,* Dalloz, 2006, p. 68 ; D. FASQUELLE, L. ROBERVAL, « Rapports distributeurs/fournisseurs : L'exemple de l'encadrement par le droit français », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT, R. AMARO (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, précité, p. 355, ces auteurs estiment qu'il s'agit avant tout de protéger les parties faibles dans ces relations commerciales. V. encore les études de M. MARTIN, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, PUAM, 2012, spéc. n° 355 et s. (qui explique que cette législation poursuit des objectifs étrangers à la protection de la concurrence) et L. GODARD, thèse précitée, n° 149-155 (qui explique que le droit des pratiques restrictives évolue de plus en plus vers un objectif de préservation de l'équilibre et de la loyauté dans les relations contractuelles). Dans le même ordre d'idée : G. CANIVET, F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Le club des juristes, 2018, proposition 56, qui suggère « la suppression à terme fixé des dispositions du chapitre II du Titre IV du Livre IV ».

[3] Sur laquelle v. F. RIEM, « Droits de la concurrence et ordre concurrentiel », *in Mélanges A. Pirovano*, 2003, p. 635 et s., spéc. p. 638-644 : l'auteur rappelle les termes du débat, les principales positions défendues et en propose une analyse critique. V. aussi, sur la notion de « vrai » droit de la concurrence, D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, M. CAYOT, *Droit de la concurrence,* LexisNexis, 3e éd., 2019, n° 157, p. 166, « il n'est pas certain d'ailleurs que les « pratiques restrictives de concurrence » relèvent du droit de la concurrence ; c'est d'ailleurs ce que nient les zélateurs d'une conception stricte du droit de la concurrence […]. C'est sans doute un peu exagéré, d'abord parce que les praticiens considèrent que ces règles relèvent du droit de la concurrence, ensuite parce que le nombre de cas réels relevant des pratiques restrictives de concurrence est infiniment plus important, bien que ces cas soient plus simples, que ceux mettant en œuvre des règles du droit antitrust, et enfin parce que la plupart des pratiques restrictives de concurrence peuvent également être considérées comme des pratiques anticoncurrentielles dès lors qu'une atteinte au marché est identifiée ».

En matière de « transparence dans la relation commerciale »[1], un important pouvoir d'injonction et d'amende a en effet été confié au ministre de l'Économique qui peut l'exercer de son propre chef[2]. Concernant les pratiques restrictives de concurrence, ses prérogatives sont également de plus en plus nombreuses : depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er décembre 1986, il dispose d'un efficace pouvoir d'initiative au terme duquel il peut saisir les juridictions compétentes afin d'obtenir la cessation et/ou la sanction de pratiques illicites, notamment par le prononcé d'une amende civile[3]. Il est également titulaire d'un pouvoir d'injonction récemment complété par un redoutable pouvoir d'astreinte qui lui confère, dans ce champ aussi, une fonction répressive qu'il peut exercer de sa propre initiative[4].

Ces évolutions ne sont pas sans soulever quelques difficultés et inquiétudes sur lesquelles nous reviendrons. À ce stade, leur évocation ainsi que la simple mention de l'important rôle consultatif confié à la Commission d'examen des pratiques commerciales[5] suffisent à expliquer leur intégration à l'étude. Nous en écarterons néanmoins les pratiques qui font l'objet de sanctions pénales ; ce choix sera exposé et justifié infra.

32. Inclusion du Titre VIII (*private enforcement*). Reste à expliquer l'intégration des dispositions du Titre VIII du Livre IV du Code de commerce[6] consacré aux « actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles ». De prime abord, il s'agit d'une application déclinée du droit de la responsabilité civile dont elle poursuit les mêmes fonctions[7] : essentiellement réparation du dommage et, de manière peut-être plus accessoire, fonction normative via la répression de la faute[8], voire la cessation de l'illicite[9]. Son rattachement au droit de la concurrence paraît donc discutable au regard des critères qui viennent d'être posés.

---

[1] Intitulé du Chapitre Ier de ce Titre qui recouvre : les règles relatives aux conditions générales de vente (Section 1), à la négociation et au formalisme applicable à la relation commerciale (Section 2), à la facturation et aux délais de paiement (Section 3) ainsi qu'à l'instauration d'éventuelles pénalités logistiques par les parties (Section 4).
[2] V. art. L. 470-1, I et II et art. L. 470-2 C. com.
[3] V. actuel art. L. 442-4, I, al. 3 C. com. et, déjà, art. 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et l'analyse proposée, à son sujet, par S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée,* LGDJ, 1995, n° 139-143.
[4] V. art. L. 470-1, I et III C. com.
[5] V. art. L. 440-1 C. com. Eu égard à son caractère strictement consultatif, nous ne développerons pas davantage ce point. Il abonde néanmoins tout à fait dans le sens de la délimitation à laquelle nous procédons.
[6] Précisons que ces dispositions ont été adaptées et reprises dans le Code de justice administrative. Nous nous y référerons chaque fois que nécessaire. V. Chapitre V du Titre VII du Livre VII de ce code également intitulé « Le contentieux indemnitaire du fait des pratiques anticoncurrentielles ».
[7] Nous proposons une présentation volontairement simplifiée qui pourrait paraître quelque peu schématique. Pour une présentation plus complète, avec une perspective historique, v. G. VINEY, *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité civile,* LGDJ, 4e éd., 2019, Titre I, spéc., pour les fonctions contemporaines, n° 48-58.
[8] V. à ce sujet S. CARVAL, thèse précitée. L'auteur soutient qu'il s'agit d'un attribut tout à fait nécessaire de la responsabilité civile et qui gagnerait à être davantage affirmé et officialisé.
[9] Sur cette fonction v. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle,* Dalloz, 2008.

Toutefois, l'essentiel des dispositions de ce Titre est le fruit de la transposition d'une directive européenne de 2014[1] dont l'objet était de faciliter, de rendre plus efficaces et ainsi d'encourager les actions indemnitaires consécutives à la commission d'une pratique anticoncurrentielle[2]. Ce dispositif de *private enforcement* a expressément été conçu dans l'objectif de renforcer l'efficacité de l'action menée par les autorités publiques en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles[3] – *le public enforcement* – ce qui, au regard du critère téléologique, justifie d'en envisager le rattachement au droit de la concurrence.

De surcroît, au service de cet objectif, une forme de « pouvoir d'influence »[4] a été octroyée à des autorités publiques spécialisées ; essentiellement Commission européenne et Autorité de la concurrence[5]. D'une part, une importante fonction consultative leur est confiée au service du juge[6]. D'autre part, elles peuvent accompagner ce juge dans l'exercice de son office en lui communiquant certains éléments ou pièces relatifs à des pratiques dont elles ont elles-mêmes été saisies dans le cadre de leurs missions[7]. Enfin et surtout, une autorité considérable est attachée aux décisions de sanction qu'elles adoptent dans ce champ : une fois devenues définitives elles produisent, devant le juge saisi d'une demande indemnitaire, l'effet d'une présomption irréfragable de matérialité et d'imputabilité de la pratique illicite à l'entreprise sanctionnée sur le terrain du *public enforcement*[8].

À travers ces prérogatives, les autorités administratives spécialisées exercent une influence directe dans la mise en œuvre de ce dispositif qui, bien que d'essence indemnitaire, est ainsi expressément mis au service de la protection de la libre concurrence et de la préservation de l'ordre public économique. Cela justifie que ce titre VIII soit également intégré à notre étude.

---

[1] Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 *relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*

[2] Pour des développements plus fournis à ce sujet v. *infra*, Partie I – Titre 1 – Chap. 2 – Sect. 2 – § I.

[3] Sur cela v. *infra*

[4] Sur ce notion, v. les explications et la distinction avec la notion de « magistrature d'influence » proposées par J. MOUCHETTE, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes,* LGDJ, 2019, n° 22-28.

[5] Les décisions des autorités d'autres États membres produisent une influence moindre : elles font office de simple moyen de preuve, nous ne nous y arrêts donc pas davantage. V. les concernant art. L. 481-2, al. 2 C. com. Concernant le ministre de l'Économie, par une formule très générale, l'art. L. 490-8 C. com. l'habilite, devant les juridictions « civiles ou pénales », à « déposer des conclusions » et à « les développer oralement à l'audience ». La lettre du texte semble permettre une telle intervention dans le cadre du *private enforcement.*

[6] Cette fonction est parfois exercée à la demande du juge (v. art. L. 462-3, art. R. 481-1 C. com. et art. R. 775-3 CJA pour une demande « d'orientations » ou « d'avis » sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation ; art. R. 490-6 C. com. sur la demande d'avis à la Commission) et parfois même d'office par ces autorités. Ainsi, dès lors que l'application des art. 81 et 82 TCE (actuels art. 101 et 102 TFUE) est en jeu, l'art. 15 (3) du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 prévoit que l'autorité de concurrence nationale et la Commission peuvent, d'office, soumettre des observations écrites au juge saisi.

[7] V. art. L. 483-4 à L. 483-11 et R. 483-11 à R. 483-13 C. com.

[8] Art. L. 481-2, al. 1 et 3 C. com.

33. Délimitation du champ : bilan. Au sein de cette étude, sera ainsi appréhendé comme droit de la concurrence l'arsenal normatif spécifiquement mis au service de la préservation de la libre concurrence et pour la mise en œuvre duquel un rôle actif est confié à des autorités administratives spécialisées. Son champ est ainsi circonscrit aux dispositifs prévus et régis par les différents titres du Livre IV du Code de commerce[1] et, par extension, à d'autres qui en sont directement inspirés. Il nous faut désormais en préciser l'objet.

B. Les recours en droit de la concurrence : contentieux national

34. Précision de l'objet. La recherche porte sur les recours exercés dans le champ du droit de la concurrence tel qu'il vient d'être délimité. Exposer cet objet implique d'abord d'apporter quelques précisions d'ordre général sur la notion de recours (1) avant d'en venir, plus spécifiquement, à l'objet (2) puis aux destinataires (3) des recours qui seront au cœur de l'étude.

1. Les recours comme objet d'étude : généralités

35. Notion. Dans le langage courant, la notion de recours est une déclinaison du latin *recursum* qui désigne un « retour en arrière »[2]. Replacée dans une formule active – « avoir recours à » – elle renvoie à l'idée d'un appel à l'aide ou au secours[3]. Cette seconde acception rapproche quelque peu de son sens juridique – en particulier procédural[4] – que les dictionnaires généraux de langue française développent d'ailleurs souvent[5].

Dans le vocabulaire juridique, bien qu'elle fasse également l'objet de déclinaisons et soit « souvent prise comme synonyme de voies de recours » – dont elle doit pourtant être distinguée[6] – la notion de recours désigne, « en un sens vague et général, tout droit de critique ouvert contre un acte, quelles que soient la nature de cet acte (décision administrative ou juridictionnelle, etc.) et la qualité de l'autorité de recours (juridiction ou autorité administrative, etc.) »[7]. Cette

[1] À l'exclusion, toutefois, de ceux qui revêtent une dimension pénale. Sur cette exclusion, v. *infra*.
[2] *Le Petit Robert de la langue française*, *v°* « recours ». Comp. r*ecursus, recurrere,* qui désignent un « chemin de recours » ou un « retour en courant ».
[3] CNTRL, *V°* « recours » (étymologie et histoire) : « action de demander de l'aide, du secours à quelqu'un ou à quelque chose ».
[4] *Recursum* paraît en effet bien éloigné du latin *procedere* – qui signifie « aller en avant, s'avancer, progresser » – dans lequel la notion de « procédure » trouve ses racines.
[5] Dans une troisième acception de la notion, le dictionnaire précité renvoie ainsi au droit administratif et donne la définition suivante : « demande d'annulation ou de modification d'un acte administratif ou d'une décision de justice » avant d'en proposer des déclinaisons (« recours gracieux », « recours hiérarchique » …).
[6] L'expression « voie de recours » désigne tout « moyen juridictionnel tendant à la réformation, la rétractation ou la cassation d'une décision de justice » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* PUF, 14e éd., 2022, *v°* « voie de recours »). C'est dans ce sens que les codes de procédure mobilisent l'expression (v. par ex. le Livre VIII du CJA et le Titre XVI du Livre Ier du CPC). Or tout recours n'a pas forcément pour objet une telle décision.
[7] G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* précité, *v°* « recours ».

présentation « vague » et quelque peu statique peut être reformulée dans une perspective plus dynamique au terme de laquelle le recours est défini comme toute voie de droit qui permet à un sujet – au sens général, le requérant – d'en appeler à l'intervention d'un tiers – l'autorité de recours – pour exercer un droit de critique à l'égard d'un objet particulier – un acte juridique.

36. Variété de recours. Suivant cette acception, plusieurs catégories de recours peuvent être distinguées. Pour ce faire, la doctrine publiciste suggère un critère organique permettant de procéder à une distinction qui préserve la dimension générale de la définition[1] : il s'agit de la nature de l'autorité devant laquelle est porté le recours. Sur la base de ce critère, sont distingués le recours administratif – adressé à un administrateur actif, statuant en tant que tel – et le recours juridictionnel ou contentieux – porté devant une autorité juridictionnelle[2].

Dans le premier cas, c'est l'administration elle-même[3] qui est saisie de la critique dont est l'objet l'un de ses actes. Elle se prononce sur le recours selon des modalités similaires à celles suivant lesquelles avait été adopté l'acte litigieux ; soit selon les modalités qui encadrent l'action administrative[4]. Dans le second, c'est un tiers indépendant, qui n'a nullement pris part à l'acte initial, qui s'en trouve saisi – le juge – et qui se prononce dans un cadre et selon des modalités particulières – le procès[5].

Parmi les autres différences essentielles qui distinguent ces deux catégories de recours, l'une tient aux effets que comportent les actes adoptés à leur terme : celui adopté au terme du recours juridictionnel est en principe[6] revêtu de l'autorité de chose jugée, ce qui empêche sa remise en cause[7], sauf à ce qu'une juridiction de degré supérieur soit spécifiquement habilitée pour ce

---

[1] Les codes et ouvrages des procédures civile et pénale s'intéressent pour l'essentiel à la notion de « voie de recours » (qui implique que l'objet du recours est un acte juridictionnel) ; c'est donc dans ce seul cadre que des distinctions sont proposées, essentiellement entre voies de recours ordinaires et extraordinaires.

[2] V. la présentation complète proposée, avec une perspective historique, par J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative,* Litec, 1992, spéc. n° 1 à 8 (pour des généralités) et n° 12 à 14 (pour l'exposé du critère organique et l'échec d'autres critères, notamment matériels, antérieurement proposés par la doctrine).

[3] Directement l'autorité qui a pris la décision contestée si le recours est « gracieux » ; le supérieur hiérarchique de l'autorité qui a pris la décision contestée si le recours est « hiérarchique » (v. art. L. 410-1, 2° et 3° CRPA).

[4] V. le régime général posé par les art. L. 411-1 à L. 411-7 CRPA

[5] Sur la notion de procès v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès,* PUF, 3e éd., 2020, n° 127 et s. qui traitent, au titre des deux composantes fondamentales du procès, du litige puis de la procédure. Le Professeur Amrani-Mekki suggère d'y ajouter deux autres éléments : les garanties fondamentales attachées à la procédure judiciaire et une fonction sociale spécifique : le rétablissement de la paix sociale. V. S. AMRANI-MEKKI, « Procès », *in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004.

[6] À l'exclusion de certaines décisions, notamment celles rendues en référé, qui en sont dépourvues. Nous aurons l'occasion de les évoquer au cours de l'étude. Il n'est à ce stade pas nécessaire de s'y arrêter davantage.

[7] Pour reprendre la formule du Doyen Carbonnier, « ce qui donne au jugement sa pleine valeur, sa supériorité sur l'accommodement que pourrait tenter entre deux querelleurs un passant de bonne volonté, ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ?) – c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question (…) » (J. CARBONNIER, *Droit civil. T. I, Introduction,* PUF, 27e éd., 2002, n° 190).

faire[1]. L'acte adopté au terme du recours administratif ne produit pas de tel effet[2], ce dont il découle une autre différence essentielle tenant aux champs respectifs de ces recours : le recours administratif est impropre à permettre la critique d'un acte juridictionnel alors que le recours juridictionnel peut, lui, tout à fait servir celle d'un acte administratif. En outre, le justiciable dont le recours administratif a échoué peut toujours « intenter le recours contentieux en vue de faire annuler à la fois l'acte administratif initial […] et la décision administrative de contrôle qui a refusé de lui donner satisfaction »[3]. Sauf à disposer d'une nouvelle voie de recours ordinaire, le justiciable dont le recours juridictionnel a échoué subit, lui, définitivement l'autorité du jugement par l'effet de la force de chose jugée[4]. Dès lors qu'il est saisi, c'est donc le juge qui a, au terme du recours juridictionnel, le dernier mot.

Par-delà ces différences, des fonctions communes sont assignées à l'un et l'autre de ces recours.

37. Fonctions communes. Dans son acception juridique, la définition générale enseigne que le recours permet « la critique » de l'acte qui en constitue l'objet. En s'en tenant à des généralités, quelques précisions peuvent être apportées quant aux fonctions que poursuit tout recours, qu'il soit administratif ou contentieux[5]. Pour ce faire, il est utile de se référer à la notion de « fonction contentieuse »[6] qu'un auteur s'est efforcé de distinguer de la fonction juridictionnelle[7] et qu'il propose de définir comme la fonction sociale tendant à « l'apaisement des conflits par l'application des normes juridiques en vigueur »[8].

---

[1] Sur les conditions, les effets et l'étendue de l'autorité de chose jugée v. en droit judiciaire privé L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* LexisNexis, 11e éd., 2020, n° 729-738 ; en contentieux administratif, où elle présente parfois un caractère absolu opposable *erga omnes* (spéc. pour l'annulation d'un acte prononcé par le juge de l'excès de pouvoir) F. BLANCO, *Contentieux administratif,* PUF, 2019, n° 781-791.

[2] Il est, à l'instar de tout acte administratif, revêtu d'une simple « autorité de chose décidée ». Théorisant cette notion, un auteur a expliqué qu'elle résultait de deux éléments : en est revêtue la décision qui, prise en application de la loi, constitue un « acte souverain » qui s'impose à tous et peut être directement exécuté (une telle décision a ainsi une force et une autorité supérieures aux actes qui résultent de volontés privées). Néanmoins, contrairement à la loi ou à l'acte juridictionnel définitif, une telle décision est susceptible de faire l'objet d'un contrôle, au terme duquel elle peut être annulée, car elle n'est pas un « acte de souveraineté ». Elle peut également, sous certaines conditions, être modifiée ou retirée par l'administration elle-même (v. R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée,* LGDJ, 1969 : les distinctions sont exposées dès l'introduction, spéc. p. 9 et s.).

[3] A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif,* t. 1, LGDJ, 8e éd., n° 437, l'auteur expose d'autres différences juridiques qui distinguent ces deux types de recours.

[4] L'art. 500 CPC dispose : (al. 1) « A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution » et complète (al. 2) « Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai ». Pour son acception en contentieux administratif v. F. BLANCO, ouvrage précité, n° 780.

[5] C'est encore à la notion de « fonction-fin » que nous renvoyons ici. V. à son sujet la définition et la distinction avec la notion de « fonction-objet » proposées par le Professeur Timsit qui ont été rappelées *supra*, n° 27.

[6] J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *in Problèmes de Droit Public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 275.

[7] Sur laquelle v., en droit privé, D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges,* LGDJ, 1994. Cette thèse ne fait pas mention de la distinction proposée par M. Chevallier.

[8] J. CHEVALLIER, article précitée, n° 2, p. 277.

Sur la base de ces travaux, le recours peut être présenté comme le processus qui tend à l'apaisement d'un conflit – d'une « situation contentieuse n[ée] d'une contestation sur le contenu, la portée ou l'application du droit »[1] – relatif à un objet particulier – un acte juridique – au moyen de l'application du droit. Dans notre organisation politique, il est en principe porté devant des autorités publiques dépositaires du monopole de la contrainte. Ses fonctions générales sont ainsi de deux ordres : la résolution d'un litige et le rétablissement de la légalité.

38. Focale sur les recours juridictionnels. Les recours administratifs seront abordés chaque fois qu'ils sont susceptibles d'être exercés à l'encontre des actes et décisions appréhendés. Reste que de tels recours revêtent une moindre importance et couvrent un champ plus réduit que les recours juridictionnels auxquels ils ne peuvent jamais se substituer. Pour ces raisons et parce que le contentieux devant l'autorité judiciaire poursuit un objectif plus impérieux et offre de plus amples garanties au justiciable[2], ce sont les recours juridictionnels susceptibles d'être exercés dans le champ de la concurrence qui constitueront le cœur de notre recherche. Nous en étudierons à la fois les aspects procéduraux et les finalités spécifiques qu'ils poursuivent dans le champ considéré. Avant d'en revenir à ces éléments, précisons l'objet puis les destinataires potentiels des recours à l'étude.

2. L'objet des recours : les actes et décisions d'autorités françaises

39. Actes juridiques objet des recours : auteurs et nature. Tel qu'il a été défini, le recours a toujours pour objet un acte juridique dont il permet la critique. Selon une définition encore générale, un tel acte est défini comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit[3]. S'intéresser aux recours exercés dans le champ du droit de la concurrence commande d'apporter quelques précisions. Les premières seront relatives aux auteurs des actes susceptibles de faire l'objet des recours à l'étude. Les autres seront relatives à leur nature

[1] *Ibid.*, n° 7, p. 280. Adoptant une acception large, l'auteur définit encore la situation contentieuse comme « un incident quelconque qui se produit au cours des opérations de formation, d'élaboration ou d'exécution du droit : cet incident peut consister en la violation d'une règle de droit ou d'une situation juridique mais aussi résulter d'un litige sur le sens ou la portée d'un texte ; la question de droit peut être posée directement ou indirectement à partir d'une situation de fait ».

[2] Un auteur constate d'ailleurs que « l'idée que les recours administratifs puissent constituer une véritable garantie accordée aux citoyens dans la protection de leurs droits individuels est […] généralement repoussée en doctrine » et poursuit « dès lors qu'est posé le principe selon lequel l'administration doit se conformer au droit, le juge administratif requiert un rôle incomparable : il est le complément nécessaire du principe de légalité en mettant à la disposition des administrés son indépendance, des procédures qui renforcent l'impartialité et l'efficacité de son action et la prérogative qui lui revient d'exprimer, par sentences, la vérité légale s'imposant à l'administration (J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel,* LGDJ, 1996, p. 3).

[3] V. la formule de l'art. 1100-1, al. 1 C. civ. ou encore G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* précité, *v°* « acte juridique » : « acte de volonté destiné (dans la pensée de son ou de ses auteurs) à produire un effet de droit ».

juridique. Avant de nous y arrêter, précisons que s'intéresser aux recours exercés contre des actes juridiques – entendus comme produits de l'activité volontaire – permet d'emblée d'exclure le (rare) contentieux de la responsabilité, administrative et/ou disciplinaire, susceptible d'être engagé à l'encontre de leurs auteurs.

40. Les auteurs : autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. À l'instar de la matière à laquelle nous avons circonscrit notre étude – le droit de la concurrence – nous nous départirons, dans un premier temps au moins, des considérations organiques pour donner la priorité à des aspects matériels et fonctionnels[1]. Plutôt que de poser un critère organique sur la base duquel seraient recensées les « autorités de concurrence » – ce qui conduirait, suivant l'acception commune, à réserver la catégorie à des autorités administratives – seront appréhendés les recours susceptibles d'être exercés contre les *actes adoptés par l'ensemble des autorités auxquelles est confiée la mise en œuvre, en premier ressort*[2], *d'un pan au moins du droit de la concurrence* tel qu'il a été délimité. Précisons, mais nous y reviendrons, que le choix a été fait de traiter du seul contentieux national non pénal. Dès lors, aux côtés de l'Autorité de la concurrence et du ministère de l'Économie, des juridictions – administratives et judiciaires – de premier ressort figureront parmi les auteurs d'actes susceptibles de faire l'objet des recours à l'étude. Cette extension est en outre justifiée par le constat que le juge national est de plus en plus mobilisé dans la mise en œuvre, en premier ressort, de ce droit[3].

41. La nature : des actes et décisions administratifs ou juridictionnels. Cette variété organique des auteurs entraîne une variété de natures des actes susceptibles de recours.

---

[1] Dès l'aube du XXe siècle, des auteurs écrivaient que « le droit de la concurrence s'accroche à des objets, des biens et des activités bien plus qu'à des personnes juridiques » et, plus largement, qu'il n'accorde pas d'importance particulière « à la nature des personnes juridiques en cause » (M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence,* Dalloz, 1ère éd., 2006, n° 19). Le même constat a été fait à propos du droit de la régulation : B. STIRN, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *AJDA,* 1990, p. 591. En inversant la perspective, nous nous proposons, dans le premier temps de notre recherche, de reléguer au second plan les éléments relatifs à la nature juridique des autorités chargées de faire application du droit de la concurrence.

[2] L'expression n'est pas parfaitement appropriée. Elle est en principe mobilisée dans le seul cadre du droit processuel pour désigner les décisions susceptibles de recours ordinaire. Faute de mieux, nous l'utiliserons néanmoins – ainsi que celle de « premier degré » – pour désigner les autorités, actes et décisions qui interviennent au « premier stade » de mise en œuvre du droit de la concurrence, quelle qu'en soit la nature (administrative ou juridictionnelle). Cela nous permettra de les distinguer de l'intervention des juridictions de recours.

[3] Constat que nous étayerons à plusieurs stades de nos développements. V. déjà : J. RIFFAULT-SILK, « Le rôle accru des juridictions judiciaires dans la régulation de la concurrence », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-C. FOURGOUX, *Le droit français de la concurrence, trente ans après (…),* précité, p. 235. L'auteur avance que « ces juridictions *doivent être citées, au même titre que les institutions en charge du « public enforcement » » car elles apportent une véritable « contribution à la régulation du marché ».* V. aussi L. GRARD, « La systématique des contentieux concurrence en Europe. Propos introductifs et…intuitifs », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe,* précité, p. 1 et s., spéc. p. 3 : l'auteur explique qu'une nouvelle tendance « introduit la procédure civile dans les arcanes du contentieux de la concurrence pour en renforcer l'efficacité ».

L'intégration de juridictions de premier degré dans la catégorie des autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence contraint à envisager qu'aux côtés des actes ou décisions administratifs – la distinction s'impose[1], surtout dans ce champ qui donne lieu à l'adoption de nombreux actes de *soft law* à la portée et aux effets considérables[2] – des actes ou décisions juridictionnels[3] sont susceptibles de constituer l'objet des recours appréhendés.

La catégorie des actes juridiques susceptibles de faire l'objet des recours à l'étude est ainsi composée de l'ensemble des actes et décisions adoptés par les autorités nationales, administratives et juridictionnelles, chargées de la mise en œuvre du droit de concurrence. Cette diversité d'objets n'est pas sans conséquences. La recherche sera l'occasion d'en proposer une analyse au terme de laquelle il sera soutenu qu'elles ne justifient pas de modification radicale des objectifs et modalités de traitement des recours par leurs destinataires. Destinataires qu'il convient désormais de présenter.

3. Les destinataires des recours : des juridictions françaises non répressives

42. Étude du seul contentieux interne. Sans exclure que des éléments supranationaux et d'extranéité seront parfois abordés[4] et mis à part les recours administratifs qui seront évoqués à la marge, l'étude traitera des seuls recours portés devant les juridictions françaises. Cette

[1] Une importante thèse a fait la démonstration que la décision administrative constitue une catégorie juridique – ou « un concept » – à laquelle ne peut être assimilé tout acte administratif, fût-il unilatéral (B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, 2015). Sans entrer dans le détail de cette distinction qui nous éloignerait à l'excès de notre objet, prenons acte de son existence – d'ailleurs, depuis, consacrée par le législateur (l'art. L. 200-1, al. 1 CRPA distingue les actes administratifs unilatéraux « décisoires » et « non décisoires ») – et de la prudence à laquelle elle invite dans l'usage de la notion de décision administrative.

[2] Le droit de la concurrence est d'ailleurs l'un des deux champs choisis par le juge administratif de l'excès de pouvoir pour initier l'ouverture de son prétoire à la contestation « d'actes de droit souple », dépourvus d'effet normatif direct (v. CE, ass., 21 mars 2016 *Société NC Numericable*, n° 390023 ; dans cette affaire, sur laquelle nous reviendrons en détail, était en cause une prise de position de l'Autorité de la concurrence relative à l'exécution d'une injonction figurant dans une autorisation de concentration). Bouleversant des classifications qui semblaient établies, cette jurisprudence contraint dorénavant à classer de tels actes dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux susceptibles de recours, sans toutefois qu'il ne soit justifié de les qualifier de décisions. Puisqu'ils se situent pleinement dans notre champ d'étude, ils incitent à la prudence et à la nuance. Nous nous référerons par conséquent aux « actes et décisions » des autorités concernées pour désigner l'objet des recours étudiés.

[3] La distinction couvre, *a priori,* de moindres enjeux ici.

[4] D'abord, l'importante influence du droit de l'UE nous conduira à évoquer certaines dispositions des traités (spéc. art. 101 et 102 TFUE) ainsi que la jurisprudence de la Commission et des juridictions de recours (Tribunal et Cour de justice de l'Union européenne) et, enfin, certains outils de *soft law* adoptés par la Commission. Sur cette influence v. l'étude récente de C. CHAMPALAUNE, « L'intégration de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de cassation en droit de la concurrence », *in Mélanges L. Idot,* 2022, vol. 1, p. 37. Ensuite, nous aborderons à plusieurs reprises les conséquences procédurales qu'est susceptible d'emporter la présence d'éléments d'extranéité dans un litige soumis aux juridictions françaises. Ces éléments de droit international privé serviront à nourrir la réflexion en soulevant des questions et difficultés davantage qu'à y apporter des solutions exhaustives et certaines.

délimitation, qui pourrait interroger au regard de la dimension européenne des principaux champs du droit de la concurrence[1], est doublement motivée.

Elle l'est, d'une part, en raison du système de mise en œuvre décentralisée du droit européen de la concurrence instauré par le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002[2]. Cette décentralisation a donné – ou restitué – un caractère primordial au contentieux interne : plus de neuf dixièmes des procédures de *public enforcement* initiées sur fondement des articles 101 et 102 TFUE sont aujourd'hui traités par les autorités nationales de concurrence[3] et donc, en cas de recours, par les juridictions nationales[4]. Le récent dispositif de *private enforcement* a, lui, été intégralement confié ces dernières. Ainsi, y compris pour les pans du droit de la concurrence qui puisent leurs sources dans le droit communautaire, la mise en œuvre résulte d'abord de l'activité des autorités nationales. Puisque l'effectivité du droit européen dépend largement de l'efficacité des systèmes nationaux, il est indispensable que des travaux continuent de prendre pour objet le seul contentieux interne[5].

D'autre part, le système institutionnel français présente des spécificités étrangères au droit communautaire. Une étude du seul contentieux national se justifie donc pleinement si elle est menée en considération du fait que les premières ne doivent jamais avoir pour effet de nuire à l'application effective du second. La recherche sera conduite avec ce souci constant. En outre, bien qu'il ne soit pas au cœur de l'étude, le système institutionnel européen sera à plusieurs reprises mobilisé, à titre comparatif, voire comme source d'inspiration.

---

[1] La doctrine spécialisée avance souvent que la matière doit être appréhendée à l'échelle européenne. La remarque vaut néanmoins surtout pour ses aspects substantiels.

[2] Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, précité. Pour une présentation de cet aspect du règlement, v. parmi une abondante littérature : L. IDOT, « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron,* éd. A. Pedone, 2004, p. 117 ; E. CLAUDEL, « Quelle influence du droit communautaire sur la procédure devant le juge national ? », G. CANIVET, L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (...),* précité, p. 35.

[3] V. les statistiques fournies par la Direction Générale de la concurrence (consultable sur : https://competition-policy.ec.europa.eu/european-competition-network/statistics_en).

[4] Commentant ce règlement, un auteur a même avancé qu'une « deuxième décentralisation », bien que « moins avouée » aurait été recherchée : « Pour que la culture du droit de la concurrence prospère davantage encore, l'intention est affichée d'une application qui passe par le justiciable et donc le juge, de manière à ce que l'autorité publique n'intervienne que dans les situations où la question de droit de la concurrence pose des difficultés particulières » (L. GRARD, « La place des juridictions nationales dans le dispositif européen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles », *in* L. GRARD, B. SAINTOURENS (dir.), *La libre concurrence face aux juges,* Presses Universitaires de Bordeaux, 2010, p. 57). La place confiée au juge national en saurait d'autant plus importante. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question.

[5] Comp. G. CANIVET, « Avant-propos », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, 2006, p. V, l'auteur insiste sur le rôle primordial joué par les autorités administratives et juridictions nationales. Rappelons en outre que certains pans du droit français de la concurrence sont de source strictement nationale.

43. Étude du contentieux non pénal. Le choix a par ailleurs été fait d'écarter de l'étude les rares pans de la matière que le droit positif continue de sanctionner par la voie pénale. Sont concernées deux infractions relatives à des pratiques tarifaires : la revente à perte[1] et l'imposition d'un prix de revente minimum[2]. Une troisième vise les personnes physiques qui s'engagent personnellement et de manière déterminante dans l'organisation ou la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle[3]. Plusieurs raisons motivent ce choix par ailleurs compatible avec les critères de délimitation du droit de la concurrence exposés *supra*[4].

L'une est d'opportunité. Il a été précisé que l'étude ne porterait ni sur le droit matériel de la concurrence, ni sur les procédures applicables au premier degré et que, par voie de conséquence, aucune critique ou proposition substantielle ne serait formulée sur ces terrains. Qu'il soit néanmoins permis de rejoindre nombre d'observateurs qui doutent de la pertinence du maintien de telles infractions dans un champ marqué par un mouvement de dépénalisation engagé dans les années 1980 et poursuivi depuis[5]. Lorsque le maintien, voire le renforcement des poursuites et sanctions pénales sont sollicités, c'est essentiellement à l'encontre des personnes physiques initiatrices des pratiques anticoncurrentielles les plus graves. La logique est alors spécifique[6].

Une deuxième résulte de l'observation de la pratique. Bien que l'actuel rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ait récemment formulé quelques éloges à l'endroit de la procédure

[1] Art. L. 442-5 C. com., infraction sanctionnée par une amende de 75000€ qui peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.
[2] Art. L. 442-6 C. com., infraction sanctionnée par une amende de 15000€.
[3] Art. L. 420-6 C. com., infraction sanctionnée d'une peine d'emprisonnement de 4 ans et de 75000€ d'amende.
[4] Faute de ministère public spécialisé, la mise en œuvre de ces dispositifs ne repose en effet pas sur l'activité d'autorités spécialisées auxquelles le législateur aurait confié un rôle proactif. Tout au plus l'Autorité de la concurrence peut-elle transmettre un dossier au ministère public (art. L. 462-6 C. com.) ou à lui adresser un signalement sur fondement de l'art. 40 CPP (ce que peuvent également faire les agents du ministère de l'Économie).
[5] V. encore récemment : D. FASQUELLE, « Propos introductifs : la réécriture du titre IV du livre IV du Code de commerce : beaucoup de bruit pour rien ? », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90786 ; alors président de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, l'auteur exprime, parmi les regrets et incompréhensions : « on ne comprend pas pourquoi a été maintenue l'interdiction des prix imposés avec une sanction pénale alors que ce texte est, on le sait, très peu appliqué et toujours controversé » (n° 18) ; L. IDOT, « Le titre IV du code de commerce et le droit de l'Union européenne », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 91027, qui évoque notamment le doute quant à la conformité du dispositif relatif à la revente à perte avec le droit UE.
Sur la dépénalisation, v. J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires. Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice,* La Documentation française, janvier 2008 et la poursuite de ce mouvement dans d'autres champs du droit de la concurrence sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. V. *infra*, Partie I – Titre 1 – Chap. 2 – Sect. 1 – § II.
[6] V. en dernier lieu, l'analyse et les propositions de G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, thèse précitée, n° 1123-1209.

pénale[1], la « repénalisation » observée par certains[2] paraît encore bien limitée[3]. En matière de pratiques anticoncurrentielles, M. Martin présente la procédure pénale d'abord comme un moyen de renforcer l'efficacité de certaines enquêtes administratives diligentées contre des sociétés. La sanction pénale ne semble, elle, pas remise au goût du jour. Concernant le prix de revente imposé, l'emprunt de la voie pénale est tout à fait exceptionnel ; d'autant plus que le principe même de cet interdit est discuté et qu'une telle pratique peut, dans bien des situations, être appréhendée comme étant constitutive d'une pratique anticoncurrentielle[4]. Concernant la répression de la revente à perte enfin, l'ineffectivité du dispositif et son incertaine conformité au droit européen ont souvent été relevées. Une récente thèse a par ailleurs soutenu que son incorporation au dispositif – dépénalisé – de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles était possible et opportune[5]. Partant, outre que la pertinence de leur maintien est vivement discutée, la rare mise en œuvre et l'ineffectivité de ces dispositifs pénaux expliquent qu'un moindre intérêt leur soit accordé[6].

Une troisième raison justifie cette exclusion, elle est d'ordre pragmatique. Comme l'explique un auteur, ces infractions suivent « tout simplement le régime des sanctions pénales » et relèvent de la compétence et des procédures suivies par les juridictions répressives[7]. L'étude des modalités de leur prononcé et du contrôle juridictionnel auquel elles sont susceptibles de donner lieu aurait conduit à des distinctions et développements supplémentaires qui auraient alourdi le propos pour un apport limité. Leur insertion dans le modèle de système refondu que nous élaborerons dans le second temps de notre recherche aurait par ailleurs été délicate, sinon impossible. Cela aurait conduit, *in fine*, à dresser un énième constat de l'inopportunité de leur

---

[1] *Enquêtes pénales et transaction : entre efficacité de l'action de l'Autorité de la concurrence et effectivité des droits de la défense,* Dîner-débat organisé par la revue Concurrences, le cabinet Bredin Prat et Analysis groupe, en présence de Stanislas Martin, 6 décembre 2018 (synthèse et transcription des échanges disponibles sur le site de la revue).

[2] R. SAINT-ESTEBEN, « Une repénalisation du droit de la concurrence ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du Code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Concurrences,* n° 2-2019, art. n° 90001.

[3] Comp. L. IDOT, « Les évolutions du droit antitrust : plus d'administratif au service de plus de répresif », *Gaz. Pal.,* 2022, n° 11, p. 69, « l'heure n'est certainement pas à la *repénalisation* du droit de la concurrence ».

[4] En témoigne l'art. L. 102, a) TFUE qui vise l'abus de position dominante constitué par le fait d'imposer « de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente » ou encore la décision par laquelle l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entreprise en position dominante pour avoir imposé « sa politique tarifaire sur le marché de la distribution des boules de pétanque de compétition » (Aut. conc., décision n° 17-D-02 du 10 février 2017). L'entente relative au prix (art. L. 420-1, 2° et art. 101, &, a) TFUE) permettrait également de l'appréhender, à de plus strictes conditions néanmoins. V. à ce sujet L. GODARD, thèse précité, n° 210-212.

[5] L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence,* précité, n° 242-249.

[6] Relevons par ailleurs que, pour les infractions pénales prévues par le Titre IV pour lesquelles une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, le contournement du juge pénal est encore possible au profit de la DGCCRF qui dispose d'un pouvoir de transiger, avec accord du procureur de la République. V. art. L. 490-5 C. com.

[7] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », *Concurrences,* n° 1-2011, art. n° 33944

maintien, ce qui n'est pas notre objet. Nous nous en tiendrons par conséquent à affirmer que l'analyse conduite à travers le prisme contentieux confirme les conclusions de celle menée à travers le prisme du droit substantiel : le maintien de cet ultime îlot de droit pénal n'appelle d'autre réflexion que le souhait de son abandon.

44. Exclusion incidente du contentieux des enquêtes lourdes. Ne seront pas non plus étudiés les recours ayant pour seul objet les opérations effectuées au cours d'enquêtes de concurrence. Sont ici visées les enquêtes dites « lourdes », diligentées par les agents de la DGCCRF ou de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Celles-ci font l'objet d'un régime d'autorisation et de contrôle juridictionnels spécifique qui relève de la compétence exclusive d'un juge dont l'office consiste à veiller à la garantie de la liberté individuelle : le juge des libertés et de la détention. Il ne s'agit plus d'assurer à la correcte application de l'arsenal spécifiquement consacré à la protection de la libre concurrence, mais de veiller à ce que des agents auxquels sont confiés d'importants pouvoirs d'enquête et de coercition les exercent en se conformant au cadre protecteur qu'offrent aux personnes qui en font l'objet les droits et libertés fondamentaux[1]. Bien que le refus d'autorisation ou l'annulation d'un acte d'enquête soit susceptible de produire d'importantes conséquences sur les procédures conduites par les autorités spécialisées et les juridictions de recours[2], la logique est encore différente, directement empruntée à la procédure pénale et l'objet de ce contrôle diffère, au moins pour partie, de celui auquel nous nous proposons de consacrer cette étude.

Reste que la plupart des procédures diligentées par les autorités administratives de concurrence le sont sur la base d'enquêtes dites « simples ». Or, les concernant, faute pour le législateur d'avoir organisé des modalités de recours et de contrôle spécifiques[3], les contestations qui sont

---

[1] V. art. L. 450-1 à l. 450-4 C. com. Pour une présentation actualisée du dispositif v. N. JALABERT-DOURY, *Les inspections de concurrence des autorités françaises,* Concurrences, 2e éd., 2021 (spéc. chapitres 1 et 2).

[2] Ces conséquences sont par ailleurs proches de celles produites par la censure d'un acte effectué dans le cadre d'une enquête simple à laquelle nous consacrerons des développements. On peut, dès lors, utilement s'y référer.

[3] Ce dont semblent s'accommoder le Conseil constitutionnel (v. décision n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016 qui juge que l'art. L. 450-3 C. com. ne méconnait pas le droit à un recours effectif) et la Cour de cassation (v. Com., 26 avril 2017, n° 15-25699 et 15-25701 sur lequel : C. LEMAIRE, « Pouvoirs d'enquête : La Cour de cassation considère que les mesures d'enquête prise sur le fondement de l'article L. 450-3 C. Com. ne doivent pas faire l'objet d'un recours juridictionnel autonome et refuse de transmettre des questions préjudicielles à cet égard (*Brenntag*) », *Concurrences,*, n° 3-2017, art. n° 84590). Pour une réflexion récente en droit de l'UE v. N. JALABERT-DOURY, « Peut-on concevoir qu'en 2022 les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ? », *in Mélanges L. Idot,* 2022, vol. 1, p. 375.
Des auteurs doutent pourtant de la conformité de cet état du droit (notamment en matière d'enquêtes relatives aux pratiques restrictives) à la jurisprudence de la Cour EDH. V. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Réflexions sur l'évolution de la preuve des pratiques restrictives de concurrence lors de l'action publique du ministre », *in Mélanges L. Idot,* 2022, p. 165 et s., spéc. p. 175-178, qui relève d'importants doutes au regard d'une décision de condamnation concernant les pouvoirs d'enquête et d'inspection de l'autorité de concurrence tchèque lesquels étaient, eux aussi, insusceptibles de recours immédiat et présentaient plusieurs similarités avec le droit positif français (CEDH, 2 octobre 2014 *Delta Pekárny*, n° 97/11, définitif 2 janvier 2015). Et du même auteur : « Confier la sanction des

susceptibles de naître ne peuvent être formulées que par « voie d'exception »[1] : devant l'Autorité de la concurrence ou les services du ministère lors de la procédure administrative d'abord, puis devant le juge à l'occasion du recours exercé contre l'acte adopté au terme d'une telle procédure ensuite. Dans cette dernière hypothèse, ce contentieux réintègre alors pleinement le champ de notre recherche[2].

45. Bilan. Ainsi, l'étude portera sur les recours exercés, devant les juridictions nationales non répressives, contre les actes et décisions adoptés par les autorités françaises, juridictionnelles et administratives, chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Avant de l'entamer, il reste à en exposer les principaux enjeux et intérêts ainsi que la démarche.

§ IV – Intérêts et démarche de l'étude

46. Justification de la recherche. L'étude du cadre et des modalités suivant lesquelles le juge saisi sur recours est amené à opérer un contrôle des actes et décisions adoptés par les autorités nationales chargées de faire application du droit de la concurrence recouvre plusieurs enjeux et brigue divers objectifs qui constituent les intérêts de notre recherche. Leur présentation (A) permettra d'expliquer le choix de la démarche mise au service de leur poursuite (B).

A. Intérêts de l'étude

47. Intérêt immédiat, intérêt médiat. La recherche proposée présente des intérêts de deux ordres. D'une part, son intérêt immédiat repose sur une étude approfondie et transversale du contentieux interne de la concurrence qui poursuit l'objectif d'en accroître la connaissance et d'en assurer une meilleure compréhension afin, dans un second temps, de suggérer des pistes destinées à en renforcer l'efficacité (1). D'autre part, un intérêt médiat résulte de la perspective processuelle adoptée : l'étude de ce contentieux à la croisée des procédures et des institutions sera l'occasion de contribuer à des réflexions consacrées à des questions plus globales (2).

---

pratiques restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », *in Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier,* LexisNexis-Dalloz, 2021, p. 33.

[1] Bien qu'elle puisse, d'un point de vue processuel, manquer quelque peu de rigueur ; cette expression nous semble parfaitement illustrer la difficulté. Elle est utilisée par L. VOGEL, « Concurrence : plaidoyer pour une vraie réforme », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié,* LexisNexis, 2019, p. 1209.

[2] Nous verrons à cet égard que, bien que ces opérations soient antérieures à l'ouverture de la procédure de sanction qui marque par principe le point de départ du contrôle juridictionnel, les juridictions de recours tendent de plus en plus à intégrer à leur office un contrôle de certains des éléments de l'enquête ayant abouti à l'adoption de la décision dont elles sont saisies. Elles intègrent à ce titre, presque « incidemment », le champ de notre étude.

1. Une étude transversale en contentieux interne de la concurrence

48. Apport d'une approche transversale. En premier lieu, par-delà son objet spécifique, notre recherche repose sur une approche transversale du contentieux interne de la concurrence. Cette focale permet d'abord de procéder à un état des lieux d'ensemble qu'empêche toute approche parcellaire dépendante des « chapelles disciplinaires »[1] qui ont longtemps structuré l'étude de notre droit et auquel ne permettent pas d'aboutir les travaux consacrés à un type d'acte, de procédure, d'autorité ou de contentieux particulier du droit de la concurrence.

En effet, avant d'engager l'étude de recours à proprement parler, il nous faudra en recenser méthodiquement les objets potentiels. Dès lors, il nous reviendra de procéder à un tel inventaire en identifiant, d'une part, l'ensemble des autorités nationales mobilisées pour la mise en œuvre du droit de la concurrence et, d'autre part, l'ensemble des modalités et voies procédurales par lesquelles ces autorités accomplissent leur fonction. Il devra être complété par un recensement des différentes voies de recours ouvertes contre les actes et décisions adoptées au terme de ces procédures et par l'identification des juridictions compétentes pour en connaître. Préalable nécessaire à l'amorce de notre recherche, cet état des lieux pourrait permettre, en tant que tel, de parvenir à éclairer quelque peu ce décor dont la simple observation peut laisser dubitatif.

En sus de cette vertu descriptive, cette focale permettra de procéder à des analyses transversales menées en considération de l'unité fonctionnelle du droit de la concurrence. Elles seront l'occasion de porter des appréciations éclairées sur le droit positif en insistant sur ses lacunes pour, dans un second temps, éventuellement suggérer des corrections et pistes d'amélioration. La perspective est claire : les lacunes identifiées sur le terrain contentieux se répercutent inévitablement sur l'effectivité du droit matériel de la concurrence et menacent ainsi directement la poursuite efficace de sa fonction. La réflexion transversale qui tend à la résolution des premières participe donc pleinement de l'efficacité du second.

49. Intérêt d'une étude consacrée aux recours. En deuxième lieu, la recherche est consacrée au contentieux juridictionnel de « second degré »[2] ou en cassation, ce qui participe à la fois de son originalité et de son intérêt.

De son originalité d'abord car la question du contrôle juridictionnel est souvent traitée à la marge, dans le cadre de travaux consacrés au droit substantiel de la concurrence ou à un aspect précis de son contentieux. Lorsqu'elle est prise pour objet principal, cette question n'est alors

[1] Expression empruntée à Y. GAUDEMET, « Rapport de synthèse », *in La concurrence*, précité, p. 3.
[2] Sur l'utilisation quelque peu dévoyée de cette expression, v. les explications fournies *supra*, n° 11.

souvent abordée qu'au regard d'un type d'autorité, de procédure, d'acte ou champ particulier et rarement dans sa seule dimension nationale dont nous avons pourtant rappelé la nécessité.

De son intérêt ensuite car la multiplicité des autorités compétentes et des procédures susceptibles d'être empruntées au « premier degré » entraîne une dispersion du contentieux qui comporte des risques. Les deux principaux tiennent, pour le premier, à une interprétation et à une application désordonnée de l'arsenal législatif considéré et, pour le second, à une inégale garantie des droits et protection des intérêts des justiciables concernés par les procédures diligentées et actes adoptés. Dans un champ caractérisé par son importante technicité et empreint d'une forte dimension répressive, ces risques sont sérieux[1]. Or le recours juridictionnel offre, sur ces plans au moins, un cadre propice au rétablissement d'une nécessaire harmonie et à l'envoi de « signes de cohérence aux agents »[2]. L'analyse du droit positif conduira à un constat d'insuffisance. Après en avoir fait état, nous en rechercherons les causes, toujours dans l'objectif de parvenir à suggérer des pistes d'amélioration en droit prospectif.

2. Une réflexion globale en droit processuel et des institutions

50. Réflexion en droit comparé interne des procédures. Bien que prenant pour objet le contentieux spécifique de la concurrence, l'étude proposée permettra de contribuer à des réflexions plus globales et générales relatives, notamment, au droit du procès.

Ce contentieux se trouve en effet à la croisée des procédures – civile et administrative contentieuse d'abord mais répressive, par le truchement des notions de « matière pénale » et de « punition »[3], aussi. Il se prête par conséquent tout à fait à un « retour vers le futur » destiné à procéder à une analyse comparative de ces différentes procédures en vue d'en rechercher puis d'en étudier les « matrices élémentaires » ou « essentielles »[4]. Des comparaisons entre les

[1] V. déjà la mise en garde de E. CLAUDEL, « Quelle influence du droit communautaire sur la procédure suivie devant le juge national ? », *in* G. CANIVET, L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986,* précité, spéc. p. 41-45.

[2] Dans ce paysage marqué par une grande diversité des organes et des procédures, « le rôle du juge est de donner des signes de cohérence aux agents, de plus en plus dépassés par l'abondance et la complexité des règles de droit » (L. CADIET, « Diversités, convergences et perspectives. Rapport général de synthèse », *in* Y. CHAPUT, A. LÉVI (dir.), *Quelles juridictions économiques en Europe ?*, précité, p. 551 et s., spéc. n° 638, p. 571). Cela repose, notamment, sur l'exercice de son rôle normateur par le juge sur lequel v. D. D'AMBRA, thèse précitée, p. 131 et s.

[3] Nous reviendrons sur ces deux notions pour les décortiquer ; sur la seconde, v. déjà J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.,* n° 26, août 2009

[4] S. AMRANI-MEKKI, « Droit comparé interne des procédures. Retour vers le futur », *in Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges,* Dalloz, 2014, p. 445 (l'auteur raisonne essentiellement à l'aune de la comparaison entre les procédures civile et pénale mais son propos a une vocation généraliste). V. aussi, qui reprennent l'histoire et les différentes acceptions de la notion de droit processuel, L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès,* PUF, 3e éd., 2020, n° 4 et s.

différentes procédures seront ainsi proposées tout au long de l'étude ; l'inscrivant pleinement dans le champ du droit processuel[1].

Par-delà la recherche de principes fondamentaux communs à ces diverses procédures[2] – à laquelle d'autres se sont déjà consacrés[3] – ces analyses permettront de revenir sur ce « commun procédural » dont l'étude est primordiale car « ce qui unit les procédures alimente la compréhension de ce qui les sépare »[4]. Conduisant à une meilleure compréhension du droit positif, ces analyses croisées constitueront en outre d'utiles sources d'inspiration qui permettront de nourrir des réflexions en droit prospectif.

51. Réflexion sur les rapports entre institutions nationales. À la croisée des procédures, le contentieux de la concurrence se situe également à la croisée des institutions : juridictions judiciaires, administratives, du fond ou de cassation, spécialisées ou non ; autorités gouvernementales, autorité administrative indépendante, influence potentielle d'institutions européennes… Le pluralisme est de mise et les appels au dialogue, voire à la coopération sont nombreux. Le champ se prête ainsi parfaitement à des réflexions relatives aux rapports qu'entretiennent ces institutions. Plusieurs seront proposées, de différents ordres.

Certaines sont relatives aux rapports entre juridictions administratives et judiciaires et rejoignent les aspects processuels de l'étude. En sus d'analyses comparatives entre les différents contentieux, la thèse sera l'occasion de contribuer à la réflexion relative au dualisme juridictionnel. Il sera notamment soutenu que le droit et le contentieux de la concurrence ne peuvent convenablement s'en accommoder et que le conservatisme risque, à cet égard, de sérieusement nuire à l'effectivité et à l'effectivité du premier. Ces développements et les propositions faites, bien que concernant au premier chef le champ de la concurrence, pourraient tout à faire servir de base, voire constituer des sources d'inspiration pour des travaux ultérieurs consacrés à des champs plus larges ou voisins qui présentent des similarités.

---

[1] Seront ainsi évoquées les notions de partie, d'instance, de prétention, de conclusion ou encore celles de juridiction et de tribunal ; une approche comparative du ministère public et du rapporteur public sera proposée, de même que les similarités et différences entre la cassation judiciaire et la cassation administrative seront abordées.

[2] Recherche qui constituerait la fonction essentielle du droit processuel selon certains auteurs, v. spéc. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès,* Dalloz, 11e éd., 2021, n° 4.

[3] V. par ex. les thèses de O. DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français,* LGDJ, 2000 ; C. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire. Contentieux de la concurrence et de la bourse,* LGDJ, 2002 et M. LE SOUDÉER, *Le contrôle du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de procédures applicables aux pratiques anticoncurrentielles*, thèse Paris II, 2017. V. aussi la réflexion proposée en contentieux économique par M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », *Justices,* n° 1, 1995, p. 91 et L. IDOT, « Droit processuel économique », *Justices,* n° 8, 1997, p. 154.

[4] S. AMRANI-MEKKI, article précité, n° 4.

D'autres concerneront les rapports entre institutions juridictionnelles et autorités administratives. Adoptant des outils forgés par d'autres, il sera nécessaire de procéder à quelques analyses institutionnelles comparatives. Elles seront destinées à s'assurer que la relation de contrôle qui s'établit entre elles ne conduise pas à ce que les premières s'emparent de pouvoirs exclusivement octroyés aux secondes, s'y substituant ainsi dans des fonctions qui leur sont propres. Dans une perspective inverse, il faudra veiller à ce que l'expertise des secondes n'ait pas pour effet de priver les premières d'une part de leur office ; ce qui conduira également à réfléchir au rôle qui doit être attribué aux sachants que le juge sollicite pour pallier ses lacunes techniques, experts ou *amici curiae*. Ces questions sont parfois sensibles. De nouveau, les développements que nous y consacrerons en matière de concurrence seront susceptibles d'alimenter des réflexions plus globales.

La poursuite de ces intérêts et objectifs reposera sur une démarche qu'il faut désormais exposer.

B. Démarche de recherche

52. Questionnement. L'étude a pour point de départ un constat dont découle un questionnement. Le constat, d'abord assez sommaire, est celui d'un désordre qui semble caractériser le contentieux interne de la concurrence. Le questionnement porte alors sur l'acceptabilité même de cet état des choses. Comment se satisfaire qu'un droit réputé si technique, conçu pour répondre à un impératif d'intérêt général et en partie issu de dispositions communautaires dont les États membres sont tenus d'assurer l'application effective fasse, au stade contentieux, l'objet d'un traitement si désordonné ? En déclinant l'interrogation pour l'affiner, la question se pose de savoir comment et pourquoi en est-on arrivé à un tel désordre malgré les volontés initiales d'unité et de rationalisation ? Était-ce nécessaire ? Ces difficultés relatives à la compétence juridictionnelle étaient-elles inévitables car répondant à des impératifs incontournables ? Par-delà les frais et allongements de la durée des procédures qu'elles sont susceptibles d'engendrer, ne conduisent-elles pas à fragmenter à l'excès ce contentieux ?

53. Problématique de la thèse. Une problématique se dégage de ce questionnement. Le droit positif qui fixe le cadre et les modalités de traitement des recours exercés, devant les juridictions françaises, contre les actes et décisions des autorités nationales de concurrence permet-il aux juges de traiter ce contentieux au moyen de solutions à la fois respectueuses des droits et garanties offerts aux justiciables et conformes aux objectifs et impératifs de la matière ? En somme, « *ce désordre processuel peut-il être source d'ordre concurrentiel ?* »[1].

[1] L. CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », *in Mélanges A. Pirovano,* 2003, p. 109 et s., spéc. n° 4, p. 112.

C'est à ces interrogations que l'étude cherchera à répondre, l'hypothèse étant faite qu'une désorganisation et une fragmentation excessives de ce contentieux comportent le risque de nuire à la qualité de son traitement et, *in fine*, tant à l'effectivité du droit de la concurrence qu'à son efficacité. La protection des droits et intérêts légitimes des justiciables concernés serait alors aussi en péril. Si elle était vérifiée, la thèse ne saurait s'en tenir à en faire état.

54. Démarche. Pour aborder cette problématique, la recherche suivra donc une démarche scindée en deux temps. D'abord, le constat sommaire dont nous avons fait état devra être étoffé. Le premier temps sera donc celui de l'énoncé descriptif et empirique. Il aura pour fonction de vérifier l'existence puis d'évaluer l'ampleur de l'état de désorganisation qui, à première observation, semble caractériser le contentieux à l'étude. Il s'agira d'établir un état des lieux exhaustif. Ce travail commandera de se référer aux textes en vigueur mais aussi, souvent, à des solutions prétoriennes afin d'identifier la ou les juridictions compétente(s) pour connaître des recours susceptibles d'être exercés contre les différents actes et décisions des autorités nationales chargées de la mise en œuvre, en « premier ressort », du droit de la concurrence.

L'approche empirique devra être enrichie d'un effort heuristique. Pour lui-même, cet état des lieux sera éclairant mais d'un apport insuffisant. Il nous faudra rechercher les causes de ce désordre – le cas échéant au moyen d'hypothèses explicatives – puis en mesurer les conséquences – ce qui impliquera d'analyser et de comparer les modalités procédurales suivant lesquelles ces recours doivent être exercés ainsi que les pouvoirs confiés aux différents juges chargés d'en connaître. Ce premier temps permettra d'établir que l'éclatement du contentieux de la concurrence constitue une véritable menace, tant du point de vue des opérateurs concernés que de l'objectif fondamental de la matière et qu'il trouve ses principales causes dans des éléments insusceptibles d'en établir la nécessité. Il s'est souvent davantage agi de luttes de pouvoirs et de lacunes de méthode que d'impératifs et de cohérence juridiques. Cet état de désorganisation du droit positif apparaîtra ainsi néfaste et injustifié.

Ensuite, il nous faudra chercher à y remédier. Au discours évaluatif sur lequel s'achèvera notre premier acte, devra succéder un second temps davantage tourné vers la recherche de solutions[1]. Puisque l'hypothèse aura été formulée qu'une insuffisante réflexion transversale relative aux finalités du contrôle juridictionnel des actes des autorités de concurrence permet d'expliquer les lacunes les plus graves du droit positif, notre démarche prospective devra y consacrer son amorce. C'est, en effet, à l'aune de ces finalités que le système de recours doit être conçu.

[1] En effet, « au sein des métadiscours juridiques, les énoncés prescriptifs ont souvent pour préalable des énoncés évaluatifs » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, ouvrage précité, n° 455).

Il apparaîtra, au regard des principales finalités identifiées et des spécificités du droit de la concurrence, que ce contentieux confronte le juge à des difficultés et enjeux tels qu'ils commandent une profonde réorganisation du cadre et des modalités selon lesquels sont exercés puis traités les recours à l'étude. Le dernier temps consistera alors à suggérer quelques pistes. En vue de permettre l'exercice d'un contrôle juridictionnel efficace – donc apte à produire les effets attendus – l'unification du contentieux au stade du recours et la spécialisation des juges amenés à en connaître seront fixées comme horizon. Ces objectifs gouverneront et orienteront l'entreprise de réorganisation suggérée. Nous l'accompagnerons et l'assoirons sur un modèle de juridiction unique et spécialisée dont la construction progressive, assortie de réflexions relatives à sa composition et aux modalités procédurales d'exercice de son office particulier, permettra d'illustrer la proposition et d'en mesurer les apports.

55. Plan de la thèse. Partant, le premier temps de la recherche sera celui de l'observation. Il consistera à procéder au recensement des différents actes et décisions des autorités nationales de concurrence qui doivent pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel puis, pour chacun, à l'identification de la juridiction compétente pour en connaître et, conséquemment, de la procédure qui lui est applicable. Une analyse détaillée du droit positif permettra d'affiner le constat sommaire, communément établi, de l'état d'éclatement qui caractérise ce contentieux afin d'en rechercher les causes puis d'en mesurer les effets indésirables (**Partie I**).

Une fois le diagnostic posé, le mal compris, viendra le temps du traitement et des propositions. Pour parvenir à rationnaliser ce contentieux dispersé à l'excès, il sera nécessaire de consacrer une réflexion préalable aux finalités du contrôle juridictionnel des actes et décisions envisagés. Elle nous conduira à engager une entreprise de réorganisation orientée vers la recherche d'un subtil équilibre assurant que le juge dispose des moyens de les soumettre à un contrôle approfondi sans outrancièrement perturber la poursuite de leur mission spécifique par les autorités qui en sont les auteurs. La nécessité d'innover justifiera d'accompagner notre proposition de la construction progressive d'un modèle de juridiction de recours unique et spécialisée : la Cour de la concurrence (**Partie II**).

PARTIE I : UN DROIT POSITIF DÉSORGANISÉ

56. L'observation d'un droit positif désorganisé. L'observation du droit positif qui organise et régit le recours juridictionnel contre les actes des différentes autorités nationales de concurrence laisse dubitatif. Alors qu'une volonté initiale d'unification avait été affichée dès la période de l'élaboration de l'Ordonnance de 1986[1], qui a posé les bases de ce qu'il convient de qualifier de « droit moderne de la concurrence », des observateurs ont rapidement fait état d'un leurre devenu mythe[2], d'un échec ou encore d'une unification incomplète. Dès les lendemains de cette ambitieuse tentative d'unification du contentieux de la concurrence au stade du contrôle juridictionnel, un sentiment de déception et d'inachevé s'est alors rapidement propagé.

Les réformes successives de la matière n'ont fait qu'empirer cet état de morcellement. Le renforcement et la multiplication des pouvoirs confiés aux autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence n'ont, bien souvent, été accompagnés d'aucune réflexion aboutie ni même, parfois, d'aucune disposition relative à la désignation du juge compétent pour connaître d'éventuels recours dont pourraient faire l'objet les actes et décisions adoptés sur fondement de ces pouvoirs nouveaux. C'est par conséquent le droit commun qui a été mobilisé pour les organiser. Il en résulte que ces différents recours relèvent, en droit positif, de la compétence de juridictions relevant d'ordres et de degrés différents. Le constat peut ainsi facilement être fait d'un droit positif désorganisé.

57. Démarche. Avant d'en envisager les remèdes, encore faut-il bien comprendre le mal. Pour ce faire, il est nécessaire d'étoffer ce constat sommaire. D'abord, il nous faudra nous intéresser au processus ayant conduit à cet état du droit positif. Cette étude permettra d'appréhender puis de livrer une appréciation quant aux modalités par lesquelles ont été désignées les juridictions compétentes pour connaître des recours exercés contre les actes adoptés par les différentes autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence (Titre I). Ensuite, le temps sera venu de mesurer les effets produits par cette diversité de juridictions compétentes pour connaître de ces recours. Il s'agira alors de mesurer les conséquences d'ordre procédural qui résultent de l'état d'éclatement qui caractérise ce contentieux (Titre II).

[1] Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 *relative à la liberté des prix et de la concurrence* (« l'Ordonnance »).
[2] D. TRUCHET, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau,* Dalloz, 2002, p. 539.

TITRE I : LA DÉSIGNATION DÉSORDONNÉE DU JUGE DE RECOURS

58. Mesure de l'éclatement et formulation d'une hypothèse. Une brève observation suffit à percevoir l'importante distance qui sépare le discours des réformateurs des années 1980, affichant une volonté d'unifier le contentieux de la concurrence au stade du recours, et l'état du droit positif, lequel s'illustre par son caractère éclaté. Les présents développements seront l'occasion d'en fournir une mesure plus précise. Leur objet ne se limite toutefois pas à cela.

L'exposé du processus ayant abouti, dans chacun des pans du droit de la concurrence, aux solutions qui constituent le droit positif permettra de formuler une hypothèse : une lacune dans la méthode suivie par le législateur[1] pourrait constituer l'une des causes majeures de cet état d'éclatement. En portant une inégale et, bien souvent, une insuffisante attention à la question du recours dans le cadre des réformes successives du droit de la concurrence, ce dernier s'en est remis, consciemment ou non, à la vocation subsidiaire du droit commun. Pourtant, les spécificités de la matière et de son contentieux ne pouvaient conduire qu'à l'incomplétude des solutions offertes par cette voie. Dès lors, une large place était offerte à l'incertitude et à l'interprétation. Or c'est parfois au regard de considérations étrangères à la rigueur et à la cohérence juridiques que le travail d'interprétation a été mené, ce qui pourrait expliquer le système désorganisé auquel ce processus a abouti. La vérification de cette hypothèse guidera et complètera la nécessaire présentation du droit positif dont il reste à exposer la structure.

59. Approche chronologique. Eu égard au fait qu'elle a, dans un premier temps – celui de la « grande réforme » de la seconde moitié des années 1980 – cristallisé les oppositions avant de faire l'objet, dans un second temps, d'un désintérêt qui interroge, la question de l'identification du juge compétent pour connaître des recours exercés contre les actes des autorités nationales de concurrence se prête parfaitement à une approche chronologique.

Alors, après nous être intéressé aux modalités et circonstances ayant entouré la désignation du juge du recours dans le cadre de la réforme du droit des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle des concentrations – que nous qualifierons de champs traditionnels du droit de la concurrence (Chapitre 1), nous nous intéresserons à celles ayant entouré la désignation de ce juge lors de l'émergence de champs nouveaux du droit de la concurrence (Chapitre 2).

[1] L'expression est ici utilisée dans une acceptation large à laquelle il peut être reproché un manque de rigueur : c'est bien souvent par la voie de l'ordonnance gouvernementale que le droit de la concurrence a été réformé. Reste que la fluidité du propos nous a conduit à privilégier l'usage de cette expression. Cette précision étant faite, des développements ultérieurs permettront de s'assurer qu'aucune confusion n'est commise sur ce plan.

Chapitre 1 : Dans les champs traditionnels du droit de la concurrence

60. Étude du dispositif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations dans l'Ordonnance de 1986. C'est dans le cadre de l'importante réforme du droit de la concurrence consacrée par l'ordonnance du 1er décembre 1986 que le travail d'organisation du recours juridictionnel contre les actes de la nouvelle autorité administrative en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence a débuté. Le Conseil de la concurrence, créé par l'Ordonnance, et le recours juridictionnel contre les décisions de ce dernier font partie intégrante de cette profonde réforme dont il sera nécessaire de rappeler les objectifs et l'esprit. Elle procède en effet d'une volonté politique ambitieuse qui permet de mieux comprendre son ampleur considérable, tant sur le plan substantiel que sur celui des institutions.

À ce stade des développements, nous nous en tiendrons à l'étude des solutions adoptées dans ce qui sera qualifié de champs traditionnels du droit de la concurrence, dont les bases avaient déjà été posées avant l'entrée en vigueur de cette réforme générale à savoir, le droit des pratiques anticoncurrentielles et celui du contrôle des projets de concentration économique.

Dans ces champs, les aspects substantiels de l'Ordonnance ont fait l'objet d'un débat apaisé dans un contexte favorable au changement de paradigme de la politique économique que la réforme entendait consacrer. À cet égard, quelques rappels s'avèreront grandement utiles à la pleine compréhension de la suite du propos (Section 1). Les aspects institutionnels de l'Ordonnance ont, eux, cristallisé de vives oppositions politiques et luttes de pouvoirs ; parfois au détriment d'une rigoureuse prise en compte des arguments et considérations d'ordre juridique qui auraient pourtant dû guider la plume du réformateur. L'on voit là poindre l'une des causes plausibles du sentiment d'insatisfaction qu'a très vite provoqué l'observation du cadre et des modalités de contrôle juridictionnel des actes des autorités en charge de la mise en œuvre de ce droit moderne de la concurrence sur lesquels la réforme a débouché (Section 2).

Section 1 : La réforme du droit de la concurrence : enjeux substantiels et débats institutionnels

61. Ordonnance du 1er décembre 1986 : volets substantiel et institutionnel. Le droit français de la concurrence que l'on peut qualifier de « moderne » résulte d'une réforme en profondeur intervenue par l'adoption de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Cette réforme, qui a consacré l'abandon définitif du système d'économie administrée en vigueur en France depuis

la Seconde Guerre mondiale et le passage vers une économie libéralisée reposant sur le principe de la libre concurrence, a considérablement modifié le droit national sur plusieurs plans.

En premier lieu, c'est naturellement le droit substantiel encadrant les relations économiques qui a été bouleversé. Alors que la législation antérieure reposait encore sur un principe de contrôle préalable de l'État et d'encadrement strict de toutes relations économiques – à commencer par celui des prix – le nouveau droit de la concurrence repose sur un postulat de liberté. Ce bouleversement du droit substantiel, du fait de son ampleur, impliquait une véritable évolution des pratiques et donc des mentalités. Or ce pan de la réforme a été adopté sans que lui soit opposée une trop vive contestation. Cela peut s'expliquer par le contexte politique favorable à ce mouvement de libéralisation qui était celui de la France du milieu des années 1980 (§ I).

Mais afin d'assurer une parfaite libéralisation de l'économie française, cette réforme devait comporter de profondes évolutions d'ordre institutionnel. Le libéralisme impliquait en effet que les autorités étatiques n'aient plus mainmise sur l'économie. Le volet institutionnel de la réforme a finalement abouti à une forme de compromis reposant sur une certaine dichotomie : aux côtés des autorités gouvernementales qui conservaient un rôle important dans la mise en œuvre du nouveau droit de la concurrence, une autorité administrative indépendante (AAI) de l'administration centrale a été instituée par l'Ordonnance. L'indépendance de cette autorité imposait qu'elle soit soumise à un contrôle juridictionnel. Or l'organisation de ce contrôle s'est avérée comporter des enjeux cruciaux dans un contexte institutionnel français déjà troublé. C'est alors sur ce plan que se sont cristallisés les plus vifs débats et oppositions (§ II).

§ I – Un contexte politique favorable à une réforme du droit de la concurrence

62. Large consensus libéral. Le contexte politique national de la fin des années 1970 et du début des années 1980 est marqué, tant sur le plan de la politique générale que sur celui de la politique économique, par une forte contestation de l'omniprésence de l'État dans toutes les sphères de la vie sociale. Cette contestation a pris la forme d'une revendication « néolibérale » appelant de ses vœux davantage de libéralisme, notamment sur le plan économique.

Ce contexte politique contemporain à la préparation de l'ordonnance du 1er décembre 1986 mérite d'être rappelé (A) car il permet de mieux comprendre que les aspects substantiels de cette réforme, pourtant d'envergure, ont fait l'objet de débats mesurés et d'un consensus surplombant les clivages politiques profonds de l'époque (B).

A. Contexte politique de préparation de la réforme

63. Réforme d'ampleur, débats modérés. Le contexte politique de préparation de l'Ordonnance mérite d'être étudié en deux de ses aspects qui permettront de mieux comprendre que les éléments substantiels de la réforme ont fait l'objet de débats et oppositions qui peuvent être qualifiés de modérés eu égard aux bouleversements qu'ils ont emportés.

D'abord, un rapide retour sur les évolutions de la politique économique nationale menée de l'après Seconde Guerre mondiale jusqu'à la période de préparation de la réforme permettra de démontrer qu'au jour de l'ouverture des débats, la société française était disposée à entériner l'abandon de son économie administrée pour poser les bases juridiques d'une économie libérale (1). Puis, un bref rappel du contexte politique et social général permettra de comprendre le choix de la voie de l'ordonnance qui a été fait pour mener cette réforme à son terme (2).

1. Le contexte politico-économique

64. Lent processus de libéralisation. « L'ouverture à la concurrence » de l'économie française et l'abandon du régime de l'économie administrée se sont faits progressivement. La réforme intervenue au milieu des années 1980 marque l'aboutissement d'un processus d'une quarantaine d'années qui a vu l'économie nationale passer de l'état d'économie administrée à celui d'économie libéralisée reposant sur le principe de la libre concurrence. Plusieurs grandes périodes peuvent être distinguées[1].

65. Sortie du second conflit mondial : la légitimité du régime d'économie administrée. Les pénuries et reconstructions rendues nécessaires par la Seconde Guerre mondiale ont conduit à l'idée que seul l'État était à même de prendre en main ces enjeux pour les gérer de manière efficace et coordonnée. L'ordonnance du 30 juin 1945[2] prend acte de ce besoin et confère à l'État et à l'administration centrale un important pouvoir de police et d'encadrement des prix.

C'est ainsi au Gouvernement qu'est revenu le pouvoir de fixer diverses règles, plus ou moins strictes selon les secteurs, d'encadrement des prix. Pouvait ainsi être prévu un prix maximum au-delà duquel les biens ou servis concernés ne pouvaient être licitement vendus, des marges maximums au profit du vendeur ou fournisseurs ou encore des prix de référence desquels les prix pratiqués ne pouvaient s'écarter au-delà d'un certain pourcentage ou montant.

[1] Nous prenons ici pour point de départ de ce bref panorama l'adoption de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ; sans ignorer que des périodes et textes plus anciens peuvent présenter un intérêt certain pour la compréhension du droit positif et de l'état de nos institutions. À leur sujet, v. les développements et références proposés *supra*, n° 5 et s. dans l'Introduction de notre thèse.
[2] Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 *relative aux prix.*

À la même période, l'État accroît encore son rôle dans tous les secteurs de l'économie par une vague de nationalisations de grands groupes[1], parfois sans compensation financière au profit des actionnaires expropriés[2]. En parallèle, est adopté un « plan de reconstruction et de développement économique » pour la période 1947-1950 qui, bien qu'ayant été qualifié « d'indicatif et incitatif », étendait encore le champ de contrôle opéré par l'administration.

Malgré les quelques pans de l'économie qui semblaient avoir été abandonnés au régime de la liberté des prix, l'État conservait un pouvoir général de contrôle et de direction sans véritable limite[3]. En l'absence de véritable liberté dans l'activité économique, la libre concurrence avait peu de consistance[4]. La sortie de cette période de pénuries et reconstructions imposa rapidement l'amorce d'un mouvement progressif d'évolution vers plus de liberté dans l'économie et, dans le même temps, d'encadrement de la concurrence.

66. Les « Trente Glorieuses » : modernisation de l'économie et encadrement de la concurrence. Dès 1948, le « Plan Mayer »[5] marque un mouvement de réduction du contrôle systématique des prix, jugé trop coûteux, qui coïncide avec le point de départ de la période des Trente Glorieuses. Marquée par une forte croissance, cette période va être l'occasion d'importantes évolutions dans les politiques menées sur le plan économique.

En 1952 le ministre des Affaires Économiques Antoine Pinay use, pour lutter contre la forte hausse des prix, de « moyens généralement considérés comme incompatibles entre eux » et sort du strict interventionnisme étatique en usant de techniques plus libérales : « il emploie la persuasion libérale autant que la contrainte dirigiste »[6]. Le paradigme évolue, lentement.

En 1953 le Parlement tente de faire voter une loi sur la concurrence sans y parvenir. Ce projet avorté se verra substituer un important décret modificatif de l'Ordonnance de 1945[7]. Ce décret

---

[1] À titre d'exemple, sans vocation à l'exhaustivité : Les Charbonnages de France, société nationalisée par Ordonnance du 14 décembre 1944 déjà puis Air France par une loi du 26 juin 1945, la Banque de France par une loi du 2 décembre 1945, puis le gaz et l'électricité (loi 8 avril 1946).

[2] Ce fut le cas pour Renault, l'Ordonnance du 16 janvier 1945 a ainsi organisé une « confiscation » de l'entreprise qui fut nationalisée à titre stratégique mais aussi à titre de sanction pour « collaboration avec l'ennemi » ; à ce titre Louis Renault ne reçut aucune compensation financière.

[3] M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen,* Sirey, 7e éd., 2017, p. 2.

[4] Rares étaient les dispositions qui lui étaient consacrées. V. toutefois : l'Ordonnance de 1945 avait prohibé les « refus de vente », les « discriminations en matière de prix » et certaines autres pratiques. Mais tout cela était conçu comme participant de l'encadrement des prix et les méconnaissances de ces interdictions étaient appréhendées par les services de l'État en charge du contrôle des prix.

[5] Du nom du ministre des Finances du Gouvernement Schuman, René Mayer, qui en est à l'origine.

[6] J.-F. ECK, *Histoire de l'économie française depuis 1945,* Armand Colin, 7e éd., 2004, p. 21.

[7] Décret n° 53-704 du 9 août 1953 dit *décret anti-trust règlementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence* pris sur habilitation conférée par le Parlement au Gouvernement de prendre des mesures relatives « au maintien ou au rétablissement d'une libre concurrence industrielle et commerciale » (v. art. 7 de la loi cadre n° 53-611 du 11 juillet 1953).

a eu explicitement pour vocation à « rétablir la libre concurrence » et présentait, déjà, les traits du « droit de la concurrence moderne » naissant[1]. Des dispositions sur les ententes illicites ont ainsi été ajoutées à l'Ordonnance de 1945 ainsi que la prohibition d'autres pratiques « qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de restreindre le libre exercice de la concurrence en empêchant la réduction des coûts ou des prix ou en encourageant une hausse artificielle des prix ». Le cadre est encore restreint : seules les pratiques concertées ayant des effets sur les prix sont concernées. Mais la dynamique est lancée.

Pour guider le ministre de l'Économie dans la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions, le décret crée la Commission technique des ententes à laquelle est confiée la mission de mener des enquêtes relatives à des ententes illicites et de conseiller le ministre sur les suites à donner (prononcé de sanctions pécuniaires ou saisine du juge pénal). L'arsenal législatif ayant été étendu, par une loi du 2 juillet 1963[2], au contrôle et à la surveillance des positions dominantes, cette autorité est devenue Commission technique des ententes et des positions dominantes[3]. La dynamique est donc en marche, renforcée par l'esprit libéral du Traité de Rome signé le 25 mars 1957 qui met en place la Communauté économique européenne et comporte des dispositions relatives à la libre concurrence. Quelques années plus tard, une ordonnance du 28 septembre 1967 relative à la loyauté en matière de concurrence accroît les pouvoirs du ministre de l'Économie et renforce encore l'arsenal législatif favorable à une libéralisation de l'économie et à l'organisation d'une libre concurrence.

67. 1970-1980 : libéralisation de l'économie et émergence d'un « véritable » droit de la concurrence. Le choc pétrolier de 1973 a rendu insupportables les derniers vestiges des politiques de planification de l'économie et d'encadrement des prix. Le Gouvernement de Raymond Barre réduit encore le contrôle des prix et œuvre à l'organisation d'une plus libre concurrence[4]. Le discours de politique générale du chef du Gouvernement le 5 octobre 1976 est sans ambiguïté : « s'attaquer aux facteurs structurels de l'inflation, c'est d'abord faire en sorte que le jeu normal de la concurrence puisse faire disparaître les rentes de situation qui sont à

[1] Il constitue même, selon certains, « l'acte de naissance du droit moderne de la concurrence », M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence,* Dalloz, 2006, n° 5 p. 6.
[2] Loi n°63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963.
[3] L'article 3 de la loi étend la compétence de la Commission aux pratiques de positions dominantes, caractérisées par « une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché ».
[4] V. M. WISE, « Droit et politique de la concurrence en France », *Revue sur le droit de la politique et de la concurrence,* vol. 7, n° 1, 2005, p. 7 et M. GLAIS, « Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités concurrentielles françaises et communautaires », *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1er trimestre 1993, p. 45.

l'origine de profits artificiels et abusifs »[1]. Ce qui importe avant tout, c'est l'organisation et la préservation d'une juste et libre concurrence.

Pour ce faire, un projet de loi déposé par le gouvernement précédent est à l'étude et sera adopté le 19 juillet 1977[2]. Il renomme la commission créée en 1953 puis modifiée en 1963, « Commission de la Concurrence ». Celle-ci voit son champ de compétence considérablement élargi puisqu'elle aura dorénavant vocation à connaître de « toute question de concurrence » dont elle pourrait être saisie, à titre consultatif, par le Gouvernement et est habilitée à donner des avis sur les opérations ou projets de concentrations, horizontales ou verticales, présentant « un risque grave pour la concurrence »[3].

Les bases de l'économie libérale furent ainsi bâties sur les deux piliers historiques du droit de la concurrence, que nous qualifions pour cette raison de *champs traditionnels* de la matière : il s'agit du droit des pratiques anticoncurrentielles et de celui organisant le contrôle préventif des projets de concentration économique. Restait à supprimer les derniers vestiges des politiques interventionnistes et à concevoir une réforme d'envergure, générale, pour assoir durablement ce nouveau paradigme de la politique économique. Les alternances politiques du début des années 1980 en furent l'occasion.

2. Le contexte politico-social

68. Échec des politiques de relance aux premiers pas vers le libéralisme. L'année 1986 est présentée par certains comme l'ouverture d'une « période d'instabilité » politique pour la Ve République[4]. Les premières traces de cette instabilité sont perceptibles dès les années antérieures. Après une victoire inattendue de la gauche aux présidentielles de 1981 – due, au moins pour partie, à la division « des droites » de l'époque – confirmée par une importante majorité dans l'hémicycle après les législatives de juin 1981, les importantes réformes

[1] R. BARRE, Déclaration de politique générale « sur la priorité accordée à la lutte contre l'inflation, le développement d'une « société de liberté et de progrès », la réforme de l'administration, la politique sociale et les grandes orientations de la politique étrangère » prononcée à l'Assemblée nationale le 5 octobre 1976, consultable sur *discours.vie-publique.fr*.

[2] Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 *relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante*.

[3] V. Décret n° 77-1189 du 25 octobre 1977 fixant les conditions d'application de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 *relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante*.

[4] M. BERNARD, *Histoire politique de la Ve République – de 1958 à nos jours*, Armand Colin, 2008, p. 183.

économiques[1] et sociales[2] menées en début de septennat n'ont pas véritablement atteint l'objectif de « relance de l'économie française », pourtant promesse phare du candidat socialiste[3]. La hausse du chômage entre 1981 et 1983 a consolidé un mécontentement et une contestation naissants des gouvernants en place, encore nourris par des mesures aux apparences de politique d'austérité décidées par le Gouvernement Mauroy en juin 1982.

Les années suivantes restent marquées par des politiques de réduction des dépenses publiques. Le chômage augmente et des plans sociaux d'envergure donnent prise à des mouvements contestataires. C'est dans ce contexte que le gouvernement fraichement nommé en 1984 (après des défaites électorales aux municipales en 1983 et aux européennes en 1984) autorise, voire encourage la fermeture d'anciens sites industriels au profit d'industries plus neuves à forte rentabilité (informatique, aéronautique, services divers). Est ainsi assumée l'orientation nouvelle et la volonté d'une « reconversion économique » vers un système d'économie de marché, plus libéral, à rebours et parfois au détriment des mesures sociales qui avaient marqué les premiers mois du septennat.

69. Restructuration de la droite et entrée en période de cohabitation. C'est à cette période que la droite, affaiblie après sa défaite en 1981, se restructure et se réunit partiellement autour de critiques de la politique économique menée par le Gouvernement en place, jugée encore trop interventionniste et inefficace, et de son « laxisme » sur le plan sécuritaire. À ses côtés, l'extrême droite commence à obtenir de bons résultats électoraux aux plans local et européen.

Cette droite reconsolidée remporte une courte victoire aux élections législatives du 16 mars 1986. Le Président socialiste doit alors composer avec cette majorité hostile, situation inédite sous la Ve République : s'ouvre la période dite de cohabitation. Alors qu'elle avait été jusqu'ici exercée comme un régime présidentiel, la Ve République dévoila un autre de ses aspects : en l'absence de majorité, le Président de la République est dénué de moyens de déterminer la

[1] Parmi lesquelles les nationalisations, notamment bancaires, résultant de la loi du 13 février 1982, qui poursuivaient l'objectif de fournir à l'État les moyens « d'orienter l'épargne vers des investissements susceptibles de moderniser l'industrie française » (M. BERNARD, ouvrage précité, p. 145).

[2] Parmi lesquelles : ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 qui abaisse à 39h la durée de travail hebdomadaire et fixe à cinq semaines les congés payés ; ordonnance n° 82-270 du 26 mars 1982 qui fixe l'âge légal de départ à la retraite à soixante ans ; la majoration du SMIC, des allocations familiales, ou encore le recrutement de plus de 160 000 fonctionnaires.

[3] L'objectif de relance de la consommation était atteint puisqu'elle a fait l'objet d'une augmentation de 4% après les premiers mois de la gouvernance socialiste. Néanmoins la production industrielle ne suivit pas ce mouvement ce qui a conduit à un recours massif aux importations et donc à l'emprunt qui, mêlé à l'augmentation du déficit budgétaire et de la sécurité sociale, ont créé un accroissement considérable de la dette publique. V. J.-J. BECKER, *Histoire politique de la France depuis 1945,* Armand Colin, 11e éd., 2015, p. 202 et s.

politique de la nation et est contraint de laisser au Gouvernement d'opposition les pouvoirs que lui confère la lettre de l'article 20 de la Constitution[1].

Le nouveau Gouvernement engage alors, malgré l'opposition affichée du Président de la République[2], une série de réformes dans l'esprit du discours économique néolibéral, déjà populaire à l'étranger, qui a constitué le point de ralliement de la droite française[3]. Outre la privatisation de plusieurs grands groupes industriels et financiers par une loi du 31 juillet 1986 – rendue populaire par la possibilité offerte aux particuliers d'entrer au capital d'importantes sociétés privatisées – la revendication principale est de combattre « l'étatisme » en organisant un recul de l'État dans la vie économique et une réduction des charges publiques (suppression de l'ISF, réduction des plus hautes tranches de l'impôt sur le revenu etc.).

70. L'ouverture à la libre concurrence au cœur des réformes du Gouvernement de cohabitation. C'est dans ce contexte que le ministre de l'Économie du Gouvernement Chirac, Édouard Balladur, prépare par voie d'ordonnance une réforme d'envergure du droit français de la concurrence tendant à renverser le régime des contrôles des prix qui existait depuis la Libération et marque le passage vers un « droit de la concurrence moderne ».

B. Évolutions d'ordre substantiel résultant de la réforme

71. Recours à l'ordonnance gouvernementale. Dans un contexte politique sujet à turbulence mais au sein duquel se construit un consensus sur la nécessité de libéraliser pleinement l'économie et de promouvoir la libre concurrence[4], le gouvernement d'alternance nouvellement élu entend mener cette réforme fondamentale. Face à l'opposition affichée du Président de la République il opte pour la voie de l'ordonnance. Le Gouvernement est habilité à « prendre

---

[1] Notamment de ses deux premiers alinéas : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée (…) ».

[2] François Mitterrand avait publiquement demandé au Premier ministre de ne pas abuser du recours à la voie de l'ordonnance et annonce même qu'il se réserve le droit de refuser de les signer ; cette opposition a néanmoins très vite été contournée par le Gouvernement qui fit voter certaines des réformes entreprises par le Parlement via la procédure dite du « vote bloqué », prévue par le 3e alinéa de l'article 44 de la Constitution. V. M. BERNARD, ouvrage précité, p. 184 et s.

[3] Il est toutefois à noter qu'un consensus existait, au-delà des clivages politiques, sur la nécessité de réformer le droit de la concurrence et d'abolir le système de police des prix alors en vigueur. V. ainsi la proposition de loi déposée par V. Giscard d'Estaing, *Proposition de loi visant à abroger les Ordonnances n° 45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945 et à appliquer en France les règles de l'économie libérale de marché*, n° 14, déposée le 23 avril 1986.

[4] V. P. BONAZZA, M.-L. DE LÉOTARD, « M. Bérégovoy saisi par la concurrence », *L'Express*, 31 mai au 6 juin 1985 et proposition de loi déposée par Valéry Giscard d'Estaing le 23 avril 1986 visant à abroger l'ordonnance de 1945 : *Proposition de loi visant à abroger les ordonnances n° 45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945 et à appliquer en France les règles de l'économie libérale de marché* (cités par M. Perroud qui explique que « le besoin de changement est donc ressenti par tous et ne procède donc pas uniquement d'un clivage droite gauche » : T. PERROUD, note sous Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC *in* T. PERROUD, J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative,* LGDJ, 2019, p. 398).

diverses mesures d'ordre économique et social » par une loi du 2 juillet 1986[1], validée, sous quelques réserves d'interprétation, par le Conseil constitutionnel[2]. C'est sur son fondement que la réforme du droit de la concurrence sera engagée.

Jacques Chirac, alors Premier ministre, consulte son ministre de l'Économie Édouard Balladur et le charge de préparer cette réforme. Dès l'hiver 1985, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et la répression des fraudes (la DGCCRF) travaille à la préparation du texte. Le choix sera finalement fait de constituer une commission à laquelle sera confiée la mission de préparer un projet de texte. Elle est installée, le 14 mai 1986, par décision du ministre de l'Économie. Sa présidence est confiée Jean Donnedieu de Vabres, alors président de la Commission de la concurrence[3]. En quelques semaines[4] le groupe de travail, dont la composition a été contestée[5], établit un rapport et rédige un projet d'ordonnance.

72. Structure du projet d'ordonnance. L'abandon du système de l'économie administrée, qui reposait sur des politiques de planification et sur une règlementation stricte des prix, est acté dès les premières dispositions de l'ordonnance. Suivent les différents principes et interdits qu'imposait ce changement de paradigme économique.

73. Consécration du passage à une économie libérale. Sur le fond, le premier article du projet d'ordonnance[6] est à la fois symbolique et lourd de conséquences juridiques. Il prévoit l'abrogation de l'ordonnance de 1945 et de la police des prix qui en résultait et dispose que « les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

Cette libéralisation des prix est le premier marqueur du passage à l'économie libérale. Bien que dans la période antérieure à l'adoption de la réforme, l'encadrement règlementaire des prix avait déjà été moins strict et régulier, l'administration conservait le pouvoir, au moins théorique, de rétablir un contrôle systématique et approfondi. Désormais c'est inscrit dans la loi : sauf dans

[1] Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 *autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.*
[2] Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986 : les réserves d'interprétation concernent principalement le champ de l'habilitation reçue par le Gouvernement, notamment pour réformer le droit de la concurrence.
[3] Il avait succédé en 1980, dans des circonstances quelque peu « obscures », à Pierre Ordonneau, premier président de la nouvelle Commission de la concurrence nommé en 1977 par Valery Giscard d'Estaing. V. A. VERNHOLES, « Le remplacement de M. Ordonneau à la commission de la concurrence suscite quelques interrogations », *Le monde,* 26 juin 1980.
[4] Au cours de son allocution consacrée à l'installation de la Commission, Édouard Balladur a émis le vœu que le groupe de travail lui remette un rapport au 31 juillet 1986.
[5] V. C. GAVALDA, « Quelles garanties juridictionnelles dans le nouveau droit français de la Concurrence », *Gaz. Pal.,* 20-21 août 1986, p. 6 ; l'auteur vise « l'exclusion de tout avocat de ce groupe de travail, justement dénoncée par Mario Stasi et l'Ordre des avocats de Paris ».
[6] Actuel art. L. 410-2 C. com.

les secteurs ou zones aux circonstances particulières exigeant le maintien d'un droit de regard et de contrôle de l'État[1], les prix sont librement fixés et déterminés par le jeu de la concurrence.

Cet état du droit français est parfaitement en accord avec l'évolution de la conception de la concurrence au sein de l'Europe politique et de ses institutions[2]. Restait à répondre aux besoins nouveaux d'encadrement et de protection de cette libre concurrence naissante.

74. Réponses apportées au besoin nouveau de garantir la libre concurrence. Les autres dispositions substantielles de l'ordonnance tirent les conséquences de ce renversement de principe, en s'inspirant des dispositions du Traité de Rome consacrées à la concurrence. Puisque le nouveau paradigme économique repose sur un principe de libre concurrence, il faut en assurer l'effectivité et la protéger en prohibant ou en contrôlant avec rigueur tout comportement susceptible de lui être néfaste et en fixant des obligations positives à la charge des opérateurs. Le choix radical de procéder à l'abrogation de l'ordonnance de 1945 imposait une refonte de l'intégralité du régime d'encadrement de la concurrence.

Après un Titre Ier consacré à la liberté des prix et un Titre IIe consacré au Conseil de la concurrence, sur lequel nous reviendrons ; le Titre III pose le principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, dont il dresse une liste, prévoit des dérogations, puis fixe les modalités de sanction. Le Titre IV, intitulé « de la transparence et des pratiques restrictives » pose d'importantes règles relatives à la publicité, à l'affichage des prix, à la facturation, la rémunération et prohibe des pratiques telles que la revente à perte ou la rupture brutale des relations commerciales établies. Le Titre V organise, lui, le contrôle des concentrations et le Titre VI règlemente les pouvoirs d'enquête confiés à différents agents.

75. Les bases solides d'un droit de la concurrence pourtant mouvant. Les bases du droit moderne de la concurrence furent ainsi posées par ce projet d'ordonnance qui a fait l'objet de débats mesurés, surplombant les clivages politiques et partisans. Le texte finalement adopté a depuis fait l'objet de nombreuses réformes, à un rythme quasi-cyclique[3], mais les fondamentaux

---

[1] V. art. 1, al. 2 du texte de l'ordonnance (actuel art. L. 410-1, al. 2 C. com. : « Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou règlementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence »).

[2] Le traité de Rome du 25 mars 1957 insistait davantage sur les libertés de circulation, préalable indispensable à l'instauration d'un véritable « Marché commun », il contenait toutefois déjà des références au principe de « libre compétition sur un marché concurrentiel ». Par la suite et dès la signature du traité sur l'Union Européenne à Maastricht le 7 février 1992, le nouvel article 4 prévoit que l'action des États membres est conduite « conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

[3] Ce qui a pu faire dire à un ancien président du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence qu'était pratiquée en la matière la « technique du kangourou » (et non des « petits pas ») les réformes intervenant peu ou prou tous les 7 ans (lois de 1992 puis de 1996, loi NRE en 2001, loi LME en 2008, « Loi Macron » du 6 août 2015) ;

demeurent. Le projet de réforme a également eu pour ambition d'organiser un bouleversement sur le plan institutionnel dans un contexte déjà tendu.

§ II – Un contexte institutionnel propice à la cristallisation des débats sur la question du recours

76. Contexte institutionnel et politique troublé. La période de préparation de la réforme de 1986 est marquée par des évolutions d'ordre institutionnel venues s'ajouter à un contexte politique déjà troublé, les deux se nourrissant l'un de l'autre. Ces éléments permettent de comprendre que le rôle des institutions étatiques dans la régulation des relations, notamment commerciales, entre personnes privées était devenu un sujet important du débat public.

Dans ce cadre, en vue de réformer sans heurter, la création du Conseil de la concurrence a été accompagnée de celle de la DGCCRF, ce qui est apparu comme une solution de compromis, consensuelle sur le plan institutionnel (A). La recherche du consensus n'a pas connu le même succès sur les aspects procéduraux de la réforme. La question des recours contre les décisions de l'organe indépendant nouvellement créé a constitué le terrain d'une importante lutte. S'y jouait la place qu'occuperaient les institutions étatiques et le Conseil d'État, déjà affaibli, dans la régulation des relations économiques reposant sur ce nouveau paradigme libéral. La vivacité des débats, dont les tentatives d'apaisement ont été un échec, a été à la mesure des enjeux (B).

A. Recherche d'une organisation institutionnelle consensuelle

77. Des bouleversements déjà à l'œuvre. À l'aube de l'engagement des débats préalables à l'adoption de la réforme du droit de la concurrence, le paysage institutionnel national faisait déjà l'objet d'importants bouleversements. Le néolibéralisme, en passe de devenir doctrine économique et politique majoritaire, reposait sur une hostilité affichée à l'égard de l'interventionnisme étatique et de l'administration centrale (1). Dans ce contexte et au prix d'une certaine ambivalence, l'Ordonnance de décembre 1986 et la création de la DGCCRF, qui lui fut de quelques mois antérieure, ont abouti à l'instauration d'un paysage institutionnel marqué par ses caractères hybride et consensuel (2).

---

v. B. LASSERRE, « Une institution qui s'est profondément transformée », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives*, LGDJ, 2017, p. 16.

1. Le néolibéralisme et l'hostilité affichée à l'interventionnisme étatique

78. Revendication croissante d'un recul de l'État. Le milieu des années 1980 est marqué par un déclin de l'État-providence et une revendication grandissante de mettre un terme au « processus de croissance étatique »[1]. L'État est « perçu comme oppressif : la présence de plus en plus envahissante des appareils de gestion publics est perçue comme une contrainte » [2]. La parution d'ouvrages influents et aux titres si évocateurs que « L'État minimum »[3] ou « Le droit sans l'État »[4] au cours de l'année 1985 en témoigne. S'inspirant des exemples étrangers, notamment américain (présidence Ronald Reagan) et britannique (gouvernance de Margaret Thatcher), l'opinion française majoritaire semble devenir de plus en plus favorable aux théories néolibérales. Les conséquences politiques s'en font vite ressentir : on constate, au milieu des années 1980, que « la politique structurelle se fonde sur la concurrence et répudie le dirigisme »[5]. Fort logiquement, ces aspirations nouvelles vont avoir des conséquences sur le plan institutionnel, sur l'organisation des pouvoirs publics et sur les rapports de pouvoirs.

Monsieur Cohen-Tanugi note, en 1985, que la société française est en train d'évoluer lentement vers un modèle d'autorégulation. Or, relève-t-il, « dans un tel modèle, la société a une vie autonome par rapport à l'État, et dispose de ses propres instruments de régulation »[6] qui ne relèvent donc plus du monopole de l'État et de l'administration centrale. L'idée se propage que l'administration ne peut intervenir pour réguler tous les secteurs, économiques ou sociaux, et toutes les relations qui s'y nouent.

79. La réforme du droit de la concurrence : consécration de la volonté de recul de l'État. Face à cette hostilité, les concepteurs de la réforme du droit de la concurrence ont proposé des dispositions à lourd impact symbolique[7]. Il leur revenait dans le même temps d'imaginer un paysage institutionnel conforme à ces nouvelles aspirations politiques ; ce que le groupe de travail installé par le Gouvernement est parvenu à faire, pendant que les ministres de ce dernier se sont, en parallèle, assurés de conserver un rôle important dans la régulation économique.

[1] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 5e éd., 2017, p. 29.
[2] *Ibid*.
[3] G. SORMAN, *L'État minimum*, Albin Michel, 1985.
[4] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État : sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985 (rééd 2016).
[5] J.-F. ECK, *Histoire de l'économie française de la crise de 1929 à l'Euro*, Armand Colin, 2009, p. 101.
[6] L. COHEN-TANUGI, ouvrage précité, p.22.
[7] Tel que l'abandon du système de contrôle gouvernemental des prix sur lequel v. *supra.*

2. Les institutions de contrôle de la concurrence : l'ambivalence comme compromis

80. Les nouvelles institutions chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'apport majeur de la réforme sur le plan institutionnel fut la création d'une autorité indépendante chargée de l'application du droit de la concurrence, substituée à l'ancienne Commission de la concurrence. Mais déjà, dans les mois précédents l'adoption de l'ordonnance, le Gouvernement avait mis en place une autorité gouvernementale à laquelle ont été attribuées de larges compétences en la matière. Le tout a abouti à la constitution d'un paysage institutionnel original et quelque peu ambivalent.

81. Le Conseil de la concurrence : l'indépendance au service de la libre concurrence. C'est la principale évolution du projet de réforme sur le plan institutionnel, elle est au cœur du nouveau droit de la concurrence qui se met en place. La Commission de la concurrence se voit substituer le Conseil de la concurrence et derrière les mots les conséquences juridiques, institutionnelles et le symbole sont lourds. Ainsi « pour souligner qu'on privilégiait désormais la concurrence sur le marché plutôt que l'intervention administrative, l'ordonnance s'est efforcée de rendre indépendante la mise en œuvre de la loi sur la concurrence »[1]. Le nouveau Conseil de la concurrence est une autorité indépendante de l'administration centrale : le projet d'ordonnance proposait qu'il soit créé sous la forme d'une autorité administrative indépendante[2] (AAI) et prévoyait un élargissement considérable de ses prérogatives comparativement à celles dont disposait son prédécesseur. Fut ainsi constitué un véritable « pôle indépendant » chargé de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Ce Conseil de la concurrence conservait un rôle privilégié de conseiller des pouvoirs publics sur les questions de concurrence. En sa qualité d'expert, il pouvait être saisi de tout projet législatif ou règlementaire susceptible d'avoir un impact sur la concurrence. Outre ces avis officiels devant donner lieu à publication, il a également conservé sa vocation à entretenir des liens forts et réguliers avec les pouvoirs publics. Par ailleurs, bien que le pouvoir de décision demeurât entre les mains du ministre de l'Économie en matière de contrôle des concentrations, le Conseil s'est vu octroyer, dans ce champ aussi, un important rôle consultatif[3].

Mais c'est surtout dans son rôle de mise en œuvre, de surveillance et de sanction du droit de la concurrence que les prérogatives et le champ d'action du nouveau Conseil ont été largement

[1] M. WISE, article précité, p. 7 et s.
[2] Cette qualification avait déjà été appliquée à la Commission de la concurrence pour ses derniers mois d'existence par la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 *portant amélioration de la concurrence.*
[3] V. art. 38 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

étendus. En la matière, les modalités de sa saisine furent élargies : le projet prévoyait ainsi qu'outre le ministre de l'Économie, les entreprises, les collectivités ou divers organismes tels que des organisations de consommateurs puissent le saisir. La faculté lui fut même attribuée, sous certaines conditions, de se saisir d'office[1].

En outre, alors que son prédécesseur ne formulait que des avis au ministre de l'Économie qui conservait le pouvoir de décision, l'Ordonnance a confié au Conseil de pouvoirs propres et autonomes. La faculté lui fut ainsi reconnue de prononcer, de son propre chef, des injonctions, de prendre des mesures conservatoires, de prononcer des sanctions[2] ou encore de saisir le ministère public d'une pratique infractionnelle dont il aurait eu connaissance. Pour mener à bien ces missions, les membres du Conseil ont été dotés de larges pouvoirs d'enquête régis par le titre VI de l'Ordonnance.

82. Accroissement continu des prérogatives du « pôle indépendant ». Les bases institutionnelles de ce nouvel arsenal juridique d'encadrement « indépendant » de la libre concurrence ont ainsi, elles aussi, été posées dès 1986. Le rythme cyclique des réformes qu'a connu le droit français de la concurrence[3] a également concerné cette nouvelle institution chargée de sa mise en œuvre. Chaque réforme venue enrichir l'arsenal normatif en matière de concurrence a aussi été l'occasion d'accroître les pouvoirs du Conseil de la concurrence. À l'occasion de l'importante réforme intervenue par la « loi de modernisation de l'économie » votée en 2008[4], le Conseil a été rebaptisé pour devenir l'actuelle Autorité de la concurrence.

Toutefois, cette avancée qui poursuivait l'objectif d'assurer une certaine indépendance dans la mise en œuvre du droit de la concurrence n'a pas été jusqu'à priver l'exécutif de l'ensemble de ses pouvoirs en la matière. Comme il a été vu, le ministre de l'Économie a conservé un monopole de décision en matière de concentrations. Mais surtout, en parallèle des pouvoirs confiés par l'Ordonnance au nouveau Conseil de la concurrence, une direction gouvernementale récente s'est, elle aussi, vue confier d'importantes prérogatives en matière de police de la concurrence.

83. Maintien parallèle d'un « pôle ministériel ». La Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) est née, quelques semaines avant la présentation du projet de réforme du droit de la concurrence, de la fusion de deux

[1] V. art. 11 de l'Ordonnance.
[2] Principalement des amendes dont le montant ne peut dépasser, à l'encontre d'une entreprise, 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxe de l'exercice précédent, dix millions de francs à l'encontre d'autres personnes (art. 13).
[3] V. *supra.*
[4] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 *de mondernisation de l'économie.*

directions antérieurement rattachées à deux ministères distincts décidée par décret[1]. La période d'adoption du décret n'a rien d'anodin : elle n'est que de quelques semaines antérieure au début des travaux de préparation du projet d'ordonnance auquel cette nouvelle direction sera pleinement intégrée ; ce qui témoigne d'un travail coordonné sur ces différents plans. Cette DGCCRF est le signe de « la survivance de l'interventionnisme étatique », elle joue un véritable rôle de « police des marchés »[2] et son champ de compétence, que nous exposerons avec détail au chapitre suivant, est très large. Pour mener à bien ses missions, lui ont été confiés, dès 1986, d'importants pouvoirs d'enquête, de décision et de sanction dont certains sont partagés avec ceux du Conseil nouvellement créé. Ainsi, malgré les revendications d'un recul de l'État l'ayant conduit à intégrer dans son projet d'ordonnance la création d'une autorité indépendante chargée de contrôler les relations économiques sur la base du nouveau paradigme concurrentiel, le Gouvernement s'est réservé davantage qu'un droit de regard en renforçant les pouvoirs de la nouvelle DGCCRF, « bras armé » du ministère de l'économie[3]. Le paysage institutionnel instauré en matière d'encadrement de la concurrence était, dès lors, « à plusieurs pôles »[4] : un « pôle indépendant » composé du Conseil de la concurrence, un « pôle ministériel » (ou « gouvernemental ») composé du ministère de l'Économie et sa DGCCRF et un indispensable « pôle judiciaire » ou « juridictionnel » auquel il convient désormais de s'intéresser.

84. Nécessité d'instituer un « pôle juridictionnel ». La mise en place de ces deux pôles – indépendant et gouvernemental – en appelait un troisième. En effet, malgré les réticences qui ont pu, un temps, être exprimées à ce sujet[5], l'octroi à une autorité administrative de pouvoirs tels que ceux de procéder à des actes d'enquête, de délivrer des autorisations ou encore de

[1] Décret n° 85-1152 du 5 novembre 1985 *portant création d'une direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes au ministère de l'économie, des finances et du budget par suppression d'une direction générale, d'une direction, d'une mission et d'un service*. Il s'agissait de la Direction générale de la concurrence et de la consommation, rattachée au ministère de l'économie et de la répression des fraudes rattachée, elle, au ministère de l'agriculture.

[2] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, M. CAYOT, *Droit de la concurrence,* LexisNexis, 3e éd., 2019, n° 46 p. 59.

[3] À l'époque et malgré les velléités à l'encontre du dirigisme étatique, le maintien de ce rôle gouvernemental et cette ambivalence n'ont, étonnamment, pas fait couler beaucoup d'encre ni rencontré d'opposition particulière.

[4] Expression empruntée à C. BABUSIAUX, intervention lors d'un cycle de séminaires organisé par l'IRJS le 24 novembre 2017 consacré au thème « Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation » (dir. T. PERROUD, L. CADIET).

[5] Lors de l'apparition des premières autorités administratives indépendantes, des commentateurs avaient avancé que leur indépendance ne pouvait être assurée qu'à condition qu'il leur soit reconnu une « immunité juridictionnelle ». V. Y. GAUDEMET, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », *in Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier,* Éditions de l'Université et de l'Enseignement moderne, 1981, p. 117 et s. ; J.-M. AUBY, note sous CE, ass., 10 juillet 1981 *Retail,* n° 05130, *RDP,* 1981, p. 1687. Cette thèse fut combattue au nom de l'État de droit (v. par ex. C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 228) avant qu'il ne soit admis qu'elle « a fait long feu » et unanimement reconnu que ces autorités devaient répondre de leur action devant un juge (v. J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA,* 2010, p. 875).

prononcer de sanctions ne peut se faire sans que soit organisé un contrôle juridictionnel de ses activités, actes et décisions[1]. L'impératif vaut que l'autorité en cause soit indépendante ou rattachée à l'administration centrale ; nous y reviendrons. Dès lors, l'instauration d'un troisième pôle, le « pôle juridictionnel »[2], était impérative et elle a été source de virulents débats.

B. Le recours juridictionnel au cœur de débats sur les nouveaux rapports de pouvoirs

85. Des institutions menacées. Si la constitution des deux premiers pôles d'autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence a semblé faire consensus, probablement du fait de son caractère ambivalent et de l'effet symbolique produit par la création d'une autorité indépendante ; la constitution du « pôle juridictionnel » a, elle, été au cœur d'une importante lutte d'opinions et de pouvoirs. De nouveau, le rappel du contexte politique contemporain à l'ouverture de cette réflexion permettra de mesurer l'importance des enjeux que comportait l'organisation du contrôle juridictionnel des actes et décisions des autorités de concurrence – en premier lieu, de ceux du Conseil de la concurrence – et de comprendre, au moins pour partie, les crispations dont elle a été l'objet.

En ce milieu des années 1980, le mouvement néolibéral émergeant s'est avéré hostile au Conseil d'État qui, pour d'autres raisons, était déjà affaibli par de vives critiques dont il faisait l'objet (1). La place qui allait lui être réservée dans le contentieux de la concurrence est alors devenue un enjeu crucial pour son avenir. Or l'étendue des pouvoirs contentieux de cette institution n'est pas une question neutre : elle est au cœur de nombreux rapports politiques et de pouvoirs qui se sont, incidemment, invités dans les réflexions et débats relatifs à l'organisation du contrôle juridictionnel des actes du Conseil de la concurrence (2).

1. L'hostilité grandissante à l'égard d'un Conseil d'État déjà affaibli

86. Réforme à risque pour la Haute juridiction administrative. Au moment de la préparation de la réforme, au milieu des années 1980, le Conseil d'État est déjà, en sa formation contentieuse, une juridiction affaiblie et critiquée de toutes parts.

[1] Pour une présentation détaillée de ces impératifs v. *infra,* Partie II – Titre I – Chap. 1.

[2] À l'aune des réflexions menées à la fin des années 1980, l'expression de « pôle juridictionnel » désigne les seules juridictions auxquelles a été confié le contrôle des actes et décisions rendus par les autorités administratives de concurrence relevant des deux autres pôles. Nous verrons que, par la suite, des juridictions de premier degré sont devenues de véritables autorités de concurrence de « premier ressort ». En droit positif, le recours à cette expression commanderait donc de distinguer en son sein, d'une part, les juridictions de premier degré chargées de la mise en œuvre, en premier ressort, de certains pans du droit de la concurrence et, d'autre part, les (ou la) juridictions de recours chargées du contrôle de l'ensemble des autorités de « premier ressort ».

Affaiblie, d'abord, par son incapacité à faire face au stock d'affaires dont elle a à connaître. En 1985, plus de 21 000 affaires sont en attente d'être débattues puis jugées dans son prétoire et ce volume augmente en moyenne de 1 500 affaires par an à cette période[1]. Au titre des facteurs explicatifs, a été invoquée la complexité excessive des règles régissant le contentieux administratif dont l'application conduisait à des procédures très longues. L'absence de procédure générale d'urgence ou de référé accentuait encore cette lacune[2]. Plusieurs annonces de réforme ont été faites[3] sans qu'aucune voie le jour à cette période. De souvenir d'un ancien Président de la Section du contentieux, il n'y a pas eu, notamment pour ces raisons, « d'année plus difficile que 1986 »[4] pour le Conseil d'État.

Critiquée, ensuite, car à la même époque, la Haute juridiction administrative renvoie l'image d'une juridiction hostile au droit communautaire sur lequel le droit interne de la concurrence a déjà pourtant largement vocation à reposer[5]. Était en cause le maintien, jusqu'en 1989, de son refus de procéder au contrôle de la conformité d'une loi à un engagement international ou européen qui lui était antérieur[6] alors que la Cour de cassation admettait, déjà depuis un certain nombre d'années, d'opérer un tel contrôle[7]. Le discours néolibéral émergent n'a fait qu'amplifier cette tendance défavorable au Conseil d'État.

87. Le discours néolibéral hostile aux juridictions administratives. Comme nous l'avons rappelé, la préparation de la réforme du droit de la concurrence est intervenue à une période durant laquelle le discours néolibéral de plus en plus vif prônait un net recul de l'État dans la vie économique et sociale. Or le Conseil d'État a été compté parmi les institutions au service du dirigisme étatique contre lequel on luttait. L'un des concepteurs de la réforme évoque ainsi

---

[1] Sur ces chiffres v. J. ROBERT, « Sauver le Conseil d'État », *Le monde*, 20 novembre 1985 et, quelques années plus tard J. WALINE, « La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des Danaïdes ? » *in Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992, p. 347.

[2] Il faut attendre la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* – « réforme nécessaire, et d'ailleurs depuis longtemps réclamée » – pour que soit assurée « l'efficacité de la réaction du juge face à l'urgence » dans l'ordre administratif. Avant l'entrée en vigueur de cette loi le 1er janvier 2001, le juge administratif était, sauf procédures spécifiques rares, dépourvu d'outil pour ce faire. V. sur cela R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* Montchrestien, 13e éd., 2008, n° 1512 et s.

[3] V. P. NICOLAŸ : « La réforme du Conseil d'État va accélérer la justice administrative nous déclare M. Pierre Nicolaÿ, vice-président de la haute juridiction », *Le Monde*, 2 avril 1985 ; J. ROBERT, « Sauver le Conseil d'État », précité et J. WALINE, « La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des Danaïdes ? », précité, p. 350.

[4] D. LABETOULLE, « 1987 : souvenirs sur une année charnière », *Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 301.

[5] En effet les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 relative aux concentrations économiques, aux ententes illicites et aux abus de position dominante s'inspiraient déjà expressément du droit communautaire.

[6] Ça n'est qu'en 1989 (CE, ass., 20 octobre 1989 *M. Nicolo,* n° 108243), soit un an après que le Conseil constitutionnel l'a eu fait (Cons. const., décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988) que le Conseil d'État a accepté de contrôler la conventionalité des lois et d'écarter celles de leurs dispositions qui seraient contraires à un engagement européen (ou international) de la France, quand bien même elles leur seraient postérieures.

[7] V. Ch. mixte, 24 mai 1975 *Administration des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre,* n° 73-13556.

une volonté de lutter contre le « gang administratif » dont le Conseil d'État faisait figure d'acteur[1]. Tout cela n'a fait qu'accentuer la faiblesse conjoncturelle du Conseil d'État et rendu d'autant plus sensible pour son avenir la question de la place qui allait lui être accordée dans le contrôle de la mise en œuvre du nouveau droit de la concurrence.

2. Les enjeux de pouvoirs derrière la place réservée au Conseil d'État

88. Le nécessaire contrôle juridictionnel des actes du Conseil de la concurrence. Conçu, dès sa création[2], comme une autorité administrative indépendante[3], le Conseil de la concurrence s'est vu octroyer d'importants pouvoirs qui rendaient impérative l'organisation d'un contrôle juridictionnel de son activité et de ses actes. Alors les concepteurs de l'Ordonnance de 1986 ont eu, parmi leurs missions, celle d'organiser ce recours juridictionnel et, inévitablement, de désigner le juge qui aurait à en connaître. Dualisme juridictionnel oblige, la question de l'ordre de juridictions compétent pour connaître de ces recours devait être tranchée avant toute autre.

89. Le choix de l'ordre juridictionnel compétent : enjeu crucial pour le Conseil d'État. Ce type de question dont relève « la répartition des compétences juridictionnelles n'a jamais été neutre dans l'histoire française. Il est bien corrélé à l'esprit des différents régimes qui se sont succédé »[4]. En elle-même, la désignation de la juridiction compétente pour connaître des recours contre les décisions du nouveau Conseil de la concurrence était sensible car « l'étendue du domaine de la compétence de la juridiction administrative entretient une relation symbiotique avec la légitimité de l'institution »[5], laquelle était déjà battue en brèche. La

---

[1] C. BABUSIAUX, intervention lors d'un cycle de séminaires consacré au thème « Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation », précité.

[2] Son prédécesseur, la Commission de la concurrence, s'était déjà vu appliquer la qualification d'autorité administrative indépendante par la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 *portant amélioration de la concurrence.* Cette qualification n'était pourtant pas reprise dans l'Ordonnance de 1986, ce silence pouvant s'expliquer par le fait que cette catégorie naissant ne faisait l'objet d'aucun régime spécifique ; en témoigne la remarque du Président Tricot au cours des débats précédant l'adoption de l'avis consultatif du Conseil d'État dans le cadre de la préparation de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur laquelle nous reviendrons : « Il s'agit d'abord d'une autorité publique, que nous la rangions ou pas dans les autorités administratives indépendantes, je ne crois pas que ce soit très décisif car cette catégorie n'a pas d'existence vraiment constitutionnelle légale, c'est une dénomination qu'on leur donne », (Archives nationales, n° 20090181/1362, Séance du 20 décembre 1986).

[3] V. le Rapport de la Commission Donnedieu de Vabres du 12 août 1986, où il est expliqué que le Conseil de la Concurrence conserve « la qualité (reconnue par la loi du 30 décembre 1985), d'« autorité administrative indépendante » ». En droit positif, la loi 2017-55 du 20 janvier 2017 *portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes* comporte une annexe qui qualifie explicitement l'actuelle Autorité de la concurrence d'autorité administrative indépendante.

[4] T. PERROUD, note sous Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *in* T. PERROUD, J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK (dir.), ouvrage précité, n° 683 et s., spéc. n° 686. L'auteur explique également que « l'histoire de la compétence du juge administratif est étroitement corrélée à la nature plus ou moins autoritaire de l'État français » (n° 684).

[5] B. RICOU, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative,* L'Epitoge, 2015, p. 3.

conjoncture défavorable à la formation contentieuse du Conseil d'État ne pouvait donc qu'accroître cet aspect politique de la question.

Ce constat permet d'expliquer la vigueur des débats consacrés à cette désignation. En effet, s'il était exclu de ce contentieux, clef du nouveau paradigme économique et social français, la place du Conseil d'État dans le paysage juridictionnel français s'en trouverait encore fortement affectée. Or jusqu'aux rangs des rédacteurs de la réforme, de nombreuses voix favorables à une complète exclusion de juge administratif de ce nouveau contentieux de la concurrence se sont élevées, soutenues par divers groupes de pression issus de « l'industrie du droit des affaires »[1]. La résistance et la riposte devaient donc s'organiser, il en allait du prestige et des pouvoirs de la Haute juridiction administrative. La question de la désignation du juge compétent pour connaître des recours exercés contre les actes et décisions de l'autorité administrative nouvellement créée est ainsi devenue l'un des enjeux majeurs de la réforme ; en tout cas l'un de ceux ayant engendré les plus vives et nombreuses réflexions, craintes et oppositions souvent d'ordre politique, au risque que les considérations juridiques soient reléguées au second plan.

90. Conclusion de section. Au moment de la préparation de l'ordonnance du 1er décembre 1986 destinée à poser les bases d'un droit moderne de la concurrence, la France est marquée par un contexte politique favorable au libéralisme économique mais troublé sur le plan institutionnel. Ceci explique que les aspects substantiels de la réforme – consécration de la libéralisation de l'économie nationale par l'abandon de tout contrôle des prix et création d'une autorité indépendante chargée de la mise en œuvre du nouveau droit de la concurrence – ont donné lieu à des débats apaisés malgré l'ambivalence qui résultait du rôle important que s'était préservé le Gouvernement via, notamment, le renforcement de la récente DGCCRF.

Ce contexte permet également de comprendre que la détermination du juge compétent pour connaître des recours contre les décisions du nouveau Conseil de la concurrence ait concentré de vives oppositions, sous-tendues par d'importants enjeux de pouvoirs. Il en allait, sinon de la survie, *a minima* du maintien de sa position de juridiction suprême par le Conseil d'État ; lequel faisait déjà face à une hostilité généralisée. Tout cela a conduit à une politisation des débats qui comportait le risque que les considérations juridiques soient reléguées au second plan.

[1] Expression empruntée à T. PERROUD, note précitée, n° 708.

Section 2 : La focalisation sur la désignation du juge de recours

91. Prépondérance des enjeux politiques. Le contexte d'adoption de l'ordonnance du 1er décembre 1986 a ainsi conduit à ce que l'organisation du recours juridictionnel contre les décisions des nouvelles autorités en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence et, en premier lieu, de celles du Conseil de la concurrence, soit au cœur des plus vifs débats[1]. Les enjeux de pouvoirs sous-jacents ont conduit à une politisation du débat opposant deux camps. D'une part, les tenants d'une exclusion de l'ordre juridictionnel administratif de tout le contentieux de la concurrence au nom d'une entière libéralisation de l'économie. D'autre part, les défenseurs de la compétence de la haute juridiction administrative et du pouvoir de l'administration qui invoquent, entre autres, la nécessaire protection de l'intérêt général.

Cette politisation doit être étudiée en ce qu'elle a imprégné toutes les étapes – législative, exécutive puis constitutionnelle – du long processus qui a précédé l'adoption du régime de recours juridictionnel contre les décisions du Conseil de la concurrence. Elle a eu pour effet que soit accordée, au cours des débats et réflexions, une place prépondérante aux arguments politiques et en opportunité et de relayer au second plan les considérations juridiques et le souci d'aboutir à un régime lisible, efficace et cohérent (§ I). Ces éléments offrent une clef de lecture et de compréhension précieuse des motifs de l'insatisfaction très vite exprimée à l'égard du système de recours juridictionnel auquel a abouti la réforme du droit de la concurrence (§ II).

§ I – La politisation du choix du juge de recours

92. Dualisme juridictionnel et enjeux politiques. L'organisation du contrôle des décisions du Conseil de la concurrence est devenue un enjeu politique majeur cristallisant les oppositions sur un point : la désignation du juge auquel il devait être confié. Se sont opposés à ce sujet deux milieux aux intérêts et objectifs divergents. Leurs passes d'armes et tentatives d'influence ont rythmé les débats et réflexions consacrés à la question et donné lieu à un processus complexe, mêlant interventions législatives, exécutives puis constitutionnelles à plusieurs niveaux.

Favorables à la compétence exclusive du juge judiciaire pour connaître de ce contentieux de la concurrence naissant auquel ils souhaitaient voir pleinement intégrés les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, divers groupes de pression privés, accompagnés de l'émergente « industrie du droit des affaires » ont tenté d'influencer le processus de réflexion

[1] Pour des éléments complémentaires relatifs à ce contexte v. D. BRAULT, *L'État et l'esprit de la concurrence en France*, Economica, 1997 (spéc. p. 94 sur l'importance prise par la question du recours juridictionnel).

en ce sens (A). En réaction, l'administration et le Conseil d'État ont organisé une résistance offensive qui, au prix d'une certaine instrumentalisation du droit, a abouti à un renforcement sans précédent de leur statut (B).

A. Offensive des groupes d'influence privés hostiles au Conseil d'État

93. Objectif. Au cours de la période de préparation du projet de réforme du droit de la concurrence, divers groupes d'intérêts sont directement intervenus auprès du Gouvernement et des membres de la Commission Donnedieu de Vabres qui en avait été chargée. L'objectif était alors de faire entendre leurs voix, notamment au sujet du système de recours juridictionnel qui allait être mis en place et de la désignation du juge auquel allait être confié son exercice (1). Malgré quelques divergences, ces groupes d'influence partageaient l'espoir de voir disparaître toute influence de l'administration dans l'encadrement de l'économie libéralisée. Leur première victoire a été d'obtenir l'inscription de la compétence d'une juridiction de l'ordre judiciaire dans le projet de réforme que le groupe de travail a soumis au Gouvernement (2).

1. Les tentatives d'influence au stade de l'élaboration de la réforme

94. Des groupes d'influence soutenus par « l'industrie du droit des affaires ». Dans le discours néolibéral majoritaire à l'époque, la réforme du droit de la concurrence est ouvertement vue comme une réforme « contre l'administration ». Des groupes d'influence privés, communément désignés comme représentants du milieu des affaires, ont alors usé de leurs réseaux pour orienter les choix faits par le groupe de travail chargé de la préparation du projet de réforme ; notamment au sujet du système de contrôle juridictionnel des décisions du Conseil de la concurrence qui allait devoir être installé.

Que ce soit via des tribunes dans la presse nationale – pour vanter les mérites d'une économie de laquelle serait écartée l'administration et supprimé le contrôle des juridictions administratives[1] – ou directement par une forme de *lobbying* auprès des responsables politiques et des plumes du projet d'ordonnance, divers canaux d'influence ont été exploités par l'industrie privée et le monde des affaires. Le patronat français, par la voix de son conseil national (le CNPF) adopte ainsi une « prise de position » destinée au Gouvernement le 3 mars 1986[2] puis

[1] V. J.-J. DELORT, « La vraie vie de la jungle, c'est le droit », *Le Monde,* 20 novembre 1985. Jean-Jacques Delort est un industriel français qui a notamment officié dans le secteur agro-alimentaire puis dans la presse avant de devenir, notamment, président du directoire du groupe Printemps de 1976 à 1992.

[2] Prise de position du CNPF du 3 mars 1986 ; le CNPF a été créé à la fin de l'année 1945, à la demande du Gouvernement qui souhaitait avoir un interlocuteur unique représentatif du patronat français. Il est devenu le Medef actuel à compter de 1998.

adresse directement ses propositions au ministre de l'Économie par la voix du Conseil National du Commerce (CNC)[1] lorsque la Chambre de commerce et d'industrie de Paris suggère, elle, des « principes directeurs » pour une réforme du droit de la concurrence dans une proposition datée du 7 novembre 1985. Les interventions de ce type sont nombreuses.

En outre, aux côtés des groupes d'influence traditionnels à l'œuvre dans la France des années 1980, émerge ce qui a été qualifié « d'industrie du droit des affaires »[2]. Cette dernière, composée à la fois d'universitaires et d'avocats, majoritairement privatistes, fera entendre sa voix, elle aussi, par divers canaux. Tous s'unissent pour organiser d'importants colloques dont les actes publiés sont explicitement adressés aux « instances officielles »[3] et multiplient les interventions – officielles ou par échanges épistolaires – auprès des ministres et députés[4].

Toutes ces voix convergent pour exprimer un ferme et unanime rejet de toute intervention de l'administration et de la juridiction administrative dans la mise en œuvre et le contrôle du nouveau droit de la concurrence.

95. Hostilité affichée à l'égard de toute intervention de l'administration et de « son juge ». Un élément fait consensus au sein des milieux industriels et des affaires : on veut que la réforme du droit de la concurrence soit l'occasion de marquer une nette et radicale rupture avec l'administration dans son ensemble, en ce compris « son » juge. La remarque d'un auteur résume parfaitement l'état d'esprit commun : « les *chemins* de la libre concurrence ne passent

[1] Document intitulé « Économie de Marché et Défense de la Concurrence » daté du 3 janvier 1986. Le CNC, actuel Conseil du Commerce de France, est un regroupement de nombreuses fédérations professionnelles nationales représentant de nombreux secteurs de l'économie. Il est aujourd'hui officiellement présenté comme « représentant d'intérêts » auprès de l'Assemblée nationale.

[2] T. PERROUD, note sous Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, précitée, n° 708 et s. L'auteur explique ainsi que la période de préparation de la réforme est concomitante à l'émergence d'une véritable « industrie des cabinets d'avocats d'affaires » aux côtés de la discipline académique déjà influente et majoritairement constituée de privatistes à l'époque.
Sur le sujet v. aussi V. aussi A. VAUCHEZ (dir.), *Un champ de la régulation publique indépendante ? Acteurs, registres de justification et formes d'autorité politique des agences de régulation en France*, Rapport final de recherche, mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, n° 216.10.12.20, septembre 2019, spéc. p. 27-29. La problématique n'est d'ailleurs pas seulement nationale ; v. L. AVRIL, *Le costume sous la robe. Les avocats en professionnels multi-cartes de l'État régulateur européen : genèse, consolidation, contestations (1957-2019),* thèse Paris I, 2019.

[3] V. par ex. C. GAVALDA, « Quelles garanties juridictionnelles dans le nouveau droit français de la Concurrence ? », précité, p. 6 (ce numéro de *La Gazette du Palais* publie les actes d'un colloque consacré à la réforme du droit de la concurrence, organisé par l'Ordre des avocats au Palais Bourbon. Étaient réunis universitaires, avocats et responsables politiques).

[4] V. la délibération du Conseil de l'Ordre des avocats au Barreau de Paris relative au projet de réforme du droit de la concurrence datée du 20 mai 1986 que le Bâtonnier, Mario Stasi, adresse au ministre de l'Économie. Puis la lettre que ce même Mario Stasi adresse à Édouard Balladur le 25 novembre 1986 avant d'écrire à Jacques Chirac puis à Jean Foyer, alors député. V. encore le travail de la Confédération Syndicale des Avocats qui a été reçue, dans le cadre de la préparation de la réforme, par le Directeur des Affaires Civiles et du Sceau et qui adopte dans la foulée un document intitulé « pour une réforme du droit de la concurrence ». Ces références sont notamment empruntées à T. PERROUD, note précitée.

pas par les taillis administratifs »[1]. La seule chose qui importe est la figure du juge qui aura à connaître du recours ; et il s'agit d'empêcher, à tout prix, qu'il s'agisse du juge administratif.

Pour ce faire, des voix se sont élevées pour proposer une solution radicale consistant à faire du Conseil de la concurrence une véritable juridiction. Cette solution était toutefois peu probable : le droit constitutionnel impose, pour que l'exécutif puisse créer un nouvel ordre de juridictions[2], une habilitation expresse puis une ratification du Parlement[3] ; ce que ne prévoyait pas la loi d'habilitation[4]. Elle est néanmoins présentée par certains – entrepreneurs[5], avocats[6] ou encore universitaires[7] – comme condition *sine qua non* à une véritable libéralisation de l'économie française. L'argument est ouvertement politique : il s'agit de rompre avec l'administration et de réintégrer le contentieux de la concurrence dans le champ de compétence du juge judiciaire qui serait plus sensible au principe de libre concurrence et aux libertés économiques. C'est au nom du libéralisme que cette position est soutenue, sans que le temps ne soit véritablement pris d'en poser des fondements juridiques.

Prenant acte des limites de cette première proposition, une autre partie du milieu des affaires s'est attachée à militer pour que seul le juge judiciaire soit désigné pour connaître des recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence dont la nature non-juridictionnelle n'était dès lors plus combattue. C'est là le point de consensus de toutes ces interpellations, le socle minimum en deçà duquel toute tentative de libéraliser l'économie serait nécessairement vouée à l'échec. Dans la lettre qu'il adresse au ministre Balladur, le directeur de l'Association française des entreprises privées (AFEP) affirme ainsi que « quelle que soit la solution technique retenue et ses modalités de mise en œuvre législative, l'AFEP demande aujourd'hui

[1] C. GAVALDA, conclusion de l'article précité.
[2] Sur la définition retenue par le Conseil constitutionnel de cette notion v. la décision n° 61-14 L. du 18 juillet 1961 et le commentaire proposé par B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Dalloz, 2e éd., 2014, p. 90 ou encore celle proposée par un commissaire du Gouvernement : G. BRAIBANT, concl. sur CE, ass., 13 juillet 1962 *Conseil national de l'Ordre des médecins*, n° 51.265 et 51.266, *RDP,* 1962, p. 739.
[3] Conformément à l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui inclut dans le « domaine réservé » de la loi la création de nouveaux ordres de juridiction. Pour pouvoir agir en ce domaine par voie d'ordonnance, l'article 38 de la Constitution impose au gouvernement d'obtenir une autorisation expresse du Parlement.
[4] V. Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 *autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, sur laquelle v. aussi Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.
[5] V. les propositions du CNC du 3 janvier 1986 : « la Commission de la Concurrence est une juridiction dont les décisions au fond statuent sur les atteintes au fonctionnement du marché (…) ». De même, la prise de position du CNPF en date du 3 mars 1986 plaide ouvertement pour la création d'une « juridiction indépendante spécialisée (…) clairement rattachée à l'ordre judiciaire ».
[6] La délibération de l'Ordre des avocats au Barreau de Paris susmentionnée va clairement en ce sens : « il importe de créer une juridiction économique spécifique (…). Elle sera dotée d'une indépendance effective et rattachée à l'autorité judiciaire, gardienne naturelle de la liberté économique ».
[7] C. GAVALDA, article précité, n° 15, qui affiche l'espoir d'une « reconnaissance du caractère juridictionnel de l'organisme de premier degré ».

qu'à tout le moins, le nouveau droit de la concurrence soit débarrassé de tout caractère administratif »[1] et de tout contrôle des juridictions administratives. Le Professeur Gavalda tient la même position : « Quelle étrangeté si la vague de fond qui s'enfle pour la libéralisation du Droit de la concurrence débouchait sur un renforcement de la haute surveillance administrative […]. Seul le pouvoir judiciaire peut concilier libre concurrence et légitime contrôle de la puissance publique »[2]. Les arguments relèvent encore essentiellement du registre politique, les considérations juridiques sont bien rares. Sans prendre le temps de présenter ce qui différencierait, d'un point de vue strictement juridique ou procédural, le contrôle du juge administratif de celui du juge judiciaire ; il s'agit donc bien d'éviter que le premier n'ait un quelconque rôle à jouer dans la mise en œuvre du nouveau droit de la concurrence. Cette parole fut entendue.

2. Une influence décisive : le juge administratif écarté dans l'avant-projet

96. Relais politiques du milieu des affaires. De hauts responsables politiques se sont fait les relais de ces revendications non, parfois, sans une certaine ambiguïté. Ainsi le garde des Sceaux écrit-il explicitement en ce sens au ministre de l'Économie auquel il suggère de réserver la compétence à une juridiction de l'ordre judiciaire pour connaître des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence[3]. Ces relais se sont avérés, dans un premier temps du moins, décisifs.

97. Le projet de la Commission Donnedieu de Vabres : exclusion actée du juge administratif. L'avant-projet d'ordonnance auquel ont abouti les travaux de la commission présidée par Monsieur Donnedieu de Vabres va dans le sens des volontés qui viennent d'être présentées. Bien que le Conseil de la concurrence n'y soit pas présenté comme une juridiction, c'est bien à l'ordre judiciaire que compétence est attribuée pour connaître des recours contre ses décisions. Le groupe de travail explique ainsi que, malgré le souci qu'ont manifesté certains membres de « maintenir le contrôle juridictionnel du Conseil d'État, le Conseil de la concurrence conservant sa qualité d'autorité administrative indépendante » la majorité a opté

[1] Lettre et rapport de M. Ambroise Roux à Édouard Balladur du 16 septembre 1986 (Fonds Édouard Balladur B-0074062) citée par T. PERROUD, note précitée, n° 709.
[2] C. GAVALDA, article précité, n° 4.
[3] « Après avoir reçu Monsieur le président Donnedieu de Vabres, je suis en mesure de vous faire connaître mon sentiment définitif sur cette question. Le souhait unanime des professionnels, qu'il s'agisse d'industriels, commerçants ou juristes, a toujours été que l'organisme chargé d'instruire ou de sanctionner les ententes ou pratiques discriminatoires soit un organisme indépendant du gouvernement. (…). Il est, en effet, un point sur lequel je me permets d'insister : il est nécessaire que les recours contre les décisions du futur conseil de la concurrence soient portés devant la cour d'appel de Paris (…) » (Lettre de Monsieur A. Chalandon à Monsieur Éd. Balladur, le 10 septembre 1986 citée par T. PERROUD, note précitée, n° 708).

pour un choix différent ainsi formulé : « les décisions du Conseil de la Concurrence seraient soumises, par la voie de l'appel, au contrôle de la Cour d'Appel de Paris, qui confierait ces affaires à une chambre spécialisée et qui jouerait (…) le rôle d'une juridiction nationale »[1]. Le monde des affaires a remporté la première bataille et la confusion juridique est consommée : sur la même page, le rapport propose que le Conseil de la concurrence soit mis en place sans avoir de nature juridictionnelle et que ses décisions soient soumises, « par la voie de l'appel », à la Cour d'appel de Paris. La confusion est lourde et la logique juridique semble bien peu préservée ; les motivations de ce choix confirment ce sentiment.

La désignation du juge judiciaire est ainsi justifiée par le fait que l'ordre judiciaire serait « l'ordre naturel de la vie des entreprises » et qu'inscrire cette compétence dans l'ordonnance serait l'occasion « de marquer l'intégration du droit de la concurrence dans le droit privé ». Il est également mentionné que ce choix permettrait de « réunir, sous le seul contrôle de la Cour de Cassation, le jugement des pratiques restrictives de concurrence, les litiges civils et commerciaux qui surgissent dans ce domaine et les affaires pénales »[2]. Outre la nouvelle confusion qui naît de l'utilisation du verbe « juger » et l'objectif discrètement affiché d'aboutir à une unification du contentieux en matière de concurrence, les arguments juridiques sont encore assez peu étoffés. D'ailleurs, quelques semaines plus tard, dans le rapport de l'avant-projet qu'il soumet à ses collègues du Conseil d'État[3], Monsieur de Lacoste Lareymondie ne perd pas l'occasion de rappeler que le choix de désigner le juge judiciaire et, plus précisément, la Cour d'appel de Paris avait aussi été motivé par le fait que les avocats, notamment parisiens, « ne comprennent pas que leur échappe la partie la plus vivante, la plus technique des affaires qui est celle des marchés, des ententes, des conditions de vente »[4]. Les arguments strictement juridiques ne sont toujours pas aux avant-postes. Il s'agit en tout état de cause d'une première victoire pour le « monde des affaires ». De courte durée toutefois, car elle n'a pas résisté à la riposte de l'administration et de « son juge ».

B. Résistance du Conseil d'État

98. Riposte par le droit. Attaqué de toutes parts et voyant que l'important contentieux de la concurrence était sur le point de lui échapper, le Conseil d'État a organisé une résistance par la

[1] Rapport de la Commission Donnedieu de Vabres daté du 12 août 1986.
[2] Rapport de la Commission Donnedieu de Vabres, précité.
[3] Rapport fait devant le Conseil d'État réuni en Assemblée générale le 20 novembre 1986 par le conseiller d'État Alain de Lacoste-Lareymondie (n° 341259 ; Archives nationales, n° 20090191/1362).
[4] Rapport précité, p. 5. C'est ici la voix des avocats à la Cour qui est portée, ceux-ci se trouvant privés de la possibilité de représenter les justiciables devant le Conseil d'État, la représentation y étant réservée au monopole des avocats aux conseils.

riposte. Il a, pour ce faire, trouvé soutien auprès de l'administration mais aussi d'une partie de la doctrine académique du droit administratif dont certains intérêts étaient également en jeu. Cette réaction prit pour appui, à l'inverse des offensives organisées par les représentants du monde des affaires, les règles de droit. Les arguments sont ainsi empreints d'une logique juridique qui confine parfois à l'instrumentalisation et au dévoiement de certains principes.

C'est, dans un premier temps, au moyen de l'exercice de sa fonction consultative que le Conseil d'État a organisé sa résistance (1) avant, dans un second temps, d'engager une véritable riposte en faisant porter sa voix dans un débat qu'il est parvenu à hisser au rang constitutionnel (2).

1. L'exercice de la fonction consultative en défense de la fonction contentieuse

99. Rapport de l'avant-projet d'ordonnance au Conseil d'État. Dans le cadre de sa fonction consultative, le Conseil d'État a été saisi de l'avant-projet d'ordonnance remis au Gouvernement par la Commission Donnedieu de Vabres. La séance de présentation, présidée par Monsieur Nicolaÿ, a eu lieu le 20 novembre 1986 devant l'Assemblée générale ordinaire du Conseil d'État. Le rapporteur du texte était Monsieur de Lacoste Lareymondie.

Le rapporteur se dit, d'emblée, favorable au texte prévoyant la compétence du juge judiciaire mais ne le serait que « par défaut », faute de meilleure solution[1] – notamment du fait de la disparition du « génie administratif français »[2] – et parce que c'est la solution qui avait été retenue quelques semaines plus tôt concernant la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés à terme[3]. Il fait une présentation du projet – dont seule la partie consacrée au recours contre les décisions du Conseil de la concurrence nous retiendra ici – en reprenant les arguments d'opportunité, se faisant ainsi porte-voix des différentes contributions

[1] Le rapporteur suggérait pourtant (Rapport précité, spéc. p. 5-6) une piste, fort intéressante : « Nous entrons donc là dans un *droit intermédiaire* qui n'est plus exactement l'État qui n'est plus non plus exactement les affaires privées et dans ce domaine on le sait notre organisation (…) juridictionnelle n'a jamais donné entière satisfaction (…) ». Et, plus loin, « l'obligation de choisir entre le judiciaire et l'administratif n'a jamais donné entière satisfaction (…). Je suis de ceux qui pensent qu'un *droit intermédiaire* aurait dû être mis en place *(…) il aurait fallu créer un Conseil d'État économique et social ou une section du contentieux économique et social du Conseil d'État permettant en faisant rentrer, à l'instar de ce que l'on vous propose pour le Conseil de la concurrence, des professionnels, des experts comptables, des grands financiers* (…) » (nous soulignons). L'idée est donc effleurée de créer une « juridiction économique » *ad hoc.*

[2] La formule est lourde, provenant d'un conseiller d'État : « le génie administratif français s'est arrêté je crois en 1884, depuis on n'a rien inventé » (Rapport précité, p. 6).

[3] Dans le cadre des discussions ayant abouti à la loi n° 87-1158 du 31 décembre 1987 *relative au marché à terme* et à la loi n° 89-531 du 2 août 1989 *relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* qui ont finalement attribué au juge judiciaire compétence pour connaître des recours contre les décisions du Conseil des marchés à terme et de la Commission des opérations de bourse. V. aussi la loi n° 88-70 du 22 janvier 1988 *sur les bourses de valeurs* qui en fait de même pour connaître des recours contre les décisions du Conseil des bourses de valeurs.

reçues du « milieu des affaires »[1], puis explique que, puisque l'organisation juridictionnelle nationale nous enferme dans « une terrible dichotomie » et qu'il faut trancher entre la compétence des juridictions administratives et celle des juridictions judiciaires, les arguments présentés conduisent à opter en faveur de ces dernières[2].

Le rapporteur de l'avant-projet est le premier à colorer partiellement son propos d'arguments juridiques. Ainsi, après avoir rapidement évoqué les précédents du contentieux boursier, il se réfère de manière peu rigoureuse – voire erronée – au « principe de séparation des pouvoirs ». Il n'en propose néanmoins pas de véritable analyse, se contentant d'expliquer qu'il « remonte à la période de l'individualisme du droit, d'une économie « atomistique et non pas moléculaire » » et qu'il n'offre donc pas satisfaction[3]. C'est sur ce terrain juridique que le Conseil d'État va organiser sa résistance et amorcer sa réplique.

100. Résistance du Conseil d'État : entre « jeu d'opportunité »[4] et arguments juridiques. Au cours de la discussion faisant suite à la présentation du projet d'ordonnance devant le Conseil d'État, plusieurs conseillers prennent fermement position contre ce projet de transfert de compétence au profit des juridictions judiciaires. Des arguments juridiques sont avancés mais ils peinent à dissimuler le fond véritable de ces prises de parole : « il s'agit de défendre le Conseil d'État qui ne doit pas être exclu des changements et de la modernité »[5]. L'instinct de survie est prégnant[6].

Le Président Tricot, après avoir mis en doute l'utilité de la qualification d'autorité administrative indépendante, insiste sur le fait qu'elle « indique tout de même une voie, c'est l'État par ses lois, par ses règlements, par les nominations auxquelles il procède qui donne leur

[1] V. par ex. : « l'idée est venue de donner aux professionnels une garantie qu'ils réclament depuis très longtemps paraît-il, appuyés par leurs avocats (…) qui ne comprennent pas que leur échappe la partie la plus vivante, la plus technique des affaires (…). Ils ont donc depuis longtemps critiqué le fait que les décisions en cette matière, qui sont d'un domaine très précis du droit commercial qui est leur affaire, qui est l'affaire des tribunaux judiciaire, puissent venir devant la juridiction administrative ».
[2] Rapport précité, p. 7.
[3] Rapport précité, p. 5.
[4] Expression utilisée par le vice-Président Nicolaÿ lors de la séance de présentation puis de discussion du projet d'ordonnance devant le Conseil d'État le 20 novembre 1986.
[5] T. PERROUD, note précitée, n° 719.
[6] Ce serait d'ailleurs souvent le cas lorsque le Conseil d'État a à connaître d'une problématique relative à la répartition des compétences. « Le juge administratif se doit d'assurer sa propre compétence […]. Toute la problématique de la répartition des compétences juridictionnelles revêt à son niveau une importance capitale, car elle conditionne son existence. Les considérations de politiques jurisprudentielles de renforcement qui ont animé un grand nombre de décision de la juridiction administrative (et du Tribunal des conflits) doivent en partie s'analyser comme une sorte de « réflexe de survie » », B. RICOU, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative,* thèse dactyl., Université de Pau, 2009, n° 928. L'observation vaut en tout cas à cette période, avant l'intervention du Conseil constitutionnel sur laquelle nous reviendrons. La protection juridictionnelle dont jouissent les juridictions administratives en droit positif est de nature à grandement atténuer ce sentiment et cette attitude.

autorité à de telles institutions ». Ce rattachement à l'État devrait alors justifier la compétence du juge administratif[1]. De plus, la multiplication des AAI commanderait, selon le Président Tricot, qu'elles « relèvent d'une certaine compétence juridictionnelle » qui soit attribuée à un même ordre de juridiction afin de limiter les risques de divergence. Or, eu égard à la mission d'intérêt général dont sont investies ces autorités, il conviendrait d'attribuer cette compétence aux juridictions qui « ont l'habitude de trancher les problèmes concernant l'intérêt général car c'est bien en vertu de l'intérêt général, en vertu d'une notion d'ordre public, économique, que cette loi est faite et non pour trancher des litiges de droit privé »[2]. L'argument est classique : il repose sur la conviction que le juge judiciaire « ne sait » que trancher des litiges impliquant de stricts intérêts particuliers et que seules les juridictions administratives sont aptes à connaître de ceux mettant en cause l'intérêt général. Partant, la faible compétence technique du Conseil d'État pour connaître du contentieux envisagé – que le Président Tricot concède à demi-mot – et son incapacité à juger dans des délais raisonnables[3] – compensée par le fait que le Conseil d'État jugerait sans recours, contrairement à la Cour d'appel de Paris – sont bien secondaires. Les fondements juridiques et techniques ne sont pas encore brandis mais ils vont très rapidement l'être par d'autres conseillers qui prennent part au débat.

Le Président Khan relève ainsi qu'« il y a quand même le principe de séparation des pouvoirs dans ce pays » qu'il rattache à la loi des 16-24 août 1790 et qu'il « serait regrettable qu'on ne l'applique qu'aux matières mortes »[4]. L'argument est en apparence juridique mais la volonté politique est claire : le Conseil d'État doit être « acteur de la modernité » quand bien même cela le conduirait à sortir du cadre de son office traditionnel. Après que M. Bernard a soulevé la difficulté tenant à ce que le recours à la Cour d'appel de Paris conduirait à faire contrôler par trois magistrats les décisions prises par une autorité au sein de laquelle siègent « sept membres des plus hautes juridictions du pays »[5], il met en doute, en se référant à la loi d'habilitation et à

[1] Pour une position plus nuancée v. J. LEFEBVRE, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes,* thèse Amiens, 1997, n° 3 : traitant des AAI, l'auteur explique : « Leur qualification d'autorité administrative, rattache l'ensemble de ces compétences au droit public. Ce rattachement est néanmoins ambigu […] elles ne sont pas soumises à un pouvoir hiérarchique ou de tutelle et disposent, à la différence des autres autorités administratives, d'une autonomie d'organisation et de fonctionnement ».

[2] L'argument de l'unification, repris au cours de cette discussion par le Président Braibant, est quelque peu déroutant si l'on se souvient que, quelques mois auparavant, c'est au juge judiciaire qu'a été attribué compétence pour connaître des recours contre les décisions d'autres AAI opérant dans le domaine boursier (COB, Conseil des marchés à terme, Conseil des bourses de valeurs).

[3] Un autre conseiller d'État, M. Holleaux, insiste sur cet encombrement de la haute juridiction administrative et avance que la plus grande adaptabilité et rapidité de la procédure devant la Cour d'appel de Paris devrait être parmi les arguments décisifs pour attribuer compétence à cette dernière.

[4] Rapport précité, p. 46.

[5] Rapport précité, p. 47. Ce souci est partagé par plusieurs conseillers d'État qui refusaient d'être placés dans un rôle de « juridiction de premier degré » soumise au contrôle d'une Cour d'appel selon les mots de l'une des plumes

la décision rendue par le Conseil constitutionnel à son sujet, la compétence du Gouvernement pour bouleverser « un des principes fondamentaux de notre droit public » en donnant « compétence à une juridiction judiciaire pour censurer des actes d'un organisme qui, par sa composition, et par sa mission de police administrative, est une autorité administrative ». La « séparation des pouvoirs » et la loi des 16-24 août 1790 sont sous-jacentes. Le Président de séance va les brandir expressément pour engager la riposte sur le terrain constitutionnel.

101. Riposte du Conseil d'État : suggestion de constitutionnaliser la compétence du juge administratif. Le Président de séance, Monsieur Nicolaÿ, amorce la riposte de la juridiction administrative en se plaçant au sommet de la hiérarchie des normes. « Je voudrais tout de même commencer par poser le problème sous un angle qui n'est pas celui de l'opportunité mais celui de la légalité […] nous ne pouvons entrer dans le jeu de l'opportunité que dans la mesure où la légalité n'a rien commandé, je dirai même la constitutionnalité […] que si nous sommes libres juridiquement de faire un choix entre deux Ordres de juridiction »[1]. Son sentiment est que cette condition n'est pas réunie et qu'il existe un obstacle d'ordre constitutionnel.

En réponse, Monsieur Donnedieu de Vabres rappelle la distinction entre le principe de séparation des pouvoirs – auquel est incontestablement reconnu valeur constitutionnelle – et « les limites de compétence du contentieux judiciaire et du contentieux administratif » – qui relèveraient nécessairement du simple domaine de la loi[2]. Le Conseiller Braibant abonde en ce sens[3], ce qui contraint le Président à délimiter son propos. Il le fera par l'usage de cette expression demeurée célèbre de « noyau dur » de la compétence du juge administratif. La formule mérite d'être reproduite. « Il y a certainement des limites entre les deux ordres de juridictions qui sont du domaine de la loi. Seuls et j'en suis absolument convaincu, il y a un certain nombre de transferts de compétences qui sont possibles de l'administratif ou judiciaire ou du judiciaire à l'administratif par le dispositif législatif mais la question que nous avons

---

du projet de réforme (explication de C. BABUSIAUX, intervention lors d'un cycle de séminaires organisé par l'IRJS le 24 novembre 2017 consacré au thème « Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation », précité).

[1] Rapport précité, p. 49.

[2] Il précise : « vous l'avez dit dans une séance d'Assemblée du 30 mars 1962, du Tribunal des conflits, sur les conclusions de M. Braibant, qui a dit que ceci était du domaine de la loi ». Il explique par ailleurs que ce choix est pragmatique et nécessaire « il y aura forcément dans les frontières entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire, des évolutions qui tiendront des changements dans les modes d'intervention de l'État sur le plan économique, de même qu'il y aura des raisons techniques qui interviendront, et qui feront qu'on découvrira qu'il y a intérêt à regrouper de telle ou telle façon les contentieux, soit pour les porter vers l'administratif, soit pour les porter vers le judiciaire, on ne fera pas chaque fois une réforme constitutionnelle, c'est bien à mon avis clair » (v. Rapport précité, p. 50-53).

[3] « L'on ne pourrait pas demain supprimer la juridiction administrative par une simple loi. Mais en revanche, les tracés des limites […] sont du domaine de la loi. J'ajoute qu'à mon avis c'est souhaitable car sinon nous ne pourrions jamais procéder à des transferts de compétence comme on l'a fait parfois et qu'il faudra peut-être le faire de nouveau » (Rapport précité, p. 54).

évoquée en février dernier était : est-ce qu'il n'y avait pas un noyau dur qui échappait totalement au domaine de la loi et ce qui a été invoqué et ceci : le contrôle de la légalité d'un acte administratif n'est-il pas de caractère constitutionnel ? La réaction de l'Assemblée générale a été de dire : que ce principe selon lequel c'est un juge autre que le juge judiciaire qui juge de la légalité des actes administratifs a un caractère constitutionnel. Alors, est-ce que nous confirmons aujourd'hui cette manière de voir qui me paraissait être celle de l'Assemblée générale de février dernier[1] ». Ainsi, le Conseil d'État aurait dégagé un principe issu d'une loi fondamentale de la république qui aurait valeur constitutionnelle. Pourtant, comme le note le Professeur Perroud, « le principe invoqué n'existe pas » et pour cause, « le Conseil d'État n'est manifestement pas compétent pour dégager un tel principe… »[2].

Par « un coup de force intellectuel »[3] le vice-Président du Conseil d'État M. Nicolaÿ, soutenu par le Président de la Section du contentieux, propose ainsi un rejet du projet d'ordonnance en se fondant sur le terrain constitutionnel. Pour ce faire, il préconise de constitutionnaliser une part de la compétence des juridictions administratives, ce qui constituerait son « noyau dur », à savoir « l'acte par lequel on annule ou on déclare illégale une décision d'une autorité administrative »[4]. Via l'exercice de sa fonction consultative, le Conseil d'État tente ainsi de constitutionnaliser une part de sa fonction contentieuse. La proposition recueille la majorité des voix. Le projet soumis au vote du Parlement attribue compétence pour connaître des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence au Conseil d'État. La riposte est engagée.

102. Le débat hissé au niveau constitutionnel. De nouveau sollicité par l'Ordre des avocats parisiens[5], le ministre de l'Économie charge un député de déposer une proposition de loi le 12 décembre 1986. L'objet de cette proposition est de rétablir la compétence du juge judiciaire pour connaître des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, comme le prévoyait le projet initial du Gouvernement. Comme l'avaient espéré certains membres du

[1] Il est ici fait référence aux solutions retenues par l'Assemblée générale du Conseil d'État lors d'une séance du 30 janvier 1986 qui avait pour objet l'examen du projet de réforme du Code pénal. Dans ce cadre on a déjà une opposition entre, d'un côté, le Président Braibant – qui soutient que seule l'existence d'une juridiction administrative a valeur qui constitutionnelle – et, de l'autre, le Président Khan, rapporteur du projet de loi, le Président de la section du contentieux Pierre Laurent et le Président Nicolaÿ qui soutiennent que « le principe de séparation des autorités administratives et judiciaire a un caractère constitutionnel ». Le débat portait sur l'étendue qui allait être donnée au pouvoir du juge répressif de se prononcer sur la légalité d'un acte administratif.
[2] T. PERROUD, note précitée, n° 731.
[3] *Ibid.*, n° 724.
[4] Ce noyau dur de la compétence de la juridiction administrative ne comprendrait donc pas les questions de responsabilité administrative. Sur cela v. *ibid.*, n° 733-734.
[5] Lettre adressée par M. Stasi à E. Balladur, ministre de l'Économie, le 25 novembre 1986 par lequel le bâtonnier de Paris fait part de « la profonde émotion » des avocats et magistrats parisiens après l'information reçue que le Gouvernement entendait suivre l'avis du Conseil d'État et attribuer compétence à ce dernier pour connaître des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence (citée par T. PERROUD, note précitée, n° 711).

Conseil d'État, le débat se trouve alors porté au niveau constitutionnel. Plus de soixante députés défèrent la loi au Conseil constitutionnel en alléguant la violation de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen – qui pose le principe de la séparation des pouvoirs[1] – et celle des dispositions de la loi des 16-24 août 1790 qui posent ce qui a été qualifié de « principe de séparation des autorités administratives et judiciaires »[2].

2. Les relais de la doctrine publiciste au sein du Conseil constitutionnel

103. Riposte décisive. Le Conseil d'État a mené une riposte efficace : alors que la première version du projet d'ordonnance lui était défavorable, le débat est désormais placé au niveau constitutionnel. C'est en s'appuyant sur la doctrine universitaire publiciste que la Haute juridiction administrative va tenter de peser sur ce débat. Elle le fera d'abord via la voix du Professeur Delvolvé, qui rédige une porte étroite[3] à destination des Sages (a) puis, de manière décisive, via celle du doyen Vedel, rapporteur de la loi ayant pour objet de rétablir la compétence de l'ordre judiciaire au sein du Conseil constitutionnel (b).

a. La porte étroite du Professeur Delvolvé

104. Volonté de faire déclarer le transfert de compétence contraire à la Constitution. Le 14 janvier 1987, le Professeur Delvolvé adresse au Président et aux membres du Conseil constitutionnel une porte étroite[4] et reconnaît avoir été sollicité pour ce faire par des avocats aux conseils. Il introduit son propos par une formule dénuée d'ambiguïté : « je crois avoir démontré que ce texte est contraire à la Constitution »[5].

La démonstration est divisée en trois temps : le premier consiste à démontrer que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire a valeur constitutionnelle. Le deuxième à affirmer que le Conseil de la concurrence est une autorité administrative et que son

[1] Par une formule aussi célèbre qu'obscure « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».
[2] Spéc. art. 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».
[3] L'expression a été utilisée par le Doyen Vedel (G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991) avant d'être consacrée par la doctrine et les praticiens. Elle désigne « le texte de la contribution déposée au Conseil constitutionnel par des acteurs de la société civile lors du contrôle *a priori* de la loi ». Cette pratique, non encadrée, est d'un usage très courant sans n'être soumise à aucun statut ou régime procédural. V. D. DE BÉCHILLON, *Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil Constitutionnel,* Le Club des juristes*,* janvier 2017.
[4] Porte étroite 86-224 DC.
[5] Le texte en question est la proposition de loi déposée le 12 décembre 1986 *transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* dont est saisi le Conseil constitutionnel. Le texte avait été adopté par l'Assemblée nationale et le Sénat les 18 et 20 décembre 1986.

indépendance n'a aucune conséquence sur la nature administrative de ses décisions. Le dernier consiste à tirer les conséquences de cela : le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire s'opposant à ce que le juge judiciaire connaisse des recours dirigés contre une décision administrative, la loi déférée au Conseil constitutionnel, qui donne compétence au juge judiciaire pour connaître des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, est contraire au principe constitutionnel dont l'existence viendrait d'être démontrée.

105. Le coup de force : la tentative de constitutionnalisation du principe de séparation des autorités. C'est sur ce point que la contribution du Professeur Delvolvé est la plus remarquable et qu'elle entraînera d'importantes conséquences. Il s'agit de proposer un raisonnement juridique suffisamment solide pour convaincre les Sages que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, consacré par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 puis repris par le décret du 16 Fructidor an III, a valeur constitutionnelle. Il s'agit en somme d'établir ce que les membres du Conseil d'État avaient suggéré, faute de pouvoir l'imposer.

Le premier temps de la démonstration est celui de la source : M. Delvolvé explique que le principe est « indissociable de la séparation des pouvoirs », principe posé par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[1], dont il serait une application. Il renvoie, pour appuyer cette démonstration, à un ouvrage co-écrit quelques années plus tôt avec le Professeur Vedel[2]. Précisons que M. Delvolvé semblait pourtant, entre temps, avoir lui-même pris quelques distances avec cette analyse[3] que bien d'autres ont critiquée[4].

Ensuite, reprenant encore les arguments de certains conseillers d'État, Monsieur Delvolvé explique que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Bien que la loi des 16-24 août 1790 n'ait pas été adoptée sous la République, cette qualification proviendrait du fait qu'elle a été

[1] Art. 16 DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminé, n'a point de Constitution ».

[2] G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit administratif,* PUF, 9e éd., 1984, p. 116 et s. Il cite : « Le principe de séparation des pouvoirs était passé en dogme chez les écrivains politiques français à la fin du XVIIIe siècle. Selon la classification établie par Montesquieu et qui avait prévalu, il devait exister distinctement un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire. Ces pouvoirs devaient être indépendants les uns des autres, afin que la liberté fût garantie. De cette conception qui, en elle-même, n'est pas spécifiquement française, les Constituants français ont tiré une conséquence qui leur est propre : la solution des litiges où sont impliqués le pouvoir exécutif et ses agents ne sauraient être confiés aux tribunaux car, dans le cas contraire, le pouvoir judiciaire se subordonnerait le pouvoir exécutif ».

[3] P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *in Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 135.

[4] V. notamment J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA,* 1990*,* p. 712 ; T. PERROUD, note précitée, n° 746 et s. ; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française,* LGDJ, 1973 (rééd. 2014) ; S. VELLEY, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP,* 1989, p. 767.

réaffirmée, sans n'avoir jamais été abrogée, par tous les régimes républicains. En outre par sa décision du 22 juillet 1980[1], le Conseil constitutionnel aurait, en attribuant la qualification de principe fondamental reconnu par les lois de la République à l'indépendance des juridictions administratives desquelles il relève « le caractère spécifique des fonctions », « implicitement mais nécessairement couvert la répartition de leurs compétences, qui en elle-même résulte du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire »[2]. Cette dernière serait donc un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

106. L'argument du défaut de compétence du juge judiciaire. La conclusion du syllogisme paraît limpide. « Des développements qui précèdent il résulte que, par application du principe constitutionnel de séparation des autorités administrative et judiciaire, les décisions du Conseil de la concurrence, émanant d'une autorité administrative et constituant des décisions administratives, ne peuvent être déférées aux juridictions judiciaires »[3]. En somme, il résulterait du principe invoqué que les juridictions administratives bénéficient d'une réserve de compétence, protégée au niveau constitutionnel, pour connaître des recours exercés contre toute décision administrative. Le pari est osé.

b. Le rapport au Conseil constitutionnel du doyen Vedel

107. La doctrine publiciste au cœur du Conseil constitutionnel. Le doyen Vedel est rapporteur dans le processus d'adoption de la décision finalement rendue par le Conseil constitutionnel le 23 janvier 1987[4]. Outre le fait qu'il pourrait, par cette décision, avoir tenté de faire consacrer sa doctrine des bases constitutionnelles du droit administratif[5], il se fit le porte-voix de conseillers d'État et de son collègue en faisant siens plusieurs de leurs arguments.

108. Doutes sur la valeur constitutionnelle du principe. Le doyen Vedel commence par exposer l'origine révolutionnaire du principe de séparation des pouvoirs qu'il présente comme une réponse à « l'irritation de voir les Parlements, qui étaient des juridictions et dont les titulaires avaient acheté leurs offices, empiéter continuellement sur la sphère d'activité de l'administration royale. La Révolution témoigne ainsi de cette aspiration de ne pas voir le juge se mêler des affaires du Gouvernement et du législateur ». Il aurait ainsi eu pour objet premier de cantonner le juge à son rôle ; ce dont le législateur français de 1790 aurait tiré des

[1] Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 *loi portant validation d'actes administratifs.*
[2] Porte étroite 86-224 DC, n° 9, p. 7.
[3] Porte étroite 86-224 DC, n° 47, p. 34.
[4] Décision n° 86-224 DC précitée.
[5] V. F. MELLERAY, « En relisant la décision Conseil de la concurrence », *AJDA,* 2017, p. 91 et P. DELVOLVÉ, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA,* 2014, p. 1211.

conséquences logiques : « ces rapports entre le juge et le Gouvernement furent réglés par un texte célèbre, la loi des 16 et 24 août 1790 ». Cette loi ainsi que le décret du 16 fructidor An III, qui sont « la source du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires », découleraient donc directement du principe de la séparation des pouvoirs[1]. Le doyen poursuit ainsi sa démonstration : en conséquence de l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de connaître des litiges administratifs, « la réponse fut donnée par le droit français qui inventa alors la juridiction administrative ». Cette conclusion intermédiaire a de quoi étonner[2].

Puis M. Vedel pose expressément la question de la valeur – constitutionnelle ou simplement législative – de ce principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Il commence par se référer expressément à l'argument du Conseil d'État, à la note de son collègue Delvolvé et aux écrits de Laferrière cités par ce dernier. Il admet ensuite qu'il n'y a pas de consensus en doctrine et que l'observation de la pratique législative – qui admet largement que soient posées des dérogations, le législateur républicain aurait même « piétiné allègrement ce principe » – conduit au constat que « malgré sa solennité et sa majesté » le principe « n'a pas, dans sa généralité, valeur constitutionnelle »[3]. Le raisonnement ne s'arrête toutefois pas à cela.

109. L'argument du « noyau dur » dans les rangs du Conseil constitutionnel. Nonobstant ce qu'il vient d'admettre, le rapporteur explique qu'il y aurait tout de même « dans ce principe de séparation des compétences, un noyau dur qui est de valeur constitutionnelle »[4]. L'expression des conseillers d'État est expressément brandie parmi les Sages. « Il résulte de ce noyau dur que jamais il n'a été donné à la juridiction de l'ordre judiciaire le pouvoir d'annuler ou de réformer des décisions prises par l'autorité administrative dans l'exercice de prérogatives de puissance publique » et cela découlerait « plus de la conception française de la séparation des pouvoirs que de la Constitution même »[5].

Bien qu'ayant reconnu que rien ne permettait de rattacher le principe de séparation des autorités à un texte ou principe constitutionnel et admis qu'il subissait déjà de nombreuses atteintes, le doyen Vedel suggère à ses pairs de juger que « si le principe de séparation des compétences, dans sa généralité, n'a pas valeur constitutionnelle, il résulte de la conception française et des

[1] G. VEDEL, Rapport sur décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, p. 6. Valeur constitutionnelle avait déjà été reconnue au principe de séparation des pouvoirs (art. 16 DDHC) par la décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979.
[2] On peut s'étonner, avec le professeur Perroud que « G. Vedel n'hésite donc pas à fonder un principe dont l'objet est la protection de la compétence du juge administratif sur un texte qui ne connaissait manifestement pas l'existence même du juge administratif puisque celui-ci n'existait pas » (T. PERROUD, note précitée, n° 753).
[3] Rapport précité p.8 ; la formule est soulignée dans la restitution écrite du rapport.
[4] *Ibid.,* p. 9.
[5] *Ibid.*

principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que certaines décisions administratives relèvent de la compétence exclusive du juge administratif »[1].

110. L'atteinte au noyau dur au nom d'une bonne administration de la justice. Le doyen Vedel nuance néanmoins sa conclusion après avoir expliqué qu'il y a dans « certaines matières mixtes » – qui mélangent des problématiques juridiques relevant du « noyau dur » de la compétence des juridictions administratives et d'autres relevant des juridictions judiciaires – un risque que le contentieux soit partagé entre les deux ordres juridictionnels qui aurait des conséquences néfastes en termes de « bonne administration de la justice ». Afin de conjurer ce risque, il propose un « codicille » tendant à admettre que « dans certaines matières mixtes, le législateur a le pouvoir, dans le but d'une bonne administration de la justice, d'unifier les compétences sous l'autorité d'un ordre de juridiction, ici, l'ordre judiciaire »[2]. La formule générale finalement préconisée est la suivante : « la séparation des autorités n'a pas valeur constitutionnelle ; qu'il y a cependant un noyau dur qui relève exclusivement du juge administratif et qu'enfin, dans les matières mixtes, il appartient au législateur d'unifier le contentieux sous l'autorité de l'ordre juridictionnel le plus directement intéressé »[3].

111. L'inconstitutionnalité du texte fondée sur un autre motif. Le rapport du doyen Vedel préconise donc la constitutionnalisation de la compétence du juge administratif, ce qui n'est pas une moindre victoire. Néanmoins, la « bataille » est sur le point d'être remportée par les partisans de la compétence du juge judiciaire. La « théorie des blocs de compétences » qu'initie le rapport de M. Vedel constitue une exception au « noyau dur » de la compétence du juge administratif et en l'espèce, elle devait conduire à attribuer compétence au juge judiciaire pour connaître des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence.

Cependant, le rapport conclut dans le sens d'une censure de la loi soumise au contrôle du Conseil constitutionnel au motif qu'elle dispose que le recours exercé, devant la Cour d'appel de Paris, contre les décisions du Conseil de la concurrence n'a pas d'effet suspensif. Or, eu égard à la lourdeur des sanctions que peut prononcer le Conseil[4], l'absence d'effet suspensif et de toute possibilité offerte au requérant de solliciter un sursis à exécution emporte atteinte aux droits de la défense dont la valeur constitutionnelle[5] doit conduire à la censure. Si cette bataille

[1] *Ibid*.
[2] *Ibid,* p. 10.
[3] *Ibid*.
[4] Pouvoir prévu, dès l'origine, par l'art. 13 de l'Ordonnance de 1986.
[5] La garantie de ces droits a été consacrée comme principe fondamental reconnu par les lois de la République par la décision n° 72-75 L du 21 décembre 1972.

pouvait donc être un échec pour le Conseil d'État, son intérêt est ailleurs : une part de sa compétence contentieuse est sur le point de se voir octroyer une protection constitutionnelle.

112. Un rapport décisif : admission du transfert de compétence et sanctuarisation de la compétence des juridictions administratives. La décision du Conseil constitutionnel rendue le 23 janvier 1987 va dans le sens préconisé par le rapport de M. Vedel. Consacrant le noyau dur de la compétence des juridictions administratives, les Sages jugent que « les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, 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, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif ». Alors que le rapport du doyen Vedel ne visait que « certaines » décisions prises par les autorités administratives, la décision les englobe toutes, par une formule générale, dans ce noyau dur. Pour le Conseil d'État, l'essentiel est acquis. La solution retenue concernant le recours contre les décisions du Conseil de la concurrence ne lui a cependant pas été favorable.

Les juges constitutionnels consacrent en effet également la possibilité de déroger à ce noyau dur par l'organisation de « blocs de compétences »[1]. Ils jugent ainsi que « lorsque l'application d'une législation ou d'une règlementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ». En l'espèce, cela justifie que la loi contrôlée, qui « tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique » de la concurrence, transfert à la Cour d'appel de Paris les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence.

La loi est néanmoins censurée, comme le préconisait le rapport, au motif d'une atteinte à une garantie essentielle des droits de la défense résultant de l'absence d'effet suspensif du recours et de toute possibilité de solliciter un sursis à exécution. Le législateur en tira rapidement les

[1] V. déjà en matière de droits de douane : TC, 12 novembre 1984 *Sté Sogedis*, n° 02359. Sur cette logique des « blocs de compétence » v. J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif,* t. 1, LGDJ, 3e éd., 1984, n° 406 et s.

conséquences en adoptant une loi[1] modifiant les articles 12 et 15 de l'Ordonnance afin d'offrir à la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle est saisie de recours contre les mesures conservatoires ou sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution desdites décisions[2]. Pour la suite de notre propos, l'essentiel est ailleurs : il est à rechercher dans le raisonnement ayant conduit les Sages à admettre le principe du transfert de compétence au profit d'une juridiction de l'ordre judiciaire.

§ II – La focalisation sur le choix du juge et l'échec de l'entreprise d'unification

113. Enseignements de la décision des Sages. La réforme du droit de la concurrence a ainsi donné lieu à une lutte de pouvoirs et à un débat, hissés au niveau constitutionnel, focalisés sur la désignation du juge compétent pour connaître des recours susceptibles d'être exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence. L'analyse de la décision par laquelle les Sages ont tenté d'y mettre un terme sera riche d'enseignement pour la suite de notre travail.

D'abord car y sont à la fois exposés les fondements juridiques et objectifs poursuivis par l'octroi, à la Cour d'appel de Paris, de la compétence pour connaître de ces recours (A). Ensuite car le recul qui peut être pris sur les solutions adoptées au terme de ces péripéties permet de porter une première appréciation sur la méthode adoptée : en se focalisant sur la seule figure du juge auquel allait être confiée cette compétence, les concepteurs de la réforme ont prétendu poursuivre un objectif d'unification pourtant voué à l'échec. Ces observations constitueront de précieux éléments qui permettront d'engager une réflexion éclairée sur les causes explicatives du sentiment d'insatisfaction qu'a très tôt inspiré l'observation du système instauré à la fin des années 1980 et qu'inspire toujours celle du droit positif en la matière (B).

A. Fondements et objectifs affichés

114. Fondements fragiles, méthode inadaptée. Les fondements des solutions adoptées quant à la compétence pour connaître des recours susceptibles d'être exercés contre les décisions des autorités administratives en charge de la mise en œuvre du nouveau droit de la concurrence marquent par leur fragilité, probablement due à leurs faibles cohérence et rigueur juridiques (1). Les objectifs officiellement affichés peinent quant à eux à couvrir les enjeux politiques

[1] Loi n° 87-499 du 6 décembre 1987 *transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judicaire.*

[2] Ce sursis peut être octroyé lorsque les décisions objet du recours sont susceptibles d'entraîner « des conséquences manifestement excessives » ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, « des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité ».

sous-jacents qui ont dominé les débats : ils sont centrés sur la seule question de la désignation du juge et prétendent tendre à une unification inatteignable eu égard à la méthode employée (2).

1. Les fondements labiles de la compétence du juge judiciaire

115. Un fondement fragile : la dérogation au noyau dur de compétence du juge administratif. Ça n'est qu'en dérogation au noyau dur de la compétence du juge administratif, protégé au rang constitutionnel, que la Cour d'appel de Paris se voit reconnaître compétence pour statuer sur les recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence. En effet, selon le juge constitutionnel, l'indépendance du Conseil de la concurrence n'a aucun impact sur sa nature administrative : en tant qu'autorité administrative, il dispose de prérogatives de puissance publique dans l'exercice desquelles il adopte des actes et décisions de nature administrative. Le recours juridictionnel en nullité ou en réformation exercé contre ces derniers aurait donc dû relever du « noyau dur » de la compétence exclusive des juridictions de l'ordre administratif[1]. Des auteurs ont soutenu cette solution[2] ; d'autres ont tenté de remettre en cause le sceau de l'évidence dont elle est souvent frappée[3].

En ce qu'elle est une dérogation, une exception – qui plus est à un principe de valeur constitutionnelle – la compétence du juge judiciaire couvre un champ qui doit être d'interprétation stricte. Le Conseil constitutionnel évoque un « aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle »[4], témoignant des caractères restreint et précaire de la solution. Le principe qui fonde cette dérogation appelle également quelques remarques.

116. Un fondement fuyant : l'objectif de bonne administration de la justice. « L'aménagement » des règles de compétence juridictionnelle est expressément motivé et justifié « par les nécessités d'une bonne administration de la justice »[5]. Cette notion a donné lieu à de nombreux travaux qui font souvent état de son inconsistance et/ou de sa fragilité ; ce

[1] Ce qui est le cas pour la majorité des actes des AAI ; v. A. VAUCHEZ (dir.), rapport précité, p. 27 : « le contentieux des actes des AAI relève, pour l'essentiel, de la juridiction du Conseil d'État, en premier et dernier ressort. La chose n'est pas anodine car elle place le Conseil d'État en juridiction en chef de l'État régulateur ».
[2] V. M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003, dans la première partie de sa thèse, l'auteur s'attache à démontrer « l'indifférence de principe à l'égard du statut d'indépendance ». Il soutient, d'une part, que les actes des autorités administratives indépendantes sont de simples actes administratifs (Titre I) et, d'autre part, que les AAI sont de simples autorités administratives (Titre II). V. aussi P. DELVOLVÉ, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *in Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992 p. 47 et s., spéc. p. 55 et s. ; V. NTINOKA, *Le partage du contentieux de la régulation économique des autorités indépendantes,* thèse Paris I, 2018, p. 301 et s., pour qui les « litiges en la matière sont, tant au regard du critère matériel que du critère organique, des litiges d'ordre administratif ».
[3] V. J. LEFEBVRE, thèse précitée, n° 3 ; P. FRANCE, A. VAUCHEZ, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Presses de Sciences Po, 2017, p. 126-136 ; A. VAUCHEZ (dir.), Rapport précité.
[4] Cons. const., décision n° 86-224 DC, cons. 18.
[5] Cons. const., décision n° 86-224 DC, cons. 18.

qui confirme, s'il en était besoin, que les considérations juridiques ne sont pas toujours celles qui ont primé.

La bonne administration de la justice serait une « notion fonctionnelle » en ce sens qu'elle « procède[rait] directement d'une fonction qui [lui] confère seule [sa] véritable unité »[1]. Elle serait caractérisée par « sa faculté à légitimer une dérogation »[2] et aurait même pour fonction exclusive de poursuivre une « logique dérogatoire »[3].

Par ailleurs – et ce caractère pourrait découler, au moins pour partie, du premier – la bonne administration de la justice est présentée comme une notion « incertaine », « ambiguë », qui « souffre d'une absence de définition précise »[4] et dont la qualification juridique demeure discutée. Un temps présentée comme « standard du droit »[5], des auteurs proposent de la consacrer comme « principe général du droit »[6] alors que le Conseil constitutionnel, lui, la qualifie de simple « objectif à valeur constitutionnelle »[7].

Le fondement sur lequel repose la dérogation à une règle de répartition des compétences de valeur constitutionnelle est donc fragile. Elle revêt une nature juridique contestée et a un contenu incertain. Cela témoigne du faible souci d'organiser un régime juridique cohérent et solide. L'analyse de M. Collet le confirme : la bonne administration de la justice est « une notion juridique source de discrétionnalité législative » qui n'est autre qu'une « justification juridique du contenu strictement politique des transferts »[8] qu'il peine à dissimuler ; notamment concernant le Conseil de la concurrence. Intéressons-nous, désormais, aux objectifs qu'était pourtant supposé poursuivre ce transfert de compétence au profit du juge judiciaire.

---

[1] G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP,* 1950, 851. L'auteur propose une distinction entre les « notions conceptuelles » dont le contenu est « abstraitement déterminé » sans dépendre de l'utilisation qui en est faite et les « notions fonctionnelles » qu'il est impossible de définir *a priori* et qui ne trouvent leur contenu et leur unité que par la fonction qui leur est assignée et l'utilisation qui en est faite. La démonstration faite à propos de la notion de voie de fait a vocation à s'appliquer à d'autres notions dont celle de bonne administration de la justice : R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP,* 2003, n°1, p. 3.

[2] O. GABARDA, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP,* 2006, p. 153.

[3] V. NTINOKA*,* thèse précitée, p. 115.

[4] V. NTINOKA, thèse précitée, p. 125.

[5] C'est la thèse de N. LAVAL, « La bonne administration de la justice », *LPA,* 1999, n° 160, p. 12 ; elle décrit le standard comme « instrument de mesure de la normalité » qui laisserait, du fait de son indétermination *a priori*, une certaine marge d'appréciation au législateur sous contrôle du juge, notamment constitutionnel (v. sur ce point J.-M. BLANQUER*, Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse Paris II, 1993, p. 306). Cette thèse est rejetée par M. COLLET, thèse précitée, p. 285-288, notamment du fait de l'absence de véritable contrôle juridictionnel.

[6] V. NTINOKA, thèse précitée p. 137.

[7] Cons. const., décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, qualification rattachée aux articles 12, 15 et 16 DDHC. Cette qualification aurait été retenue par le Conseil dès sa décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 sur fondement des articles 14 et 15 DDHC (B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *RFDA,* 2010, p. 1).

[8] M. COLLET, thèse précitée, p. 288-292.

2. L'inadéquation de la méthode à l'objectif d'unification du contentieux

117. Objectif annoncé : unifier le contentieux de la concurrence. Le Conseil constitutionnel approuve la mise en œuvre de cet outil dérogatoire que constitue la bonne administration de la justice par la loi soumise à son contrôle en expliquant que celle-ci « tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique ». Il est ici fait référence au contentieux de la concurrence dans lequel de nombreuses juridictions judiciaires – essentiellement civiles, commerciales et pénales – avaient – et ont encore – vocation à intervenir. Cela conduit à le classer parmi les matières pour lesquelles une application stricte du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires – qui aurait conduit à octroyer compétence au juge administratif pour connaître des recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence – « pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient […] entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire »[1].

Cette unification prétendument organisée par la loi aurait ainsi dû conduire « à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence »[2]. C'est donc d'un souci de cohérence juridique dont il s'agit. La dérogation à la rigueur des principes de répartition des compétences par la mise en œuvre du principe de bonne administration de la justice tendait à ce que l'ensemble du contentieux de la concurrence relève des juridictions de l'ordre judiciaire, « ordre principalement intéressé », sous le contrôle de la Cour de cassation. Cette dernière, par la mise en œuvre de son rôle unificateur[3], aurait ainsi été en mesure d'assurer une interprétation et une application uniformes de ce droit par les juridictions de fond. Si l'objet est louable, la méthode interroge.

118. Biais de la méthode : la désignation du juge de « certains » recours. Les formules utilisées par la doctrine pour caractériser la tentative d'unification du contentieux de la concurrence initiée par le Gouvernement, conduite par le législateur, puis approuvée par le Conseil constitutionnel sont claires. Cette unification est, pour les uns, un « mythe »[4], elle est, pour les autres, « vaine » et a constitué « un échec »[5]. Sans prendre à ce stade position sur l'opportunité de poursuivre cet objectif d'unification, nous ne pouvons qu'acquiescer au constat de son échec. Il paraissait même inévitable au regard de la méthode suivie.

[1] Décision n° 86-114 DC, cons. 16.
[2] Décision n° 86-224 DC, cons. 17.
[3] Ou de « cour régulatrice » qui veille à l'application uniforme du droit ; v. B. BEIGNIER, L. MINIATO, R. PERROT, *Institutions judiciaires*, LGDJ 18e éd., 2020, n° 213.
[4] D. TRUCHET, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », précité.
[5] M. CRESPY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique,* Dalloz, 2017, n° 968 et 973 et s.

En premier lieu, la loi qui organise le transfert de compétence au profit du juge judiciaire – de la Cour d'appel de Paris – ne vise que certaines des décisions du Conseil de la concurrence. Ainsi « le transfert ne porte pas sur tout le contentieux de l'Ordonnance de 1986 »[1]. À seul titre d'exemple, puisque nous reviendrons de manière exhaustive sur cela *infra*, toutes les décisions ministérielles prises sur fondement des articles 38 à 44 de l'Ordonnance en matière de concentration économique échappent au transfert. L'éventuel recours dont elles font l'objet relève de la compétence du Conseil d'État. Seul le contentieux des pratiques anticoncurrentielles fait donc l'objet du transfert.

Par ailleurs, cette loi n'intègre en rien les décisions prises par d'autres autorités qui officient pourtant pleinement dans la mise en œuvre du droit de la concurrence[2]. Elle n'a pris pour champ qu'une partie du droit de la concurrence posée par l'Ordonnance à laquelle elle a été intégrée. Or « l'ordonnance de 1986 n'est pas tout le droit de la concurrence »[3]. La loi ne dit ainsi rien, notamment, des actes et décisions pris par le ministre de l'Économie, ni de ceux adoptés par la DGCCRF pourtant créée quelques mois auparavant. Les recours exercés contre ces actes et décisions relèvent donc, par application des principes et critères de droit commun, de la compétence des juridictions administratives. Elle ne dit rien non plus du contentieux de la responsabilité qui s'est développé sur fondement des dispositions du Code civil. Ce contentieux reste donc, lui aussi, soumis aux règles classiques d'attribution de la compétence juridictionnelle et nous verrons qu'il a été la source d'une forme de lutte entre les juridictions des deux ordres qui a accru encore l'état d'éclatement du contentieux de la concurrence.

Sans trancher, ici, la question de l'opportunité et de la faisabilité d'un regroupement des recours contre « toutes les décisions » de « toutes les autorités » intervenant dans la mise en œuvre du droit de la concurrence au sein d'un même ordre juridictionnel, voire d'une même juridiction ; le constat objectif de l'échec originel de l'entreprise d'unification peut être fait. Il se vérifie d'ailleurs à l'observation de l'état du droit qui a résulté de l'adoption de ces réformes.

B. Solutions adoptées

119. De l'Ordonnance au droit positif. Ainsi, au terme de la réforme de l'économie intervenue à la fin des années 1980, seul le contrôle juridictionnel des décisions adoptées par le nouveau Conseil de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles a fait

[1] D. TRUCHET, article précité, p. 543.
[2] D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004, p. 147, qui relève « des transferts de compétence limités à certaines autorités administratives compétentes en matière de droit de la concurrence ».
[3] D. TRUCHET, article précité, p. 541.

l'objet de débats ayant abouti à l'adoption de dispositions spécifiques. Aucun texte ni réflexion substantielle n'ayant été consacré à ce sujet concernant les décisions adoptées dans le cadre rénové du contrôle des concentrations[1], il fut abandonné au droit commun sur fondement duquel devaient être identifié le juge compétent puis déterminées les modalités d'exercice du recours.

Dans ces « champs traditionnels », l'état du droit qui a résulté de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et de la loi du 6 décembre 1987 venue la modifier a rapidement fait l'objet de contestations. Le sentiment d'insatisfaction, très tôt développé, a été renforcé par des évolutions, d'origine essentiellement prétorienne, venues accentuer les failles et l'incomplétude du système de contrôle juridictionnel mis en place : le vœu d'unification, d'abord apparu comme un mythe, est rapidement devenu un échec consommé.

Dès lors, avant de retracer ces évolutions puis de procéder à une présentation des solutions offertes par le droit positif, dont on peine à se satisfaire (2), il conviendra de nous intéresser aux solutions initialement adoptées en insistant sur les limites intrinsèques qu'elles présentaient et critiques dont elles ont très tôt fait l'objet (1).

1. Les solutions initiales : un espoir d'unification voué à l'échec

120. Transfert partiel. L'espoir de concentration et d'unification du contentieux juridictionnel de la concurrence qui animait les auteurs de la réforme a conduit au transfert d'un certain nombre de compétences à la Cour d'appel de Paris (a). Ce transfert fut néanmoins partiel, laissant subsister une part importante de compétence reconnue aux juridictions administratives et se développer un éclatement du contentieux aux antipodes des objectifs annoncés (b).

a. Les matières transférées à la Cour d'appel de Paris

121. Transfert du contentieux interne des pratiques anticoncurrentielles... La loi du 6 juillet 1987, adoptée en réaction à la censure du premier projet d'ordonnance par le Conseil constitutionnel[2], opère un transfert en des termes généraux du « contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire »[3]. Elle modifie les articles 12 et 15 de la version initiale de l'Ordonnance et substitue à la compétence du Conseil d'État celle de la Cour

[1] Les décisions adoptées en matière de transparence et de pratiques restrictives, auxquelles est consacré le Titre IV de l'Ordonnance, n'ont pas davantage fait l'objet de réflexion et/ou de disposition spécifiques. Nous n'avons pas classé ces matières dans ce qui a été qualifié de « champs traditionnels » du droit de la concurrence. Les solutions les concernant seront par conséquent exposées au chapitre suivant.
[2] V. *supra.*
[3] C'est l'intitulé même de la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987.

d'appel de Paris pour connaître du recours contre les décisions par lesquelles le Conseil de la concurrence ordonne des mesures conservatoires, des injonctions ou inflige des sanctions.

Eu égard au large champ d'application de l'Ordonnance, dont l'article 53 visait « toutes les activités de production, de distribution et de services » qu'elles soient le fait de personnes privées ou publiques, un vaste domaine de compétence semblait offert au juge judiciaire.

122. …et du contrôle des pouvoirs d'enquête du Conseil de la concurrence. En outre, sur fondement probable d'une lecture rigoureuse de l'article 66 de la Constitution[1], l'article 48 de l'Ordonnance de 1986 étend encore le champ de compétence du juge judiciaire en lui confiant le pouvoir d'autoriser puis de contrôler la mise en œuvre de ses pouvoirs d'enquête par le Conseil de la concurrence. Toutefois, si l'objectif d'unification de ce contentieux au sein de l'ordre judiciaire est maintenu par cette disposition, elle ne poursuit pas celui de le concentrer entre les mains d'une unique juridiction.

123. Centralisation du contentieux transféré : compétence de la Cour d'appel de Paris... L'Ordonnance a été la première occasion de confier à une juridiction régionale, la Cour d'appel de Paris, une compétence exclusive sur le plan national dans le but de centraliser le contentieux et de spécialiser les magistrats en son sein[2]. C'est à la Cinquième chambre de la Cour, alors nommée « Chambre commerciale et économique », qu'a été confié ce contentieux. Il l'est aujourd'hui à la Chambre 5-7 « Régulation économique », laquelle est intégrée au Pôle 5 de la Cour intitulé pôle « Économique et commercial ».

Un ancien président de la Cour d'appel de Paris explique qu'au sein de ce pôle spécialisé, les magistrats étaient, dès l'entrée en vigueur de la réforme, recrutés sur la base du volontariat, de l'intérêt qu'ils témoignaient pour le contentieux économique et de leurs compétences en la matière. Cela a permis d'y développer une véritable « doctrine du droit de la concurrence »[3]. L'ensemble du contentieux juridictionnel de la concurrence ne lui a toutefois pas été confié.

124. …et compétence résiduelle des juridictions judiciaires de droit commun. L'Ordonnance ne vise pas, au sein des juridictions judiciaires, la seule Cour d'appel de Paris.

---

[1] Lequel dispose que « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire *gardienne de la liberté individuelle*, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » (nous soulignons).

[2] Cette entreprise a été réitérée depuis, notamment en matière de brevets d'invention, v. art. L. 615-17 CPI.

[3] G. CANIVET, Intervention lors d'un cycle de séminaires organisé par l'IRJS le 24 novembre 2017 consacré au thème « Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation », précité. De manière régulière, étaient réunis les magistrats de cette chambre, des professeurs de droit et d'économie travaillant dans le champ de la concurrence, des avocats spécialisés et des membres de la DGCCRF. Ces réunions étaient l'occasion de discussions sur les arrêts récents, les réformes récentes ou en cours etc. Ce que confirme P. BÉZARD, « Réflexions sur le fonctionnement de la justice économique et financière », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 59 et s., spéc. p. 65-67.

Pour ses aspects pénaux, de même que pour le contrôle des pouvoirs d'enquête qu'elle confie au Conseil de la concurrence, c'est aux juridictions de droit commun du premier degré que la compétence est attribuée[1]. Les recours éventuellement exercés sont, ensuite, également distribués en application des règles de compétence de droit commun et ne relèvent donc pas de la seule chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris. Bien que tout ce contentieux relève *in fine* du contrôle de la Cour de cassation, l'unification et la centralisation au sein de l'ordre judiciaire ne sont pas pleinement assurées.

125. La Cour d'appel de Paris : juge des seules pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, en 1987, seule une partie des décisions adoptées, en « premier ressort », en application des dispositions substantielles de l'Ordonnance relève, sur recours, de la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris. Il s'agit des décisions adoptées par le Conseil de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Le contentieux naissant de la mise en œuvre des autres dispositions de l'Ordonnance échappe à sa compétence. On songe en premier lieu aux décisions prises par le ministre de l'Économie, sur avis du Conseil de la concurrence, en matière de contrôle des concentrations et à celles adoptées par les services de ce même ministre en matière de transparence tarifaire et de pratiques restrictives. Dès lors, en s'en tenant à ces seuls champs couverts par l'Ordonnance de 1986, la Cour de Paris ne pouvait, dès l'origine, être véritablement présentée comme juridiction de la concurrence sur le plan national.

Si la Cour d'appel de Paris n'est pas « juridiction de la concurrence » elle n'est *a fortiori* pas « juridiction économique » ; ce qu'espérait pourtant voir émerger de la réforme le Directeur général de la DGCCRF alors en fonction[2]. L'ambition de ce dernier, partagée par le ministère de l'Économie, était d'instituer, au sein de l'ordre judiciaire, un véritable « juge économique ». Ce dernier aurait été doté d'une compétence large pour connaître tant du droit de la concurrence que de celui de la consommation[3], s'étendant du contrôle de la validité et du contenu des contrats et conventions convenus entre acteurs économiques au contrôle des sanctions prononcées par les autorités administratives[4]. L'idée d'une « magistrature économique » avait déjà animé la doctrine – bien que le droit de la concurrence n'y ait pas toujours été intégré

[1] V. art. 48 de l'Ordonnance.
[2] C. BABUSIAUX, intervention lors d'un cycle de séminaires organisé par l'IRJS le 24 novembre 2017 consacré au thème « Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation », précité.
[3] Cette étendue de la compétence de ce que serait un « juge économique » n'est pas à l'abri des critiques et n'est pas sans rappeler le débat qui a été consacré à la question de l'existence-même du droit économique ; v. G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *in Mélanges offerts à Pierre Vigreux,* IAE de Toulouse, 1981, t. II, p. 767.
[4] V. sur cela les articles 7, 8 et 9 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 (ci-après « Ord. »).

comme composante essentielle[1] – et certaines propositions contemporaines sur lesquelles nous reviendrons vont en ce sens. Le constat est en tout état de cause très clair : si la réforme de 1986 n'a pas fait de la Cour d'appel de Paris « le » juge exclusif de la concurrence, elle n'est *a fortiori* pas devenue celui de « l'économie ». L'ordre des juridictions judiciaires dans son ensemble ne l'est d'ailleurs pas davantage devenu.

b. Les matières non transférées relevant des juridictions administratives

126. Le contentieux des concentrations. Réorganisant les modalités de contrôle des projets de concentration économique, les articles 38 à 44 de l'Ordonnance de 1986 prévoient que tout projet de concentration ou toute concentration « de nature à porter atteinte à la concurrence » et engageant des entreprises détenant une position importante sur un marché[2] peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie[3], à l'avis du Conseil de la concurrence.

En application de ces dispositions, il appartenait alors au Conseil de rendre un avis sur le projet en question, éventuellement accompagné d'engagements pris par les parties[4], au regard de critères prédéfinis[5]. Sur la base de cet avis, et sauf à garder un silence valant acceptation[6], le ministre chargé de l'économie et les autres ministres intéressés pouvaient, par arrêté motivé, soit s'opposer à l'opération et/ou ordonner aux parties de rétablir la situation de droit antérieure, soit leur enjoindre de modifier ou compléter l'opération de manière assurer qu'elle ne porte pas atteinte à la concurrence, soit, enfin, en subordonner la réalisation à l'observation de prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence[7]. En cas de méconnaissance par les parties des engagements qu'elles avaient pris ou des injonctions et prescriptions adressées par le ministre,

[1] V. qui retrace deux décennies de réflexions à ce sujet : C. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Justices*, 1995, n° 1, p. 61-79. V. néanmoins, une décennie plus tard, X. LAGARDE, « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », *D.,* 2005, p. 82.
[2] L'art. 38, al. 2 de l'Ordonnance disposait ainsi qu'une telle procédure ne s'applique « que lorsque les entreprises qui sont partie à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble plus de 25 p. 100 des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxe de plus de sept milliards de francs (…) ».
[3] Auquel les entreprises peuvent notifier tout projet ou toute concentration ne remontant pas à plus de trois mois (art. 40 Ord.).
[4] Art. 40 Ord. : la notification adressée au ministre « peut être assortie d'engagements ».
[5] Art. 41 Ord. : le Conseil « apprécie si le projet de concentration ou la concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ».
[6] Art. 40 Ord. : « Le silence gardé pendant deux mois vaut décision tacite d'acceptation du projet […] ainsi que des engagements qui y sont joints. Ce délai est porté à six mois si le ministre saisit le Conseil de la concurrence ».
[7] V. art. 42 Ord.

ce dernier pouvait prononcer des sanctions pécuniaires à leur encontre, toujours après consultation du Conseil de la concurrence et « dans les limites de son avis »[1].

Constituant des actes administratifs unilatéraux susceptibles de faire grief, toutes ces décisions ministérielles devaient pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel[2]. Aucune disposition de l'Ordonnance n'y étant consacrée, ce recours ne fut pas concerné par le transfert dérogatoire de compétences au profit des juridictions judiciaires. Or puisqu'il tend à « l'annulation ou [à] la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique » par une autorité « exerçant le pouvoir exécutif » – le ministre chargé de l'économie – ce recours relève du noyau dur de la compétence des juridictions administratives tel que délimité par le Conseil constitutionnel[3]. Dès lors, en application des principes communs de répartition des compétences entre les ordres juridictionnels, les recours exercés contre les actes adoptés, en application des dispositions de l'Ordonnance, dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, ont continué de relever de la compétence des juridictions administratives.

Le désintérêt dont a fait l'objet cette question dans les discussions entourant la préparation de la réforme étonne au regard de l'importance qu'y avait pris celle du contrôle juridictionnel des actes et décisions du Conseil de la concurrence : le *statu quo* favorable à la compétence des juridictions administratives n'a pas donné lieu à des débats substantiels dont se seraient fait l'écho les praticiens, la doctrine ou la presse. Il est donc possible d'en déduire que cette solution a été approuvée alors que la discussion était permise[4]. La volonté affichée d'unifier le contentieux de la concurrence s'en trouvait en tout état de cause déjà bien atteinte.

127. Les actes et décisions du ministère de l'Économie[5]. Hormis dans les parties consacrées au régime des concentrations, les manuels de droit de la concurrence font parfois bien peu de place à l'étude des pouvoirs et actes du ministère de l'Économie et de la DGCCRF qui en

[1] Art. 44, al. 3 Ord. L'art. 13 de l'Ordonnance fixait le montant maximum des sanctions pouvant être prononcées.
[2] V. CE, ass., 17 février 1950 *Dame Lamotte,* n° 86949, qui consacre un principe général du droit selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet, même sans texte, d'un recours pour excès de pouvoir. Sur cet impératif découlant du principe de légalité v. *infra,* Partie II – Titre I – Chap. 1 – Sect. 1.
[3] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur laquelle v. *supra*.
[4] D'autant plus qu'à la même époque, la Cour d'appel de Paris s'était vu confier compétence pour connaître des recours contre les décisions de la COB (dont Jean Donnedieu de Vabres a d'ailleurs été Président, jusqu'en 1980). Or cette dernière pouvait intervenir à l'occasion d'opérations de concentration, ce qui laissait *de facto* un champ de compétence – aussi minime et indirect soit-il – à la chambre spécialisée de la Cour de Paris en la matière. Bien que ce contentieux boursier ne soit pas au cœur de notre propos, l'incise permet d'illustrer que les volontés de concentration des contentieux et d'articulation de l'activité des différentes AAI et du contrôle juridictionnel de leurs actes paraissaient, dès l'origine, bien relatives.
[5] Les « décrets d'exemption » que pouvait adopter le gouvernement après avis conforme du Conseil de la concurrence échappaient également au transfert. Nous ne les traiterons néanmoins pas davantage du fait de leur intérêt secondaire pour nos propos et de leur caractère assez rare en pratique. À leur sujet v. D. KATZ, thèse précitée, p. 148 et p. 217-221. En droit positif v. art. L. 420-4, II et III.

dépend. Pourtant, bien que certaines aient, depuis, été transférées à d'autres autorités, notamment à l'Autorité de la concurrence, ils disposaient dès l'époque de la réforme de prérogatives considérables.

La DGCCRF, créée par un décret du 5 novembre 1985[1], a concentré les pouvoirs d'anciens services de la fusion desquels elle est le fruit : direction générale de la concurrence et de la consommation, direction de la consommation et de la répression des fraudes, mission d'études et de coordination et service des affaires générales. Dès sa création, elle a été dotée d'un pouvoir règlementaire ainsi que de larges pouvoirs consultatifs et d'enquête pouvant conduire à l'adoption de mesures conservatoires, d'avertissements, d'injonctions et même de sanctions pécuniaires. Bien que la plupart de ces mesures soient prises, *in fine*, par signature d'autres autorités – à commencer par le ministre de l'Économie au service duquel elle opère – elles le sont sur la base d'enquêtes conduites et d'avis rendus par cette Direction générale.

L'ordonnance du 1er décembre 1986, dont la préparation a été concomitante à la création de la DGCCRF, ne dit absolument rien de cette dernière. En conséquence, les actes et décisions qu'elle prend – de manière autonome ou sur signature du ministre de l'Économie – ne sont pas intégrés aux débats et dispositions concernant la répartition des compétences juridictionnelles pour connaître des recours auxquels ils sont susceptibles de donner lieu. Ici encore, en ce qu'ils sont des actes administratifs unilatéraux susceptibles de faire grief, ils doivent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel qui relève de la compétence des juridictions administratives par la voie du recours pour excès de pouvoir. Nous reviendrons, au chapitre suivant, plus en détail sur l'état du droit positif à cet égard. Retenons à ce stade que les recours dont ils sont susceptibles de faire l'objet relevaient déjà aussi, en 1986, de la compétence des juridictions administratives. Dès l'adoption de cette réforme, le projet d'unification du contentieux de la concurrence apparaît ainsi voué à l'échec. De rapides évolutions sont venues confirmer cette intuition.

2. Évolutions vers le droit positif : l'échec consommé du projet d'unification

128. Mouvement jurisprudentiel. Dès les premières années de mise en œuvre de l'Ordonnance, des évolutions, essentiellement impulsées par la jurisprudence, ont conduit à une expansion considérable des compétences des juridictions administratives dans ces champs traditionnels du droit de la concurrence, parfois tout à fait à rebours de l'esprit de cette réforme. La poursuite de ce mouvement, dont nous scinderons l'étude en trois temps, permettra de mieux

[1] Décret n° 85-1152 du 5 novembre 1985. Sur les origines de cette Direction, v. *supra.*

comprendre l'état d'éclatement qui caractérise ce contentieux en droit positif[1]. Il sera à plusieurs reprises question de procédures conduites au « premier degré » d'application du droit de la concurrence, ce qui se situe à la marge de notre objet d'étude. Reste que les solutions adoptées à ce niveau ont emporté d'importantes conséquences quant à la désignation du juge de recours. C'est donc à ce titre qu'il est nécessaire de les envisager.

Ce mouvement a d'abord consisté en une « reconquête » [2] de territoires perdus par la Haute juridiction administrative (a) avant de prendre la forme d'une préservation de territoires acquis par cette même juridiction (b), laquelle a enfin entrepris la conquête de territoires nouveaux (c).

a. La reconquête de territoires perdus

129. Réaction en défense par le soutien du Tribunal des conflits. Soutenu par le Tribunal des conflits, le juge administratif a, très tôt après avoir été privé du contentieux nouveau des pratiques anticoncurrentielles par l'Ordonnance de 1986, adopté ce qui a été qualifié de « réaction en défense »[3].

Le premier acte en a été la décision rendue par le Tribunal des conflits le 6 juin 1989 dans l'affaire dite « ville de Pamiers »[4]. Le litige au fond opposait une entreprise (SAEDE) à une commune (la ville de Pamiers) à laquelle elle imputait des pratiques anticoncurrentielles commises à l'occasion d'un changement du prestataire chargé d'assurer le service de distribution d'eau potable sur son territoire[5]. Dans ce cadre, le tribunal répartiteur, présidé cette année-là par un membre du Conseil d'État dont la voix prépondérante fut décisive[6], a été saisi après que le préfet de Paris a élevé un conflit de compétence tendant à ce que la Cour d'appel

---

[1] Sur le plan législatif, l'Ordonnance de 1986 a été formellement abrogée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 *relative à la partie Législative du Code de commerce* ; ses dispositions figurent désormais dans un Livre IV du Code de commerce intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence ».

[2] Expression empruntée à D. TRUCHET, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », précité, p. 539.

[3] J. CAILLOSSE, « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA,* 2000, p. 103.

[4] TC, 6 juin 1989 *Préfet de Paris c. Cour d'appel de Paris, SAEDE. c. SA Lyonnais des Eaux et ville de Pamiers*, n° 02578. Sur laquelle v. not. *RFDA,* 1989, p. 457, concl. B. STIRN ; *RDP,* 1989, p. 1780, note Y. GAUDEMET ; *D.*, 1990, p. 101, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC ; M. BAZEX, « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence, *AJDA,* 1989, p. 467 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, L. VOGEL, « Droit de la concurrence et personnes publiques », *Gaz. Pal.,* 1989, n° 2, p. 747 et C. MONGOUACHON, note sous cet arrêt *in* T. PERROUD, J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK (dir.), ouvrage précité, p. 430 et s.

[5] Après avoir, en vain, saisi les juridictions administratives d'un recours pour excès de pouvoir, l'entreprise SAEDE s'est adressée au Conseil de la concurrence (alors présidé par Pierre Laurent, conseiller d'État) auquel elle demandait, entre autres, le prononcé de mesures conservatoires. Celui-ci s'est déclaré incompétent – malgré les conclusions contraires de Christian Babusiaux alors directeur de la DGCCRF intervenant comme commissaire du Gouvernement – au motif qu'était en cause la légalité d'une décision de dévolution de l'exécution d'un service public et non une activité de production, de distribution et de services à l'exercice de laquelle l'article 53 de l'Ordonnance conditionne l'application de ses autres dispositions. La SAEDE a alors saisi la Cour d'appel de Paris.

[6] La première délibération ayant donné lieu à un partage des voix entre les membres du Tribunal, c'est la voix prépondérante du Président – en faveur de l'incompétence des juridictions judiciaires – qui a permis de le résoudre.

de Paris, qui s'était déclarée compétente[1], soit déjugée et que compétence soit attribuée aux juridictions administratives.

Par référence à l'article 53 de l'Ordonnance de 1986, qu'il interprète littéralement comme ne soumettant les personnes publiques aux règles de l'Ordonnance qu'à condition qu'elles se livrent à des activités de production, de distribution ou de services, le Tribunal juge « que l'acte juridique de dévolution de l'exécution [d'un service public] n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ». Ainsi, l'acte de « dévolution » ou, plus largement, « d'organisation » d'un service public n'étant pas au nombre des activités visées par l'Ordonnance, il ne doit être soumis ni au contrôle du Conseil de la concurrence ni à celui des juridictions judiciaires[2]. Cependant, la suite du raisonnement est quelque peu incohérente et repose sur une contradiction relevée par de nombreux auteurs. Le Tribunal juge « qu'il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance susvisée ».

Après avoir expliqué que l'acte d'organisation du service public ne constituait pas, « par lui-même » du moins, une activité marchande couverte par le champ de l'Ordonnance et, qu'en conséquence, seul le juge administratif était compétent pour en connaître ; le Tribunal explique que ce dernier devra s'assurer qu'un tel acte ne méconnaît pas les dispositions de l'Ordonnance…[3]. « Comprenne qui pourra »[4]. L'Ordonnance n'est pas applicable s'agissant des règles de compétence qu'elle contient mais elle l'est concernant ses dispositions substantielles. Certains ont parlé d'une décision « guidée par des considérations de politique

[1] Par arrêt du 30 juin 1988, la Cour d'appel de Paris avait censuré la décision par laquelle le Conseil de la concurrence s'était déclaré incompétent et fait droit à la demande de mesure conservatoire formulée par la SAEDE. La Cour considérait qu'en délégant le service public de distribution d'eau potable à une entreprise privée, la ville de Pamiers avait bel et bien « exercé une action sur le marché », ce qui devait conduire à lui appliquer les dispositions de l'Ordonnance de 1986.

[2] Il en résulte que ni l'actuelle Autorité de la concurrence, ni la DGCCRF ne peuvent aujourd'hui procéder à des enquêtes concernant les marchés publics pour s'assurer du respect du droit de la concurrence. L'arrêt emporte des conséquences en matière de compétence mais également en matière de pouvoirs d'enquête. C'est en partie ce qui a justifié le souci du législateur d'encadrer davantage les modalités de passation des marchés publics. V. C. MONGOUACHON, note précitée, n° 791 et s. qui traite de « velléités de réformes législatives en réponse au choc de la décision ville de Pamiers ». V. pour une étude plus large du sujet C. PRÉBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics,* LGDJ, 2002.

[3] V. Y. GAUDEMET, « Conflit de compétence et droit de la concurrence, sur une équivoque », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot,* Dalloz, 1996, p. 121 ; P. TERNEYRE, « La compétence du juge administratif », *in Le juge administratif dans le contentieux économique, AJDA,* 2000, p. 697. Pour une analyse favorable à cette lecture de l'Ordonnance v. J.-J. ISRAËL, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *in Mélanges R. Chapus,* 1992, p. 315.

[4] Y. GAUDEMET, article précité, p. 123. V. aussi sur cette confusion l'analyse fouillée de N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public,* L'Harmattan, 2002, Première partie – Chapitre 1 – Section 1, p. 83 et s.

jurisprudentielle »[1] au service desquelles d'autres ont relevé une « interprétation abusive de la protection des principes de séparation des pouvoirs et de répartition des compétences »[2]. D'autres encore ont évoqué un exemple de la résurgence des arrêts de règlement[3]. Cela confirme notre intuition que les considérations juridiques n'ont pas été toujours aussi présentes qu'elles auraient mérité de l'être dans l'organisation de ces recours[4].

Quelques années plus tard, le Conseil d'État fit sienne cette solution en jugeant simplement que les dispositions de l'Ordonnance ne pouvaient être opposées à l'acte de dévolution de l'exécution d'un service public[5], laissant craindre que les actes administratifs échapperaient à toutes les dispositions de l'Ordonnance, ce que n'impliquait pas la décision du Tribunal.

130. Réplique du Conseil de la concurrence et des juridictions judiciaires. Afin d'éviter que les actes administratifs « ne bénéficient d'une sorte d'immunité au regard des règles de concurrence »[6], l'autorité indépendante et les juridictions (judiciaires) de recours se sont « résolument engagées, sur la base du concept de « détachabilité », dans la voie de la distinction entre l'acte administratif lui-même et les pratiques de la personne publique qui accompagnent l'acte »[7]. Même en présence d'un acte administratif, tous ont entendu assurer la soumission du comportement de l'administration à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles sous le contrôle du Conseil de la concurrence. La formule de la décision du juge des conflits de 1989, qui semblait inviter à une appréciation *in concreto* des effets de l'acte et des comportements et pratiques qui en découlaient[8], permettait ce mouvement.

Nonobstant les prérogatives de puissance publique dont bénéficiait un comité interprofessionnel[9] ou la Ligue nationale de football[10], la présence de contrats administratifs et

---

[1] B. RICOU, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, L'Epitoge, p. 171 qui renvoie à M.-C. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994 spéc. p. 24.
[2] N. CHARBIT, thèse précitée, n° 168.
[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le poids des idées dans la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif en matière de concurrence au regard de la loi du 8 février 1995 », *Gaz. Pal.,* 1er juillet 1995, p. 755, spéc. n° 3.
[4] M.-A. FRISON-ROCHE, article précité, n° 15, note d'ailleurs que « si politiquement fondée que paraisse la compétence du juge administratif en ces matières, il demeure que les résultats pratiques en sont critiquables ».
[5] CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux,* n° 138504 (contrat d'affermage en l'espèce).
[6] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles,* LGDJ, 2008, n° 703, p. 635.
[7] CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport Public. Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, 2002, n° 53, p. 30.
[8] Le Tribunal juge que l'acte « n'est pas, *par lui-même*, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché » (c'est nous qui soulignons) laissant penser qu'il pourrait, en certaines circonstances, produire ces effets, notamment par les comportements et pratiques auxquels il donnerait lieu.
[9] Cons. conc., décision n° 90-D-20 du 12 juillet 1990, *relative aux pratiques relevées sur le marché de la banane.*
[10] Com., 2 décembre 1997, *Adidas,* BOCCRF, 31 décembre 1997, p. 82.

de modalités d'organisation d'un service public par EDF[1] ou encore la participation de la Fédération française de football à une mission de service public[2] ; Conseil de la concurrence, Cour d'appel de Paris et Cour de cassation se sont reconnus compétents pour faire application des dispositions de l'Ordonnance à la personne publique dès lors que les comportements incriminés[3] étaient « sans rapport » ou « détachables » des prérogatives, activités et actes administratifs qui les environnaient. Ce critère de la « détachabilité » a ainsi servi d'outil au Conseil de la concurrence et aux juridictions de recours pour restreindre la solution imposée par le Tribunal des conflits en 1989, voire même pour aller au-delà, « brouillant » encore davantage les règles de répartition des compétences entre les deux ordres[4]. Ce mouvement a eu pour origine le souci de voir l'Ordonnance appliquée aux activités marchandes des personnes publiques. Ce souci était partagé par le législateur.

131. Intervention législative et offensive administrative[5] amorcée par le Tribunal des conflits. Dans une volonté de voir l'Ordonnance de 1986 appliquée à toute activité marchande des personnes publiques, le législateur en a modifié l'article 53 par une loi du 8 février 1995 pour préciser qu'elle serait applicable « notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public »[6]. Pourtant, quelques mois plus tard[7], le Tribunal des conflits renforça encore sa lecture restrictive – et étonnante – de l'Ordonnance, témoignant de sa volonté de combattre

[1] CA Paris, 27 janvier 1998, *EDF c/ Sté Auxiliaire de chauffage,* BOCCRF, 17 février 1998, p. 54.
[2] Com., 1er mars 1994, *La Cinq SA,* BOCCRF, 2 mars 1994, p. 120.
[3] Il s'agissait par exemple de la passation d'un contrat entre la Ligue nationale de football et Adidas en vue de la fourniture exclusive d'équipements de cette marque aux joueurs professionnels ou de contrats passés entre la FFF et des chaînes de télévision, portant sur les droits de retransmission des matchs de football.
[4] V. Com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ CMS,* n° 94-13347 (sur lequel v. not. *AJDA*, 1996, p. 1033, note M. BAZEX ; *Europe*, juillet 1996, comm. 287, obs. L. IDOT). Par cet arrêt, la Cour approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir écarté – en sa qualité de juge d'appel de droit commun – l'application d'une disposition règlementaire. Sans renvoi préjudiciel au juge administratif, elle avait jugé la disposition contraire à l'article 8 de l'Ordonnance de 1986 et à l'article 82 du traité CE en se fondant sur les principes d'effet direct et de primauté du droit communautaire. La Cour de cassation n'a ainsi « pas spécialement cherché à procéder à l'appréciation de la légalité de l'acte administratif en cause, il n'en demeure pas moins qu'une telle solution a eu pour effet de « brouiller » les règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction » (M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 705, p. 637).
[5] L'expression est utilisée par M.-A. FRISON-ROCHE, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *RIDE,* n° 2001/4, p. 395, dans son résumé de l'article l'auteur explique : « Les disputes de compétence entre juge administratif et juge judiciaire sont vives en France, particulièrement en matière économique. À la compétence juridictionnelle, se mêlent des arguments substantiels quant à l'aptitude des deux sortes de juges, en raison de leur culture et du droit qu'ils appliquent, à bien remplir leur office ». Or poursuit-elle, dans ce cadre « la jurisprudence administrative est devenue *très offensive* ».
[6] Loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public.* Il n'est peut-être pas anodin de relever qu'au jour de l'adoption de cette loi, Édouard Balladur est alors Premier ministre. Pour une lecture pessimiste des apports de ce texte v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le poids des idées dans la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif en matière de concurrence au regard de la loi du 8 février 1995 », précité.
[7] TC, 4 novembre 1996 *Société Datasport c/ Ligue Nationale de Football,* n° 96-03038.

le critère de la détachabilité, développé par l'autorité indépendante et les juridictions judiciaires. Il jugea que toute décision prise pour l'accomplissement d'une activité de service public au moyen de prérogatives de puissance publique, quand bien même elle serait le fait d'une personne privée, n'est pas soumise aux dispositions de l'Ordonnance de 1986 et relève en conséquence de la compétence exclusive du juge administratif. Le raisonnement de 1989 est maintenu et même précisé pour être renforcé : en cela même qu'il est administratif et sans considération du cadre ou de l'auteur de son adoption (la généralisation est ici), l'acte administratif est insusceptible de porter atteinte à la concurrence et doit relever de la seule compétence des juridictions administratives.

L'office du Tribunal consistait à se prononcer sur les seules questions de compétence. Pourtant, la généralité de sa formule semble valoir inapplicabilité de toutes les dispositions de l'Ordonnance – procédurales et substantielles – aux actes administratifs. Quelques mois après que le législateur a semblé considérer l'inverse, l'entorse est lourde. La tentation a été admise d'y apercevoir la marque d'une « interprétation *contra legem* » de l'Ordonnance[1].

132. L'offensive administrative poursuivie par le Conseil d'État. Le juge répartiteur avait amorcé la reconquête ; restait au Conseil d'État à l'entériner. Il le fit par un arrêt de section rendu dans l'affaire « *Million et Marais* » le 3 novembre 1997[2].

Saisie sur renvoi préjudiciel par la Cour d'appel d'Orléans pour se prononcer sur la validité d'un contrat de concession passé entre une commune et une société, la Haute juridiction juge que les dispositions de l'Ordonnance (ainsi que les dispositions communautaires) sont applicables aux actes administratifs et que ces derniers « ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle [y] contreviendrait ». En s'octroyant compétence pour connaître de la validité d'un acte de concession au regard des dispositions de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, le Conseil d'État en applique les dispositions substantielles au contrat de concession[3], mai écarte celles relatives à la compétence du Conseil de la concurrence et des juridictions judiciaires. Les règles substantielles du droit de la concurrence sont ainsi intégrées au « bloc de légalité administrative » [4], mais les principes de compétence

[1] B. RICOU, thèse précitée, p. 172.
[2] CE, sect., 3 novembre 1997 *Société Million et Marais,* n° 169907.
[3] Ce qui constitue une rupture d'origine prétorienne, du principe de « liaison entre la compétence et le fond » qui aurait résulté de l'arrêt TC, 8 février 1873 *Blanco*. Par cet arrêt *Million et Marais*, la juridiction administrative est expressément invitée à appliquer des dispositions du droit commun de l'Ordonnance.
[4] Tout acte administratif, y compris de police, doit ainsi être conforme aux principes posés par l'Ordonnance, sous contrôle des juridictions administratives, v. CE, avis, 22 novembre 2000 *Société L&P Publicité SARL,* n° 223645.

que l'Ordonnance comporte en sont exclus dès lors qu'est en cause la légalité d'un acte administratif ; un contrat en l'espèce.

L'arrêt rassure sur le plan substantiel : les dispositions de l'Ordonnance de 1986 sont bien applicables ou, *a minima*, « opposables » aux actes administratifs[1]. Il continue d'interroger sur le plan procédural : cette application de l'Ordonnance par le juge administratif se limite-t-elle à l'appréciation de la légalité de l'acte administratif ou comprend-elle l'application des sanctions dont le texte confie le prononcé à l'autorité indépendante ? Est-elle compatible avec les dispositions et l'esprit des rédacteurs de cette dernière ? Manifestement partisans de la négative et malgré cette reconquête menée par la Haute juridiction administrative et le juge répartiteur des compétences, « le Conseil de la concurrence et les juridictions judiciaires ont maintenu leur ligne de conduite en appréciant des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »[2] et en continuant de faire application de la « théorie de la détachabilité »[3].

133. Le coup de grâce et la ligne de partage « définitive ». Après dix années de jurisprudence, des incertitudes demeuraient donc, principalement sur le terrain de la compétence. L'épineuse question de la gestion du domaine public aéroportuaire a donné l'occasion au Tribunal des conflits de préciser encore sa position, de circonscrire radicalement la notion de « pratiques détachables de l'acte administratif » et de tenter ainsi de poser définitivement la frontière entre la compétence du Conseil de la concurrence – sous contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation – et celle des juridictions administratives – sous contrôle du Conseil d'État[4]. De nouveau, la décision est rendue en contradiction à ce qu'avaient jugé le Conseil de la concurrence puis la Cour d'appel de Paris. Cette dernière avait rejeté le déclinatoire de compétence du préfet, celui-ci a persisté en élevant le conflit. En outre, elle a par la suite fait l'objet d'une demande de clarification à laquelle le juge des conflits a refusé de procéder[5].

---

[1] V. O. GUÉZOU, « La légalité d'un acte administratif peut être appréciée au regard des dispositions de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 », *AJDA,* 1998, p. 247, qui conteste que l'arrêt vaille reconnaissance de la pleine applicabilité des dispositions de l'Ordonnance aux actes administratifs et explique qu'elle n'admettrait que leur « opposabilité » à de tels actes.

[2] B. RICOU, thèse précitée, p. 172.

[3] V. par ex. Cons. conc., décisions n° 97-D-92 du 16 décembre 1997, *relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille ;* n° 98-MC-03 du 19 mai 1998, *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunication ;* n° 98-D-52 su 7 juillet 1998, *relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain.*

[4] TC, 18 octobre 1999 *Préfet de la Région Ile-de-France, Préfet de Paris c/ CA Paris et Aéroports de Paris et Air France c/ TAT European Airlines***,** n° 03174.

[5] TC, 23 juin 2003 *ADP*, n° 3358 : après avoir rappelé que « lorsqu'une décision du Tribunal des Conflits comporte une obscurité ou une ambiguïté, la partie intéressée peut introduire un recours en interprétation », le tribunal décide de rejeter la demande d'ADP qui avait pour objet la décision du 18 octobre 1999.

Le Tribunal commence par rappeler que « dans la mesure où elles effectuent des activités de production de distribution ou de service, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire »[1] et précise que « les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par les personnes publiques ». Puis, il consacre, en la restreignant substantiellement et en l'interprétant dans un sens favorable à la compétence administrative, la notion de pratique détachable de l'acte administratif. Il distingue ainsi les « pratiques indissociables de l'exercice de prérogatives de puissance publique »[2] et celles « pouvant être regardées comme détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif »[3]. Selon le Tribunal « une pratique ne doit […] être considérée comme détachable que si elle se révèle étrangère à l'exercice d'une prérogative de puissance publique »[4]. Dès lors qu'une décision est prise dans l'exercice de telles prérogatives – par une personne privée ou une personne publique, il le précise – ou qu'un comportement ou une pratique s'avère « indissociable » d'une telle décision et/ou n'est pas détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, le Conseil de la concurrence doit céder devant la compétence exclusive des juridictions administratives. Cela quand bien même l'acte, le comportement ou la pratique en cause serait constitutif d'une activité de production, de distribution ou de services[5].

L'appréciation a été fermement contestée dans les colonnes de l'AJDA : « cette solution n'est pas conforme à l'Écriture qui donne compétence au Conseil de la concurrence, et sur recours à

[1] C'est le cas, en l'espèce, de l'obligation faite à la compagnie aérienne d'utiliser le seul personnel mis à sa disposition, contre rémunération, par Aéroports de Paris.

[2] La formule mérite d'être reproduite :« Considérant que les décisions de regrouper à l'aérogare d'Orly-Ouest les activités du groupe Air-France et de refuser à la société TAT European Airlines d'ouvrir de nouvelles lignes à partir de cette aérogare *qui se rattachent à la gestion du domaine public constituent l'usage de prérogatives de puissance publique* ; qu'il suit de là *qu'en ce qui concerne les pratiques relevées par le Conseil de la concurrence qui sont en réalité indissociables de la réorganisation des aérogares d'Orly décidée par l'établissement public puis approuvée, le 4 mai 1994, par le ministre* de l'équipement, du transport et du logement, c'est à bon droit que le conflit a été élevé » (nous soulignons). Ainsi les mesures de regroupement et d'interdiction d'ouverture de nouvelles lignes – bien qu'elles puissent matériellement s'analyser comme des « activités d'entreprise » – échappent à la compétence du Conseil de la concurrence du fait qu'elles ont été prises, au moyen de l'exercice de prérogatives de puissance publique, dans le cadre de sa mission de gestion du domaine public par l'établissement en cause.

[3] Ce qui était le cas, en l'espèce, de l'obligation faite à la compagnie aérienne, par ADP, d'utiliser le personnel que cette dernière mettait à disposition contre rémunération : « considérant en revanche que sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, les pratiques d'ADP susceptibles de constituer un abus de position dominante consistant dans l'obligation faite à TAT d'utiliser les services d'assistance en escale de cet établissement public en substitution à ses personnels ».

[4] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.,* ouvrage précité, n° 710, p. 342.

[5] En l'espèce il s'agissait bien d'activités économiques : attribution de locaux et mise à disposition d'un personnel – soit des prestations de services fournies contre rémunération ; réorganisation par regroupement de compagnies aériennes ; monopole conféré à certaines par le refus d'autoriser d'autres opérateurs à ouvrir de nouvelles lignes.

la cour d'appel de Paris, pour connaître des « activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques » […] sans apporter aucune restriction pour le cas où ces activités sont indissociables d'une décision administrative, le fait que les pratiques litigieuses soient rattachées à l'exercice d'une prérogative de puissance publique n'enlevant rien à leur nature intrinsèque de comportement d'entreprise »[1]. Le Tribunal ne se contente pas d'assurer en la réaffirmant la protection de la compétence du juge administratif pour connaître de la légalité des actes administratifs – élément salué[2] non sans une certaine critique de son fondement[3] – il écarte celle du Conseil, aujourd'hui de l'Autorité de la concurrence, pour connaître des pratiques « indissociables » des décisions adoptées dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cette solution est contraire à la lettre et à l'esprit de l'Ordonnance ; comme l'avait jugé la Cour d'appel de Paris le 23 février 1999, « Aéroports de Paris exerce une activité de services de nature économique, telle que celles visées par l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, *peu important au regard de ce texte*, qui fait expressément entrer dans son champ d'application les activités de production, de distribution et de services émanant des personnes publiques, *que le gestionnaire soit investi de prérogatives de puissance publique ou gère une partie du domaine public* » (nous soulignons).

Ce renversement de la théorie de l'acte détachable – qui confirme la thèse que la détachabilité serait « une méthode incertaine autorisant toutes les politiques jurisprudentielles »[4] – constitue une solution difficile à concilier avec la lettre de l'Ordonnance et qui « pèche contre l'esprit de

[1] M. BAZEX, « Répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence et le juge administratif », note sous TC, 18 octobre 1999 *ADP,* n° 3174, *AJDA,* 1999, p. 1029.
[2] M. BAZEX, note précitée : « il n'entre pas dans l'office de l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur la légalité d'un acte administratif (…). Bref, l'attribution de compétences aux autorités spéciales de la concurrence ne trouble en aucune manière les règles canoniques de dévolution du contentieux de l'action administrative ».
[3] D. KATZ, thèse précitée, p. 143 et s. L'auteur explique que la solution inverse n'aurait pas été conforme à la jurisprudence constitutionnelle (qui vise un aménagement « précis » et « limité » des compétences) et aurait permis au Conseil de la concurrence et, sur recours, au juge judiciaire de la Cour d'appel de Paris de remettre en cause, d'annuler ou de réformer, au nom du droit de la concurrence, les décisions de toutes autorités administratives. Par cette décision « le Tribunal des conflits a su empêcher que le principe à valeur constitutionnelle qui réserve un champ de compétences à la juridiction administrative soit vidé de son sens » (p. 146). Mais il critique le fait que le Tribunal se soit fondé sur l'incompétence du Conseil de la concurrence pour se prononcer sur la légalité d'un acte administratif. « Une telle incompétence n'est pas logiquement défendable » (p. 160) ; le Conseil et l'actuelle Autorité de la concurrence sont des organismes administratifs soumis au principe de légalité de l'action administrative, ce qui implique qu'ils soient compétents pour apprécier la légalité de tout acte administratif pris au cours d'un processus décisionnel qu'ils ont la charge de superviser. C'est en réalité en raison de la compétence de la Cour d'appel de Paris pour connaître du recours contre ses décisions que le Conseil de la concurrence s'est vu dénier cette compétence. La crainte provenait de ce qu'*in fine* cela aurait conduit à octroyer à un juge judiciaire compétence pour se prononcer sur la légalité d'un acte administratif et, le cas échéant, pour en prononcer l'annulation ou la réformation.
[4] N. CHARBIT, thèse précitée, n° 276.

la règle de concurrence »[1]. Elle s'est pourtant imposée, emportant des conséquences négatives, également sur le plan du projet d'unification du contentieux de la concurrence.

134. Une reconquête fatale à une unification originellement entamée. Cette lutte menée par le juge administratif pour se faire une place dans la mise en œuvre des dispositions de l'Ordonnance[2] ne pouvait qu'accroître l'état d'éclatement de ce contentieux de la concurrence. Le réformateur n'était déjà pas parvenu à l'unifier dans son ensemble. Ce mouvement jurisprudentiel favorisé par le Tribunal des conflits a définitivement rompu tout espoir en ce sens et le législateur n'a pas été en mesure de le restaurer. Nous rejoignons le constat fait par un auteur qu'à travers cette jurisprudence, « loin de régler le conflit potentiel entre les deux ordres de juridictions, le Tribunal des conflits est, au mieux parvenu à le stabiliser, non à le résoudre »[3]. Cette ligne de partage peut sembler précaire, elle n'est en tout état de cause pas de nature à rétablir l'unité.

Elle a au contraire conduit au développement de deux contentieux parallèles naissant de la mise en œuvre de l'arsenal législatif consacré à la lutte contre les actes et pratiques anticoncurrentiels. D'une part, le contentieux ayant pour objet des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et, surtout, des pratiques jugées indissociables de telles décisions – y compris en ses composantes concurrentielles éventuelles et quand bien même il aurait pour cause le comportement d'une personne privée – relève de la compétence exclusive des juridictions administratives. C'est ce qui pourrait être qualifié de « contentieux administratif de la concurrence »[4]. Outre les strictes questions de légalité, ce contentieux peut aboutir à la mise en jeu de la responsabilité de personnes publiques, le Tribunal le précise.

D'autre part, relève de la compétence du Conseil, aujourd'hui Autorité de la concurrence et, sur recours, de la Cour d'appel de Paris, le contentieux qui n'est ni relatif, ni « rattachable » à l'appréciation de la légalité d'un acte administratif et/ou à l'exercice de prérogatives de puissance publique. La solution vaut, quand bien même le contentieux aurait pour cause le

[1] M. BAZEX, note précitée.
[2] Également décrite par N. CHARBIT, thèse précitée, spéc. p. 87-95, qui explique qu'était aussi en jeu la protection de certaines spécificités du droit administratif.
[3] L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* LGDJ, 2012, n° 375.
[4] L'expression est trompeuse. Elle renvoie à la compétence de la juridiction administrative. Mais de nombreux comportements, pratiques et décisions qui se rattachent à des actes administratifs peuvent faire l'objet d'un contentieux concurrentiel qui, lui, relèvera de l'Autorité de la concurrence et des juridictions judiciaires. V. TC, 4 mai 2009, précité, qui juge que la qualification de marché public ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence en l'absence de décision ou acte portant sur l'organisation d'un service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique.

comportement d'une personne publique dès lors que ce comportement est détachable de toute appréciation de la légalité d'actes administratifs.

Soutenu par le juge répartiteur, le Conseil d'État est ainsi parvenu, au détriment des espoirs d'unification, à se faire une place dans ce premier champ traditionnel du droit de la concurrence. Il s'est ensuite attaché à préserver son rôle dans le second : celui du contrôle des concentrations.

b. La préservation de territoires conquis

135. Accroissement des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence sous contrôle du Conseil d'État. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008[1] a largement refondu le second champ traditionnel du droit de la concurrence : celui du contrôle des concentrations. Depuis son entrée en vigueur, la quasi-totalité des pouvoirs a, en la matière, été transféré du ministère de l'Économie[2] vers le Conseil de la concurrence rebaptisé, à l'occasion de cette loi, Autorité de la concurrence. Nous reviendrons, au titre suivant, sur les modalités de ce contrôle. Retenons pour l'heure que l'Autorité peut, dans ce cadre, simplement refuser ou autoriser la réalisation d'une opération ou, ce qui est plus courant, la soumettre à certaines conditions que les entreprises concernées s'engagent à respecter pour l'avenir[3] sous son contrôle et éventuellement sous celui du ministre[4]. En cas de manquement à ces injonctions, prescriptions et/ou engagements par ces entreprises, l'Autorité peut prendre diverses mesures[5] : injonction, éventuellement sous astreinte, de s'y conformer dans un délai déterminé, édiction de nouvelles injonctions et/ou prescriptions et même, pour les manquements les plus graves, retrait pur et simple de l'autorisation. À ces mesures peut s'ajouter le prononcé d'une sanction pécuniaire.

Par ailleurs, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* prévu par l'article L. 430-9 du Code de commerce, l'Autorité peut enjoindre aux parties de « modifier, compléter ou de résilier tous accords passés et actes par lesquels s'est réalisée la concentration » dès lors que l'opération autorisée a contribué à créer un abus de position dominante. L'outil est d'un usage rare.

---

[1] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie.* Pour des développements relatifs au système de contrôle ministériel tel qu'il existait avant l'entrée en vigueur de cette réforme et aux recours juridictionnels auquel il donnait lieu v. D. KATZ, thèse précitée, p. 204-217.

[2] Le ministre conserve un pouvoir résiduel d'évocation, v. art. L. 430-7-1 C. com.

[3] Art. L. 430-7 C. com. : l'Autorité peut « autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». En outre, les parties à l'opération peuvent prendre des engagements en application de l'art. L. 430-5, II C. com.

[4] Art. L. 430-7-1 C.com.

[5] Art. L. 430-8, IV C. com.

Enfin, l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir de sanction en cas de manquement, par une entreprise, à son obligation de déclaration d'un projet de concentration[1].

Ces mesures adoptées par l'Autorité indépendante ou, plus exceptionnellement, par le ministre de l'Économie[2] – dont certaines présentent une forte dimension coercitive – doivent donner lieu à un contrôle juridictionnel approfondi[3]. Or malgré le transfert de compétence du ministre vers l'autorité indépendante, ce recours continue de relever de la compétence des juridictions administratives[4]. Le juge administratif conserve ainsi des territoires conquis dès 1986.

La raison pourrait en être que, considérant que le transfert de compétence au profit du juge judiciaire organisé par l'Ordonnance[5] a un caractère exceptionnel, le Conseil d'État en adopte une lecture stricte : toute décision de l'Autorité de la concurrence non expressément visée par les dispositions organisant le transfert devrait, par défaut et en application du droit commun, relever de la compétence des juridictions de son ordre. En outre, en l'absence de disposition spécifique, la désignation de la juridiction compétente pour connaître du recours exercé contre les actes du ministre doit être fixée en application des principes du droit commun. Or en ce qu'ils sont adoptés par des autorités administratives, tant les actes du ministre que ceux de l'Autorité de la concurrence relèvent de la compétence des juridictions administratives. Le pouvoir règlementaire a confirmé l'analyse en réservant compétence exclusive au Conseil d'État pour connaître, sur recours, de ces actes, qu'ils soient l'œuvre du ministre[6] ou de l'autorité indépendante[7]. En résulte un degré d'éclatement du contentieux encore supérieur : le juge administratif est, dorénavant, compétent pour connaître de certaines décisions de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'État ne s'en est pas tenu à cela.

c. La conquête de territoires nouveaux

136. Extension de sa propre compétence par le Conseil d'État : les actes de *soft-law*. Par deux arrêts rendus le 21 mars 2016, s'inscrivant pleinement tant dans sa communication[8] que

[1] Art. L. 430-8, I à L. 430-8, III C. com.
[2] Art. L. 430-7-1 dernier al. C. com.
[3] Exigé notamment par Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, cons. 8 à 11.
[4] V. pour le recours contre une décision de retrait d'autorisation et de sanction pécuniaire faisant suite à la méconnaissance des engagements : CE, ass., 21 décembre 2012 *Société Groupe Canal Plus,* n° 353856 (arrêt « *Canal Plus I* »), dans lequel le Conseil d'État évoque notamment un « pouvoir de police » exercé par l'Autorité.
[5] Aujourd'hui art. L. 464-1 à L. 464-9 C. com.
[6] Art. R. 311-1, 7° CJA qui résulte du décret n° 2000-389 du 4 mai 2000 *relatif à la partie règlementaire du Code de justice administrative.* Il s'agit d'une compétence attribuée en premier et dernier ressort.
[7] Art. R. 311-1, 4° CJA tel que modifié par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 *relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.* Compétence attribuée en premier et dernier ressort.
[8] V. CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013. Le droit souple,* La Documentation française, 2013.

dans sa jurisprudence récentes[1], le Conseil d'État a ouvert son prétoire aux actes de *soft law* ou de « droit souple »[2] ; notamment à ceux de l'Autorité de la concurrence.

Dans l'affaire ayant donné lieu au second de ces arrêts, l'Autorité de la concurrence, après avoir assorti d'injonctions une autorisation de concentration, a adopté une prise de position expliquant que l'une de ces injonctions était devenue sans objet. Un concurrent a attaqué cette prise de position – pourtant *a priori* dénuée d'effet contraignant – devant les juridictions administratives. Par son arrêt, le Conseil d'État admet que ce recours est recevable et juge qu'il est pleinement et exclusivement compétent pour en connaître.

La formulation de l'arrêt, très générale[3], ouvre un champ nouveau au contentieux administratif. Mais surtout, elle organise une compétence exclusive, à l'étendue potentiellement considérable, des juridictions administratives en matière de concurrence et, plus précisément, à l'égard d'outils dont les autorités font un usage croissant et diversifié dans leur office de mise en œuvre des champs traditionnels de ce droit. En effet, les autorités de concurrence recourent de plus en plus à ces actes de *soft law* dont le Conseil d'État propose une liste non exhaustive (« les avis, recommandations, mises en garde et prises de position ») et dont certains auront inévitablement la valeur normative qu'il fixe comme condition à l'ouverture de son prétoire (« 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 »). Les recours contre ce type d'acte sont, dès lors, appelés à se multiplier. La conséquence est prévisible : la compétence exclusive que se réserve le Conseil d'État par ces arrêts – laquelle ne couvre néanmoins que les actes relevant de la politique de communication que l'Autorité met au œuvre au titre de sa fonction de régulation, à l'exclusion des actions de communication dont elle décide d'accompagner des sanctions particulières qui relèvent, elles, de la compétence dérogatoire de la Cour d'appel de Paris[4] – conduira nécessairement à une

[1] V. déjà concernant les recommandations de bonnes pratiques médicales de la Haute autorité de santé : CE, 17 avril 2011, n° 334396 et concernant les avis de l'Autorité de la concurrence « revêtant un caractère impératif » : CE, 11 octobre 2012, n° 357193.

[2] CE, ass., 21 mars 2016 *Société Fairvesta International GMBH et autres* n° 368082 (concernant un communiqué de presse de l'AMF) et *Société NC Numéricable*, n° 390023 (prise de position de l'Autorité de la concurrence).

[3] Cons. 5 : « Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation (…) peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours (…) 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 ».

[4] V. TC, 11 avril 2022 *Sté Roche c/ Autorité de la concurrence,* n° C4242, qui juge que « si les actions de communication de l'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante, relèvent en principe de la compétence de la juridiction administrative, la diffusion par l'Autorité de la concurrence, concomitamment à la mise en ligne d'une décision de sanction sur son site internet, d'une vidéo et de commentaires se rapportant

aggravation de l'état d'éclatement du contentieux et parfois même à son pire effet : le besoin pour les justiciables de saisir, pour une même affaire, les juridictions des deux ordres[1]. L'entreprise de reconquête menée par le Conseil d'État dans les champs traditionnels du droit de la concurrence se poursuit donc, éloignant toujours un peu plus le vain espoir des réformateurs d'organiser l'unification de la matière et de son contentieux.

137. Conclusion de section. La politisation des enjeux institutionnels de la réforme du droit de la concurrence intervenue en 1986 a eu des effets néfastes. Le mouvement néolibéral, hostile à toute intervention de l'administration et de « son juge » dans l'économie et les soutiens du Conseil d'État, inquiets de voir sa fragilité s'aggraver, ont cristallisé les débats sur la seule désignation du juge auquel serait attribué compétence pour connaître des recours contre les décisions du nouveau Conseil de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Les luttes d'influence et arguments politiques ont alors pris la place qu'auraient dû y occuper le raisonnement et la cohérence juridiques. Le droit y a été instrumentalisé, au point d'en être dénaturé dans certaines de ses composantes fondamentales.

Cette atmosphère n'était pas propice à la poursuite des objectifs de mise en cohérence et d'unification du droit de la concurrence et de son contentieux, pourtant affichés par les initiateurs de la réforme. Elle a abouti à une division de ce contentieux entre des juridictions appartenant aux deux ordres. Les années suivant l'adoption de l'Ordonnance n'ont pas permis à la rigueur et à la cohérence juridiques de reprendre leur place : le juge administratif a poursuivi sa démarche conquérante, soucieux de récupérer la place dont il estimait avoir été privé tout en préservant le territoire conquis en matière de contrôle des concentrations économiques.

Ces éléments ont abouti à faire du contentieux naissant de la mise en œuvre de ces champs traditionnels du droit de la concurrence un contentieux éclaté, consommant pleinement l'échec annoncé de l'entreprise d'unification.

---

uniquement à cette sanction particulière n'est pas dissociable de la décision de sanction elle-même. Dès lors, le présent litige relève de la cour d'appel de Paris ». Le doute était pourtant partagé tant par les juridictions judiciaires (v. CA Paris, 12 mai 2021, n° 21/02163, qui décline sa compétence et Com., 5 janvier 2002, n° 21-16868, qui décide de renvoyer la question au Tribunal) que par une partie de la doctrine (v. C. LEMAIRE, M. FLORENT, « Compétence : La Cour d'appel de Paris décline sa compétence pour statuer sur la politique de communication de l'Autorité de la concurrence (Roche) », *Concurrences*, n° 3-2021, art. n° 101947).

[1] Que l'on songe à l'entreprise sanctionnée pour pratique anticoncurrentielle qui, en parallèle du recours qu'elle engage contre la décision de sanction, entend contester la légalité d'un acte de *soft law* (par ex. un avis sectoriel ou une prise de position) qu'elle estime avoir exercé une influence sur son comportement et/ou sur la procédure de sanction dont elle a fait l'objet. Ou encore à l'entreprise plaignante qui, en parallèle du recours engagé contre une décision de non-lieu ou de sanction qu'elle estime insuffisante, entend contester la légalité d'un avis ou d'une communication directement relative ou ayant eu une incidence sur la procédure en cause.

Conclusion du Chapitre 1

138. La réforme du droit français de la concurrence, intervenue dans la seconde moitié des années 1980, a été conçue à une période de conjoncture politico-économique favorable qui a permis l'adoption de ses aspects substantiels au terme de débats souvent constructifs et apaisés. Le contexte institutionnel, plus troublé, a en revanche conduit à de vives oppositions cristallisées sur la seule désignation du juge auquel allait être attribué compétence pour connaître des recours exercés contre les décisions des autorités administratives en charge de la mise en œuvre de ce droit moderne de la concurrence et principalement contre celles du nouveau Conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Partisans d'un net recul de l'État, appelé de ses vœux par la doctrine néolibérale, des groupes d'intérêts ont œuvré pour que l'administration et son juge soient exclus de la mise en œuvre du droit de la concurrence et du traitement de son contentieux. Le Conseil d'État, déjà affaibli, a quant à lui organisé une ferme résistance, parfois au prix d'une instrumentalisation de principes juridiques fondamentaux. C'est alors à une véritable lutte de pouvoirs qu'a donné lieu l'organisation du contrôle juridictionnel des décisions des autorités administratives chargées de la mise en œuvre des champs traditionnels de ce nouveau droit de la concurrence.

Cette lutte a eu pour effet que soient relégués au second plan la rigueur et la cohérence juridiques et conduit à l'adoption de solutions impropres à répondre à l'objectif annoncé d'unification du droit et du contentieux de la concurrence. Les premières années de mise en œuvre de l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'ont pas été l'occasion d'un retour à davantage de raison. L'entreprise de reconquête menée par le Conseil d'État, qui a succédé à une décisive réaction en défense, se poursuit et le constat peut être aujourd'hui fait du véritable éclatement du contentieux naissant de la mise en œuvre des champs traditionnels du droit de la concurrence.

Voyons ce qu'il en est dans les « champs nouveaux » de ce droit.

Chapitre 2 : Dans les champs nouveaux du droit de la concurrence

139. Inconstance législative quant à la question du recours. Lors de l'élaboration de la réforme de 1986, venue poser les bases du droit moderne de la concurrence, la question du contrôle juridictionnel des autorités en charge de la mise en œuvre du nouvel arsenal législatif a fait l'objet d'un intérêt inconstant. Alors que dans le premier champ traditionnel de ce droit – celui des pratiques anticoncurrentielles – l'organisation du contrôle des décisions du Conseil de la concurrence a fait l'objet d'importants débats et de dispositions spécifiques, elle n'a fait l'objet d'aucune réflexion ni disposition particulière dans le second, celui du contrôle des concentrations. Le tout a conduit à un état du droit insatisfaisant, caractérisé par l'éclatement d'un contentieux que l'on semblait pourtant vouloir unifier.

Par la suite, la matière a été enrichie de nouveaux outils. Le mouvement a consisté à octroyer davantage de compétences et de pouvoirs au pôle gouvernemental et à développer le pôle juridictionnel en confiant à des juridictions de premier ressort la mise en œuvre de certains pans du droit de la concurrence que le législateur a souhaité rénover et renforcer. Se sont ainsi développés ce que nous qualifierons de champs nouveaux du droit de la concurrence, lesquels reposent sur de nouvelles procédures et conduisent à l'adoption d'actes devant, eux aussi, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Or, à l'occasion de ces différentes réformes, l'intérêt accordé aux modalités de ce contrôle a, derechef, fait l'objet d'une étonnante inconstance : certaines y ont consacré des dispositions spécifiques, alors que d'autres s'en sont désintéressées, abandonnant encore la question à un droit commun pourtant inadapté.

140. Structure. Pour mener l'examen de ces évolutions et du système auquel elles ont abouti, il convient de structurer le propos en considération de la nature des actes et procédures sur lesquels reposent ces champs nouveaux. Alors que certains sont, en continuité de la dynamique insufflée dans les années 1980, de nature strictement administrative ; d'autres, essentiellement confiés à des juridictions de premier degré, ont été déployés sur un modèle davantage civiliste.

Dès lors, nous étudierons les solutions retenues à propos des nouvelles procédures conduisant à l'adoption de sanctions administratives (Section 1) avant de nous consacrer à celles retenues à l'égard des nouvelles procédures conduisant à l'adoption de sanctions civiles (Section 2). Dans la poursuite de notre entreprise de présentation du droit positif, orientée vers la recherche des causes du sentiment d'insatisfaction dont peut légitimement être saisi l'observateur, ces éléments devront nous permettre d'identifier la juridiction compétente pour connaître des recours exercés contre les actes et décisions pris dans l'un et l'autre de ces cadres.

Section 1 : Les sanctions administratives prononcées en droit de la concurrence

141. Renforcement du pôle gouvernemental. Parmi les évolutions venues modifier l'organisation qui résultait de l'Ordonnance de 1986, certaines ont, dans la poursuite d'un objectif d'accroître l'efficacité et l'effectivité du volet répressif du droit de la concurrence, consisté en la mise à disposition d'autorités exécutives de nouvelles procédures au terme desquelles peuvent être adoptées des sanctions de nature administrative.

Ainsi, tout un champ de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles a été confié au pôle gouvernemental des autorités de concurrence. Il s'agit de la poursuite et de la sanction de pratiques anticoncurrentielles qui sont le fait d'entreprises réalisant un chiffre d'affaires limité, communément qualifiées de « micro-pratiques anticoncurrentielles » ou « micro-PAC ». En outre, un mouvement de dépénalisation de l'essentiel des pratiques visées par le titre IV du livre IV du Code de commerce a conduit à la poursuite de l'extension progressive des compétences de ce même pôle à de nouveaux champs du droit de la concurrence.

Ces bouleversements ont mécaniquement entraîné des conséquences sur les règles encadrant l'exercice des recours contre les actes et décisions prises dans ces champs nouveaux du droit de la concurrence, à commencer par la distribution des compétences entre les juridictions des deux ordres pour en connaître. Ils se situent par conséquent au cœur de notre recherche.

Alors, après avoir étudié le champ nouveau des « micro-PAC » (§ I), il conviendra de s'intéresser au régime des sanctions administratives prononcées en application du titre IV du livre IV du Code de Commerce (§ II) afin de déterminer la juridiction compétente pour connaître des recours exercés contre les actes et décisions pris dans l'un et l'autre de ces cadres.

§ I – Les micro-PAC

142. Dispositif dérogatoire et recours. L'évolution ayant consisté à restituer un rôle aux autorités gouvernementales dans la poursuite et la sanction de certaines pratiques anticoncurrentielles a été initiée par une ordonnance du 13 novembre 2008, depuis plusieurs fois modifiée dans le sens d'une extension de son champ.

Avant d'en venir aux développements relatifs au recours dont doivent pouvoir faire l'objet les actes répressifs adoptés à l'issue de cette procédure (B), quelques rappels seront consacrés au champ d'application de ce dispositif dérogatoire ainsi qu'aux pouvoirs dont disposent les autorités qui y opèrent (A). Ils seront utiles à la pleine mesure de l'importance que revêt

l'organisation d'un recours juridictionnel en la matière ainsi qu'à la compréhension des difficultés que suscite l'identification du juge compétent pour en connaître.

A. Champ d'intervention et pouvoirs du pôle gouvernemental

143. Importance croissante du pôle gouvernemental. Le régime de sanction des micro-PAC est la marque d'un retour du contrôle de l'exécutif sur la vie économique, accompagné d'un pouvoir répressif conséquent. Bien que l'Autorité de la concurrence puisse toujours avoir le dernier mot, la dynamique législative à l'œuvre témoigne d'un accroissement continu du rôle et des pouvoirs du ministre de l'Économie mis en œuvre par la DGCCRF.

Cet accroissement s'illustre tant par la multiplication des hypothèses d'intervention ministérielle en matière de micro-PAC (1), que par le renforcement des pouvoirs répressifs du pôle gouvernemental en la matière (2).

1. Le champ d'intervention du ministre de l'Économie

144. Extension continue du champ du dispositif dérogatoire. Le transfert de compétences au ministre de l'Économie a été opéré au cours d'un cycle de réformes emportant remise en cause de choix institutionnels opérés par les rédacteurs de l'Ordonnance de 1986 (a). Les conditions initiales de mise en œuvre de ses nouveaux pouvoirs par le pôle gouvernemental (b) ont par la suite été modifiées, conduisant à un élargissement du champ de cette compétence transférée (c).

a. La remise en cause des équilibres institutionnels décidés en 1986

145. Équilibre institutionnel de 1986. Comme il a été vu, la libéralisation de l'économie voulue par l'Ordonnance de 1986 devait s'accompagner d'une avancée sur le plan institutionnel : le choix a été fait de créer une autorité administrative indépendante de l'exécutif chargée de la mise en œuvre du nouveau droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence recevait alors compétence exclusive pour veiller au respect des dispositions de l'Ordonnance consacrées aux pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, soucieux de conserver la main sur les choix relevant de la politique économique nationale[1], le gouvernement s'était réservé le contrôle des concentrations économiques d'ampleur. Le ministre de l'Économie, accompagné

[1] « À l'inverse de l'évolution institutionnelle constatée en matière d'entente et d'abus de domination, le ministre a même vu ses pouvoirs renforcés – au détriment de ceux du Conseil de la concurrence – au motif que les considérations de politique économique et sociale sont, dans le domaine du contrôle de la concentration, plus impérieuses » (L. VOGEL, *Traité de droit économique, t. 1.2 : Droit de la concurrence – Droit français,* précité, n° 570, p. 1190).

de sa DGCCRF créée quelques semaines plus tôt, conservait le monopole des pouvoirs en la matière.

Bien que certains aient vu dans ce rôle conservé par le pôle gouvernemental la marque d'une « survivance de l'interventionnisme économique »[1], « le système de régulation concurrentielle voulu par les auteurs de l'ordonnance de 1986 était fondé sur une répartition équilibrée des rôles entre les organes de mise en œuvre du droit de la concurrence »[2] : pôle indépendant, pôle gouvernemental et pôle juridictionnel.

146. Bouleversements causés par les réformes de 2008. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, en transférant le contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence[3] – qu'elle substitue au Conseil de la concurrence – a entamé un mouvement de remise en cause de l'équilibre pensé en 1986. Une ordonnance intervenue quelques semaines plus tard, significativement intitulée « ordonnance portant modernisation de la régulation de la concurrence »[4], organise, elle, un transfert inverse qui accroît le champ d'intervention du ministère de l'Économie et de la DGCCRF[5]. Le bouleversement de l'équilibre voulu en 1986 intervient cette fois dans le champ des pratiques anticoncurrentielles. On assiste à ce qui a été qualifié « d'étrange renaissance des sanctions prononcées par l'administration économique »[6].

Ainsi, si la première de ces réformes marque un recul du contrôle gouvernemental en droit de la concurrence, en faisant de l'autorité indépendante l'organe principal du contrôle des concentrations, la seconde organise un retour de ce pôle dans un champ pourtant intégralement transféré au pôle indépendant en 1986 : celui du contrôle et de la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Ce transfert a été critiqué en ce qu'il constitue une remise en cause de l'un des piliers sur lequel a reposé la libéralisation des prix et de l'économie au milieu des années

[1] D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, M. CAYOT, n° 46, p. 59.
[2] G. CANIVET, F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Le club des juristes, rapport janvier 2018, n° 66.
[3] Sous réserve du pouvoir d'évocation du ministre de l'Économie, v. *supra.*
[4] Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 *portant modernisation de la régulation de la concurrence.* Notons que, si le texte organisant un transfert du pôle gouvernemental vers le pôle indépendant a été soumis au débat parlementaire, celui qui a organisé un transfert en sens inverse en a été soustrait et a suivi la voie de l'ordonnance gouvernementale. Par ailleurs, l'Ordonnance du 13 novembre 2008 a tardé à être ratifiée : la première loi par laquelle la ratification devait intervenir a été censurée sur ces dispositions, faute d'un lien suffisant avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi (Cons. const., décision n° 2009-575 DC du 18 février 2009 qui censure cette pratique du « cavalier législatif »). Elle est finalement intervenue par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures*.
[5] Il a pu être parlé, dans un autre cadre mais la remarque conserve tout son sens dans le champ de notre propos, de « « guerre » des pouvoirs entre l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF » à cette période, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ? », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90890.
[6] E. CLAUDEL, « L'essor des sanctions en droit de la concurrence – Quelle efficacité ? Quelles garanties ? », *CCC,* n°6, juin 2014, dossier 13, spéc. n° 11.

1980 : la surveillance et la sanction des comportements menaçant ou portant atteinte au nouveau paradigme de la libre concurrence devaient relever du Conseil – aujourd'hui de l'Autorité – de la concurrence, autorité indépendante du pouvoir central sous la tutelle duquel s'était trouvée l'économie française jusqu'alors.

147. Retour d'un contrôle gouvernemental des pratiques anticoncurrentielles. En dérogation au principe selon lequel l'Autorité de la concurrence « veille au libre jeu de la concurrence »[1], dont découlent ses compétences exclusives en matière de sanctions prononcées contre les pratiques anticoncurrentielles[2], l'article L. 464-9 du Code de commerce, créé par l'ordonnance du 13 novembre 2008, prévoit une compétence parallèle du ministre chargé de l'économie en la matière.

En 2008, deux principaux motifs ont justifié ce transfert. D'une part, du fait de son implantation locale, la DGCCRF, à laquelle est confiée la mise en œuvre de ce dispositif[3], est apparue plus apte à saisir les éventuelles spécificités d'un marché circonscrit, peu étendu. Ses démembrements territoriaux assuraient en outre une meilleure proximité géographique avec les entreprises, par hypothèse de taille limitée, mises en cause ou affectées par des pratiques illicites d'une ampleur modérée. D'autre part, ce transfert permettait à l'Autorité de « se concentrer sur les dossiers prioritaires en termes d'enjeux économiques »[4] tout en assurant le maintien d'un dispositif de poursuite et de sanction des pratiques anticoncurrentielles plus modestes dont ni elle, ni la Commission ne se saisissaient, faute de temps ou de moyens. Face à la multiplication de pratiques illicites locales dont l'accumulation « cause un préjudice important à l'économie […], au détriment des entreprises les plus fragiles et du pouvoir d'achat », l'octroi de pouvoirs nouveaux aux services du ministre de l'Économie est apparu comme « une solution efficace et adaptée »[5]. Les praticiens semblent admettre le caractère accéléré et simplifié de cette procédure. Ils mettent néanmoins en garde contre ses dangers[6].

---

[1] Art. L. 461-1 C. com.
[2] V. notamment art. L. 462-5 C. com.
[3] V. art. R. 464-9-4 C. com.
[4] C'est la lecture qu'en fait un ancien sous-directeur adjoint de la DGCCRF, A. MARIE, « Les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale : le rôle de la DGCCRF », *RLC,* n° 2016/55, p. 30 ; « Pratiques anticoncurrentielles de dimension locale », *JCl Concurrence-Consommation*, fasc. 315, 2016 ; « La « pratique » des PAC des PME/TPE par le ministre de l'Économie et l'Autorité de la concurrence », *in Laurence Idot. Liber amicorum – Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, vol. 1, p. 93. V. aussi N. HOMOBONO, A. MARIE, « Le rôle de la DGCCRF dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles depuis la réforme de 2008 », *Concurrences,* n° 1-2012, art. n° 41556.
[5] A. MARIE, « Les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale : le rôle de la DGCCRF », précité.
[6] V. T. PICOT, J. BOMBARDIER, « Mode d'emploi du dispositif d'injonction et de transaction en matière de pratiques anticoncurrentielles locales et nouvelles règles du jeu », *RLC*, n° 2013/36, p. 177.

b. Le cadre initial de la compétence du pôle gouvernemental

148. Exercice des attributions gouvernementales. Ces pouvoirs attribués au ministre de l'Économie sont exercés au niveau national par sa DGCCRF qui s'appuie, pour les mettre en œuvre, sur ses nombreux services déconcentrés. C'est, au sein de la sous-direction des affaires juridiques et des politiques de la concurrence et de la consommation, le bureau de la politique de la concurrence qui se charge de la coordination au niveau national. Ce bureau pilote l'activité des structures déconcentrées de la DGCCRF[1]. Ces structures locales exercent principalement des pouvoirs d'enquête sur la base de plaintes ou de faits dont elles sont saisies ou dont elles ont connaissance. Lorsqu'ils sont en possession d'indices relatifs à une pratique anticoncurrentielle et qu'ils envisagent de diligenter une enquête, les services de la DGCCRF en informent l'Autorité de la concurrence[2] qui peut alors décider de prendre les investigations à sa charge[3]/[4]. Au terme de l'enquête, si elle est menée par la DGCCRF et dans l'hypothèse où elle a permis de caractériser une pratique anticoncurrentielle, l'Autorité de la concurrence est informée de son résultat. Elle peut alors décider de se saisir du dossier pour la procédure de sanction ou, s'il s'agit d'une « micro-PAC », laisser la DGCCRF décider des suites. Ainsi, bien que l'Autorité ait toujours la possibilité de prendre elle-même en charge l'instruction et la sanction[5] des pratiques anticoncurrentielles, il apparaît qu'elle laisse sous la responsabilité des services du ministère la poursuite d'une large majorité de celles entrant dans leur champ de compétence[6].

149. Craintes encadrant le choix des critères initiaux de l'intervention ministérielle. En 2008, trois conditions cumulatives encadrent le champ d'intervention de la DGCCRF. C'est à

---

[1] Au niveau interrégional : les brigades interrégionales d'enquêtes de concurrence (BIEC) ; au niveau régional : les directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DREETS qui remplacent, depuis le 1er avril 2021, les anciennes directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou DIRECCTE) et au niveau départemental : les directions départementales interministérielles (DDI). Pour une présentation détaillée de l'organisation et des fonctions des services décentralisés de la DGCCRF (antérieure à la réorganisation résultant du décret n° 2020-1545 du 9 décembre 2020 *relatif à l'organisation et aux missions des DREETS et des DDETSPP*) v. A. MARIE, « Pratiques anticoncurrentielles de dimension locale », précité, n° 13 et s.

[2] Art. L. 450-5 et art. D. 450-3, I C. com.

[3] Sur la période 2009-2016, l'Autorité de la concurrence avait pris en charge environ 25% des investigations consécutives à la transmission d'indices par les services de la DGCCRF avec une baisse progressive de ce taux sur la période ; passant de 32% en 2009 à 16% en 2015.

[4] Si l'Autorité dispose de la faculté de reprendre à sa charge les affaires qui pourraient entrer dans le champ de compétence du ministre, elle dispose également de la faculté inverse de rejeter une saisine lorsque les faits peuvent être traités dans le cadre de la procédure des micro-PAC (v. art. L. 462-8, al. 3 C. com tel que modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances,* dite *« loi Macron »*).

[5] Faculté également prévue par l'art. L. 450-5 C. com, v. aussi art. D. 450-3 C. com.

[6] Sur la période 2009-2015, 20% seulement des rapports d'enquête caractérisant une pratique illicite avaient été pris en charge par l'Autorité de la concurrence. La majorité des pratiques caractérisées présentaient une dimension nationale. Sauf rares exceptions, les pratiques à dimension locale ont donc été traitées par les services du ministère.

l'aune de ces conditions que la doctrine a qualifié les pratiques concernées de « micro-pratiques anticoncurrentielles » ou de « pratiques anticoncurrentielles de dimension locale »[1].

La première condition concerne la dimension locale : les pratiques concernées « affectent un marché de dimension locale »[2] autrement dit « plus restreint qu'un marché national »[3]. L'expression paraît peu précise mais la pratique semble s'en accommoder[4]. Elle a été supprimée par la « loi DDADUE » du 3 décembre 2020.

Par ailleurs, les micro-PAC « ne concernent pas des faits relevant des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne »[5]. Autrement dit, elles ne doivent pas affecter le commerce entre États membres et relever ainsi de la compétence des institutions européennes. Cette deuxième condition tient donc toujours, *in fine,* à l'étendue géographique des faits concernés ou des effets produits par eux : sont seules concernées par cette procédure dérogatoire les pratiques strictement nationales.

Enfin, la troisième condition, qui a davantage fait l'objet de débats et discussions, concerne la taille des entreprises incriminées. L'avant-projet gouvernemental faisait référence aux « personnes morales » et prévoyait que « le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros ». Saisi pour avis[6], le Conseil de la concurrence a émis des réserves sur plusieurs points[7] et n'a finalement été entendu que sur l'un d'eux. Il pointe dans son avis le décalage qui pourrait exister entre la présentation de cette procédure qui n'aurait vocation à concerner que des « ententes à dimension locale et

[1] Cette seconde expression ne pouvant plus être retenue depuis que la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière* (dite « Loi DDADUE ») a supprimée de l'art. L. 460-9 C. com. la référence au « marché de dimension locale ».
[2] Art. L. 464-9 C. com.
[3] A. MARIE, « Les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale : le rôle de la DGCCRF », précité.
[4] La doctrine a souvent été plus circonspecte ; v. la critique récurrente de M. Ronzano sur l'appréciation de cette condition, par ex. A. RONZANO, « Pratiques anticoncurrentielles locales : la DGCCRF sanctionne des pratiques relevées dans le secteur du déménagement dans l'Ain dont le caractère strictement local de l'une ne paraît pas évident (*ABD Demeco*) », *Concurrences,* n° 2-2014, art. n° 68260.
[5] Actuels art. 101 et 102 TFUE.
[6] Avis n° 08-A-05 du Conseil de la concurrence du 18 avril 2008.
[7] Le Conseil semblait d'ailleurs défavorable au principe même de ce transfert au profit du ministre : « En ce qui concerne le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, une disposition, au demeurant particulièrement complexe, rend aux services ministériels une partie du pouvoir de décision confié à l'autorité indépendante en 1986, en leur permettant de transiger avec les entreprises sans aucun droit de regard de l'Autorité.
Si cette disposition était maintenue, elle aboutirait en pratique, à la différence de ce qu'a préconisé la Commission pour la libération de la croissance française et de ce qui existe dans les vingt-six autres États membres de l'Union européenne, à maintenir le système dualiste actuel au lieu de créer une autorité indépendante unique, en soulevant de nouvelles questions d'articulation, de cohérence et d'efficacité. Par ailleurs, elle romprait l'égalité de traitement au détriment des PME, premières visées compte tenu du mécanisme prévu, et priverait les victimes, qu'il s'agisse d'entreprises concurrentes ou de collectivités locales, de l'ensemble des garanties procédurales offertes aujourd'hui par le Conseil », avis n° 08-A-05 précité.

d'importance mineure » d'une part et « le caractère extrêmement élevé des sommes retenues » d'autre part. Il soulève par ailleurs le caractère « contestable et impraticable » de ce critère du chiffre d'affaires d'une personne morale. Ce renvoi à « la personne morale » faisait en effet courir un risque de « détournement de la règle » car les grands groupes auraient multiplié les filiales pour échapper à la compétence de principe de l'Autorité de la concurrence et « profiter » de la procédure mise en œuvre par la DGCCRF[1]. Le Conseil a été entendu sur ce point et l'article L. 464-9 du Code de commerce adopté en 2008 vise bien des « entreprises » dont le chiffre d'affaires de chacune ne dépasse pas 50 millions d'euros et dont les chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros. Les montants sont conservés mais sont appréciés à l'échelle des entreprises impliquées, ce qui permet d'inclure leurs filiales.

c. L'extension récente du champ de compétence du pôle gouvernemental

150. Extension du champ des micro-PAC et du contrôle ministériel. Malgré la remarque du Conseil de la concurrence relative au fort montant de chiffre d'affaires maximum institué en 2008 et la crainte exprimée que « des entreprises relativement importantes [puissent] transiger avec les services ministériels à hauteur de 75 000€ et se prémunir de la sorte de toute poursuite sérieuse », ce qui conduirait à ce que « la réforme ayant pour objet de donner plus d'efficacité à l'Autorité débouche[rait] paradoxalement sur une « contre-réforme » ayant pour effet d'anéantir le système de régulation indépendante créé en 1986 »[2], le législateur a plusieurs fois étendu le champ des micro-PAC. D'abord, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2014, dite « loi Hamon »[3], la compétence du ministre concerne les pratiques qui sont le fait d'entreprises dont le chiffre d'affaires individuel réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et dont les chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 200 millions d'euros. Le montant maximum des chiffres d'affaires cumulés est doublé, ce qui étend d'autant le champ potentiel de la compétence ministérielle[4].

---

[1] V. L. IDOT, « Interview sur la réforme du droit français de la concurrence », *Concurrences,* n° 2-2008, art. n° 17452 : « L'objectif est d'éviter un détournement de la règle. L'on voit immédiatement les conséquences désastreuses que cela pourrait avoir dans certains secteurs si l'on ne précisait pas ce point, certains grands groupes multipliant les filiales pour se placer sous l'empire d'un régime supposé plus favorable » (n° 26).

[2] Avis précité, § 17.

[3] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation.*

[4] Et conduit un auteur à s'interroger sur le point de savoir s'il n'aurait pas pour effet de faire basculer ce contentieux dans la matière pénale, avec les conséquences que cela imposerait en termes de recours ; v. E. CLAUDEL, article précité, n° 13.

Ensuite, en s'y reprenant à deux fois[1], le législateur a supprimé la référence au « marché de dimension locale » et ainsi étendu le dispositif aux pratiques de dimension nationale. L'avancée en dit long sur la volonté continue de renforcer le pôle ministériel. Reste que l'appréciation souple dont faisait l'objet cette condition laisse à penser que les conséquences pratiques de l'extension sont limitées. Le dispositif est, semble-t-il, encore d'un usage relativement rare[2] qui n'empêche toutefois pas la Cour des comptes d'en saluer l'efficacité[3].

2. Les pouvoirs de ministre de l'Économie

151. Un véritable pouvoir de sanction conféré au pôle ministériel. Au terme d'une procédure contradictoire conduite par l'échelon interrégional de ses services déconcentrés[4], la DGCCRF peut adopter, de manière alternative ou cumulative, deux types d'actes à l'encontre d'une entreprise contrevenante. Soit lui adresser des injonctions dont la variété potentielle est grande[5].

[1] La loi ° 2019-486 du 22 mai 2019 *relative à la croissance et la transformation des entreprises* (dite « loi PACTE ») avait habilité (art. 211, 6°) le gouvernement 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 ». Le Conseil constitutionnel a toutefois censuré la disposition, considérant qu'elle ne présentait aucun lien « avec le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale » (décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019). C'est finalement la loi DDADUE du 3 décembre 2020 qui a procédé à cette modification du teste.

[2] Si l'on se réfère aux données publiées sur le site du ministère où il est fait mention de huit procédures menées à leur terme (par le prononcé d'injonctions et/ou des accords de transaction) en 2018, neuf en 2019, puis seulement trois en 2020 et deux en 2021 (les données relatives à ces deux années étant néanmoins à relativiser eu égard au contexte de pandémie mondiale qui les a marquées).

[3] Cour des comptes, référé du 14 mars 2019, réf. S2019-0568, *Politique de la concurrence – L'action de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF,* publié le 4 juin 2019. Le rapport fait toutefois état du « niveau modeste » de l'activité de la DGCCRF (p. 4).

[4] La BIEC, lorsqu'elle communique un dossier à l'administration centrale au terme d'une enquête, peut proposer l'engagement d'une telle procédure. Dans les situations qui relèvent du champ de compétences du ministre et en l'absence de reprise en main du dossier par l'Autorité de la concurrence, elle mène la procédure. Elle est l'interlocuteur par lequel le respect du principe du contradictoire est assuré au cours de cette procédure (organisée par le décret n° 2009-140 du 10 février 2009, codifié aux art. R. 464-9-1 à R. 464-9-4 C. com.) qui se déroule en trois phases. D'abord la DGCCRF informe les entreprises concernées des mesures envisagées à leur encontre par lettre recommandée avec avis de réception (art. R. 464-9-1, al. 1). Cette lettre est accompagnée du rapport d'enquête sur fondement duquel la procédure a été engagée et des pièces de la procédure. Les entreprises sont informées des marchés concernés, des pratiques reprochées, de leur imputabilité à chacune et des éléments de preuve obtenus au cours de l'enquête. Ensuite, s'ouvre la phase du débat contradictoire : un délai de 2 mois, prorogeable une fois, est laissé aux entreprises, éventuellement assistées, pour déposer des observations écrites et/ou se présenter aux directeurs de la DGCCRF en charge du dossier pour présenter des observations orales (art. R. 464-9-1, al. 2). Il est précisé que si la procédure dérogatoire n'aboutit pas et que l'Autorité de la concurrence est finalement saisie des faits, les observations formulées à ce stade ne seront pas communiquées à cette dernière (art. R. 464-9-3). Enfin, les entreprises sont informées de la décision prononcée à leur encontre par lettre recommandée avec avis de réception, laquelle contient la mesure décidée et le délai laissé pour l'exécuter (art. R. 464-9-2, al. 1 et 2). Les entreprises disposent alors d'un délai d'un mois pour adresser leur acceptation de la mesure à la DGCCRF, à défaut de quoi elles sont réputées l'avoir refusée (art. R. 464-9-2, al. 3).

[5] L'art. L. 464-9-1, al. 1 C. com. habilite les services du ministère à « enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques » révélées. La formule est large. En premier lieu, la DGCCRF peut enjoindre aux entreprises de cesser les comportements et pratiques incriminés. Lorsque ces comportements résultent de clauses contractuelles ou de règlements, il peut leur être enjoint de modifier les clauses ou dispositions en question (ce qui pourrait nécessiter, pour les contrats en cours, l'accord du cocontractant). À titre d'exemple, lorsqu'une enquête permet d'établir que des concertations faussant la concurrence ont eu lieu entre plusieurs candidats à des appels d'offres publics ou privés, la DGCCRF enjoint classiquement aux parties à l'accord illicite de s'abstenir de procéder, à

Soit lui proposer de « transiger »[1] par le paiement d'une somme ne pouvant excéder 150 000€ ou 5% du dernier chiffre d'affaires qu'elle a réalisé en France si ce montant est inférieur[2].

Ces pouvoirs revêtent indéniablement une coloration répressive et sont à ce titre communément qualifiés de « pouvoirs de sanction »[3]. La communication gouvernementale accompagnant la réforme de 2008 ne laisse d'ailleurs aucun doute sur l'esprit : c'est pour mettre fin à l'impunité de pratiques anticoncurrentielles réputées de faible importance que ce dispositif est instauré. Le ton est bien à la répression, ce dont aurait pu faire douter, dans la « sphère civiliste » au moins, le vocable utilisé[4]. D'ailleurs, depuis décembre 2012, la DGCCRF a souhaité revêtir ses décisions d'un aspect dissuasif souvent rattaché à la sanction des comportements déviants : les décisions prises en matière de micro-PAC sont désormais, malgré les contestations de praticiens[5], systématiquement publiées sur son site internet.

152. Exécution des mesures et clôture de la procédure. Si l'entreprise concernée accepte la mesure par retour de la lettre de proposition contresignée et qu'elle exécute lesdites mesures –

---

l'avenir, « à des échanges d'information préalablement à la remise d'offres présentées comme concurrentes lors d'appels d'offres » (v. par ex. Lettres de décisions envoyées le 18 juillet 2019 dans le cadre de pratiques relevées dans le secteur des travaux de maçonnerie dans le département des Alpes Maritimes ; Lettres de décisions envoyées le 18 septembre 2018 dans le cadre de pratiques relevées dans le secteur de la formation professionnelle aux travaux forestiers dans la région Auvergne-Rhône-Alpes). Au titre des injonctions d'ordre contractuel ou statutaire, la DGCCRF a par exemple enjoint à une société coopérative de taxis de faire adopter par son Assemblée générale une modification de dispositions de ses statuts et de son règlement intérieur contraires au droit de la concurrence (v. Lettre de décisions envoyée le 16 avril 2018 dans le cadre de pratiques relevées sur le marché des taxis de la ville de Blois). Ces lettres sont consultables sur le site du ministère.

[1] Art. L. 464-9 al. 2 C. com.

[2] Le plafond initial de 75 000€ a été doublé, en mars 2014 par la « loi Hamon » précitée. Les critères pris en compte pour la fixation du montant proposé se rapportent à la gravité et de la durée de l'infraction mais aussi, parfois, à « la situation de la société incriminée au moment des pratiques » et à « l'étendue des pratiques et des gains obtenus » (v. la Lettre d'information envoyée le 1er février 2017 à la société « LAPIZE » par laquelle est proposée une transaction de 50 000€. Dans son communiqué sur ces « pratiques relevées dans le secteur de l'éclairage public dans le département de l'Ardèche », la DGCCRF mentionne ces éléments pour justifier le montant proposé).

[3] V. A. MARIE, « Les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale : le rôle de la DGCCRF », précité ; « La « pratique » des PAC des PME/TPE par le ministre de l'Économie et l'Autorité de la concurrence », précité. Pour des études au champ plus large, consacrées aux sanctions des pratiques anticoncurrentielles mais confirmant cette qualification de sanction : E. CLAUDEL, « Les injonctions », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anti-concurrentielles, LPA*, 2005, n° 14, p. 23 ; F.-C. JEANTET, « Réflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence », *JCP G,* 1988, doctr. 3348 ; C. LEMAIRE, D. LESCOP, I. LUC, N. MOUY, *Sanctions, injonctions, transactions, clémence et engagements : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence,* étude thématique pour le 19ème rapport annuel du Conseil de la concurrence, 2005, p. 99 et s.

[4] En droit et en procédure civils, la notion de transaction ne relève pas du champ du répressif et du sanctionnateur mais davantage de celui de l'amiable. C'est la transaction pénale qui sert ici de modèle et elle revêt une indéniable dimension répressive. Quant à la notion d'injonction, bien qu'elle revête une dimension impérative, voire coercitive, la répression n'arrive qu'*a posteriori,* en l'absence d'exécution de l'action ou de l'acte enjoint.

[5] V. T. PICOT, J. BOMBARDIER, article précité, qui craignent que, par cette décision, la DGCCRF ait « sonné le glas » de « l'un des principaux avantages de la procédure de transaction en droit de la concurrence » : la confidentialité qui caractérisait le dispositif antérieurement à décembre 2012.

injonctions ou paiement de la somme proposée[1] – dans les délais impartis[2], l'action est définitivement éteinte[3]. La DGCCRF et l'Autorité de la concurrence, qui est informée de la décision, ne pourront instruire ou sanctionner de nouveau ces entreprises pour les faits concernés. C'est là l'intérêt du dispositif pour les entreprises. Il ne justifie cependant en rien que ces procédures et actes échappent à toute forme de contrôle. Nonobstant le silence des textes, un recours juridictionnel doit nécessairement être ouvert à leur encontre et l'identification du juge devant lequel il doit être exercé est source de sérieuses difficultés.

B. Les recours

153. Un silence des textes source de difficultés. L'étude des recours ouverts contre les injonctions et/ou transactions acceptées laisse perplexe. Elle conduit au constat d'une absence lacunaire de solution spécifique prévue en la matière (1) à laquelle le droit commun, inadapté à bien des égards, ne permet pas de remédier de manière satisfaisante. Le tout renforce la confusion et l'état de désorganisation qui caractérisent le droit positif, notamment sur le terrain de la désignation du juge compétent (2).

1. Absence lacunaire de recours spécifique

154. La voie du renoncement à la procédure dérogatoire. Aucun recours spécifique n'est prévu en droit positif contre les transactions et injonctions acceptées. En guise de garantie, la seule voie offerte aux entreprises consiste en un renoncement à la procédure devant la DGCCRF pour retourner à une procédure plus classique devant l'Autorité de la concurrence (a). Plusieurs modalités de ce renvoi sont envisagées par les textes (b) ; elles conduisent à la saisine de l'Autorité qui met alors en œuvre une procédure qui présente quelques particularités (c).

a. L'absence de recours spécifique

155. Absence de recours spécifique et « renvoi » à l'Autorité. Aucune disposition ne concerne un éventuel recours contre les décisions prises par le ministère de l'Économie dans le cadre de cette procédure. Cet état du droit peut poser question tant à l'égard de l'entreprise concernée, « sanctionnée » dans ce cadre, que des victimes des pratiques constatées[4]. En guise de garantie, le Code de commerce n'offre finalement que la possibilité de reprendre le chemin

[1] L'art. L. 464-9, al. 5 C. com. précise que les sommes issues d'une telle transaction sont versées au Trésor Public et « recouvrées comme les créances étrangères à l'impôt et au domaine » (sur lesquelles v. S. PALMIER, « Le contentieux des créances étrangères à l'impôt et au domaine », *Gaz. Pal.,* 30 novembre 2000, n° 335, p. 2).
[2] Art. R. 464-9-2 C. com.
[3] Art. L. 464-9 al. 2 C. com.
[4] Sur la nécessité d'organiser un recours juridictionnel qui permet, *a minima*, un contrôle de légalité, v. *infra.*

de la procédure devant l'Autorité de la concurrence. Alors que la désignation du juge qui devait connaître des recours contre les décisions adoptées par le Conseil de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles avait cristallisé les débats en 1986, cette question n'est même pas abordée par le législateur en matière de micro-PAC. Les objectifs de cohérence et d'unification du contentieux semblent lointains.

b. Les hypothèses de « renvoi » à l'Autorité de la concurrence

156. Exercice du droit de refuser de transiger. La dimension transactionnelle – ou quasi-contractuelle – de la procédure mise en œuvre par la DGCCRF repose sur le droit qu'ont les entreprises concernées de refuser la transaction et/ou l'injonction proposées. L'exercice de ce droit se manifeste par une absence de réponse à la lettre de décision qui comprend la « proposition » dans le délai d'un mois[1]. Un tel refus débouche sur la saisine de l'Autorité de la concurrence par le ministre de l'Économie[2].

Une double garantie tend à assurer l'effectivité de ce droit. D'une part, les observations formulées devant la DGCCRF par les entreprises qui refusent les mesures proposées ne sont pas transmises à l'Autorité de la concurrence. Elles pourraient contenir des formes d'aveux ou d'auto-incriminations ; leur non-communication assure le respect de la présomption d'innocence et le droit de ne pas s'auto-incriminer dont doit bénéficier toute personne engagée dans une procédure à caractère répressif. D'autre part, la décision d'une entreprise, qu'elle soit de refus ou d'acceptation, n'emporte aucune conséquence sur les autres entreprises engagées dans la procédure[3]. Cette règle assure une pleine liberté de choix aux entreprises qui n'ont, en théorie, pas à craindre le choix des autres ou les conséquences que pourrait avoir leur propre choix sur ces dernières[4].

---

[1] Art. R. 464-9-2 C. com.

[2] Art. R. 464-9-3 al. 1er et L. 464-9 al. 4 C. com.

[3] Art. R. 464-9-3 al. 2 C. com. Une illustration de cette indépendance des choix faits par les entreprises concernées peut être observée dans l'affaire dite « du transport scolaire dans le Bas-Rhin ». Il était reproché une concertation entre plusieurs sociétés en vue de l'attribution de marché de transport scolaire. Quatre entreprises avaient refusé la transaction et/ou l'injonction ; trois autres l'avaient acceptée et réglée en 2014 (respectivement 34 000€, 75 000€ et 40 000€), ce qui a eu pour effet que l'action soit définitivement éteinte à leur encontre. Les quatre autres ont fait l'objet d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence et ont été sanctionnées à hauteur de 40 000€, 96 000€, 20 000€ et 37 000€, ainsi qu'à une peine de publication renforcée.

[4] Ces problématiques concernent également les procédures menées par l'Autorité de la concurrence qui reposent sur une non-contestation des faits et pratiques incriminées (procédure de transaction de l'art. L. 464-2, III C. com.) ou sur la dénonciation de comportements illicites par un participant à l'infraction (procédure de clémence de l'art. L. 464-2, IV C. com.). D'une part, la préservation du droit de ne pas s'auto-incriminer de l'entreprise qui sollicite la mise en œuvre d'une telle procédure avant de se rétracter et de refuser l'offre de transaction adressée par les services de l'Autorité interroge. Mais surtout, malgré les précautions prises pour préserver le droit à la présomption d'innocence d'autres entreprises mises en cause et qui refusent de s'engager dans de telles voies dérogatoires, de nombreuses craintes demeurent : lorsqu'un participant à une entente renonce à son droit d'en contester la matérialité, voire prend l'initiative de la dénoncer aux services de l'Autorité, que reste-t-il de la présomption

Ce droit de refuser l'injonction ou la transaction proposée pourrait être la garantie du processus qui justifie que, par l'acceptation, l'on renonce à tout recours spécifique organisé par le législateur devant les juridictions judiciaires. Le délai d'un mois laissé aux entreprises pour « opter » serait une forme de délai de réflexion offert pour apprécier, sous les conseils éventuels d'un avocat, l'opportunité d'accepter une sanction allégée au prix de l'abandon définitif de tout contrôle judiciaire. Si l'analyse est plausible – à défaut d'être satisfaisante – concernant le fond et le contenu de l'injonction ou de la transaction, nous verrons qu'elle l'est beaucoup moins au sujet de la renonciation au contrôle juridictionnel de la légalité d'une procédure mise en œuvre par une autorité membre du pouvoir exécutif.

157. Inexécution des mesures dans les délais. L'autre hypothèse de « renvoi » à l'Autorité de la concurrence résulte de l'inexécution, dans les délais impartis, de l'injonction ou du versement de la somme proposée à titre de transaction par l'entreprise concernée. Dans une telle hypothèse, la saisine de l'Autorité par le ministre de l'Économie est prévue dans les mêmes conditions et entourée des mêmes garanties que celles qui viennent d'être présentées[1]. Dès lors, les mêmes questions se posent.

Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, la saisine de l'Autorité donne lieu à l'ouverture d'une procédure qui présente quelques spécificités.

c. La procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence saisie « sur renvoi »

158. Dérogation au principe de collégialité. Alors qu'en principe l'Autorité de la concurrence exerce ses attributions de manière collégiale, l'article L. 461-3 du Code de commerce prévoit, en son alinéa 4, un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le président de l'Autorité ou un vice-président désigné par lui peut prendre, seul, certaines mesures. C'est notamment le cas pour la saisine de l'Autorité par le ministre de l'Économie, qui fait suite au refus ou à l'inexécution des injonctions et transactions proposées, prévue par l'article L. 464-9, alinéa 4. Le président ou un vice-président peut ainsi prononcer toutes les mesures prévues par les articles L. 464-2 à L. 464-6 ; autrement dit tout le panel des sanctions prévues en matière de pratiques anticoncurrentielles (sanctions pécuniaires, astreintes, mesures de publicité …).

La dérogation peut s'expliquer par le fait que le dossier est à ce stade réputé en l'état d'être traité et que les pratiques dont il est question sont, par hypothèse, de moindre ampleur. Reste

d'innocence des autres participants à l'infraction prétendue ? Les craintes et interrogations à ce sujet sont nombreuses, nous y reviendrons.

[1] Art. R. 464-9-3 al. 1er et L. 464-9 al. 4 C. com.

que cette atteinte au principe de la collégialité, pourtant considéré comme garantie des droits de la défense et comme qualité d'une « bonne justice », renforce le doute déjà exprimé à l'égard de l'hypothèse formulée que ce retour devant l'Autorité constituerait une modalité de « recours » suffisante en matière de sanction des micro-PAC.

Il semble que le reste de la procédure suivie par l'Autorité ne présente aucune particularité. Si elle estime, sur la base des éléments d'enquête qui lui sont transmis, que les faits sont constitués, elle peut prononcer les mesures prévues par les articles L. 464-2 à L. 464-5-1 du Code de commerce. Si elle estime au contraire qu'aucune pratique n'est établie, elle peut mettre un terme à la procédure en application de l'article L. 464-6 du même Code[1].

159. Application des règles de recours issues de l'Ordonnance de 1986. Puisque le dispositif législatif encadrant la procédure dérogatoire applicable aux micro-PAC renvoie expressément à la saisine de l'Autorité et au fait que celle-ci exerce – certes en une formation spécifique – les pouvoirs classiques qui sont les siens dans les conditions de droit commun, il n'y a aucune raison d'écarter le régime de recours organisé par les articles suivants du Code de commerce. On retrouve alors la possibilité de solliciter le contrôle juridictionnel de la Cour d'appel de Paris prévu par l'article L. 464-8 (ancien article 15 de l'Ordonnance de 1986).

Cet état du droit ne peut cependant satisfaire. Si « le retour » à la procédure devant l'Autorité de la concurrence rétablit la possibilité de solliciter un contrôle du juge, il implique que, malgré la menace qui pèse sur elle et les brefs délais qui rythment la procédure, la TPE ou PME concernée ait refusé les mesures proposées par les services du ministère ou qu'elle se soit abstenue de les exécuter dans les délais impartis. Aucune possibilité de recours n'est offerte contre l'injonction et/ou la transaction acceptées puis exécutées. L'hypothèse n'est pourtant pas illusoire et ce silence du droit spécial est lacunaire ; il conduit à s'en remettre aux solutions incertaines et inappropriées offertes par le droit commun.

2. Retour inapproprié aux recours de droit commun

160. Préambule : nécessité d'organiser un recours juridictionnel. L'absence de recours offert à l'entreprise concernée interroge au regard de la dimension répressive des décisions d'injonction ou de transaction prises au terme du processus. Cela revient à conférer au ministère

[1] V. l'exposé des neuf décisions adoptées par l'Autorité après un refus, par les entreprises en cause, des mesures proposées par la DGCCRF proposé par A. MARIE, « La « pratique » des PAC des PME/TPE par le ministre de l'Économie et l'Autorité de la concurrence », précité, p. 100-105.

de l'Économie un pouvoir *a minima* quasi-répressif[1] sans le moindre contrôle d'un quelconque juge : pas au stade du prononcé de la mesure puisqu'aucune validation ou homologation n'est prévue, pas davantage ultérieurement car aucun recours n'est offert par la loi. La faveur offerte aux « bénéficiaires » de cette procédure alternative pourrait-elle avoir pour contrepartie une renonciation définitive au droit de solliciter un contrôle juridictionnel ?

L'hypothèse est discutable. L'entreprise renoncerait ainsi à son droit au recours concernant tant le fond que la forme des mesures acceptées, pourtant de l'initiative d'une émanation de l'exécutif loin de présenter les garanties attachées à toute juridiction[2]. La renonciation quant au fond pourrait se justifier par la garantie qu'offre le droit de refuser les mesures proposées – expressément ou en s'abstenant de les exécuter dans les délais – si tant est qu'elle soit jugée suffisante. La renonciation quant à la forme est bien davantage problématique. Elle équivaudrait à l'impossibilité pour l'entreprise ayant exécuté les mesures d'en contester la légalité à l'avenir, par exemple après avoir constaté que la procédure encadrant son prononcé et, par là même, son consentement avaient été viciés ou après la découverte d'éléments nouveaux inconnus ou ignorés à la date de la prise de décision. L'inquiétude est renforcée par le fait qu'au stade de la procédure administrative, aucun texte ne lui garantit le droit d'accès à l'intégralité du dossier constitué par la DGCCRF.

---

[1] Et bien que la loi prenne la précaution de ne pas s'y référer, la doctrine et les praticiens usent volontiers de la notion « d'amende » pour décrire la somme proposée par la DGCCRF dans le cadre d'une telle transaction. V. toutes les références citées sur le sujet. Cette qualification d'amende ferait immédiatement tomber le dispositif – au moins pour sa partie pécuniaire – dans la matière pénale, v. sur cela : R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires,* Bruylant, 2014, n° 499 et s., spéc. n° 518. V. même pour l'intégration, dans certaines hypothèses, de l'injonction du droit de la concurrence à la matière pénale : n° 511-515. Pour une étude plus générale qui partage des interrogations communes v. E. CLAUDEL, « L'essor des sanctions en droit de la concurrence – Quelle efficacité ? Quelles garanties ? », précité, qui commente ce qui était alors le projet de loi Hamon sur un ton inquiet : « cet élargissement de l'assiette du contrôle et de la sanction ne s'accompagne pas d'un accroissement des garanties procédurales. On peut pourtant se demander si l'aggravation des sanctions encourues n'est pas de nature à faire basculer ce contentieux dans la matière pénale et se poserait alors la question du contrôle de pleine juridiction ».

[2] V. le commentaire sévère qui a pu être fait du décret n° 2009-140 qui pose les règles encadrant cette procédure : « Le décret tente d'introduire quelques garanties procédurales de façade, encore bien insuffisantes, au regard du respect de la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle garantit aussi les droits fondamentaux des entreprises […]. Il est permis de s'étonner […] de l'absence totale de séparation des fonctions d'instruction et de jugement, puisqu'en pratique ce seront les services de la DGCCRF, qui ont instruit le dossier, qui prendront la décision de sanction ». L'auteur parle aussi « d'illusion d'un débat contradictoire au stade de l'instruction de l'affaire », C. VILMART, « LME : la réforme en voie d'achèvement - Parution des premiers décrets la veille de l'annulation par le Conseil constitutionnel de certains articles de la loi ratifiant l'ordonnance du 13 novembre 2008 », *JCP E*, 2009, act. 90. Pour des craintes exprimées récemment au sujet des procédures répressives mises en œuvre par la DGCCRF (essentiellement en matière de pratiques restrictives, mais de nombreux éléments sont transposables à la procédure à l'étude) v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Confier la sanction des pratiques restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », *in Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier,* LexisNexis-Dalloz, 2021, p. 33 et « Réflexions sur l'évolution de la preuve des pratiques restrictives de concurrence lors de l'action publique du ministre », *in Mélanges L. Idot*, 2022, vol. 2, p. 165.

L'absence de recours affecte également les tiers intéressés et victimes potentielles des pratiques concernées[1]. L'atteinte à leurs intérêts peut sembler relative : le *public enforcement* dont il est question n'a pas d'objectif indemnitaire et *a fortiori* pas de dimension vindicative. Par ailleurs, diverses pratiques et décisions sont déjà très favorables à la conservation des intérêts de la victime ; on songe ici à la publication systématique de ses décisions par la DGCCRF et à l'initiative récemment prise par cette dernière d'informer les victimes de pratiques illicites dont elle a eu à connaître[2]. Néanmoins, la victime d'une pratique anticoncurrentielle qui fait l'objet d'une procédure de transaction devant la DGCCRF ne bénéficie pas de la valeur probatoire attachée à toute décision de sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence[3], ce qui pourrait lui donner la volonté et l'intérêt à agir pour contester le fruit de cette procédure dérogatoire et obtenir le retour à la procédure de droit commun devant cette dernière[4].

Le sort des tiers intéressés et victimes ainsi que celui des entreprises sanctionnées préoccupent face à cette absence de recours spécifique. Ces préocupations rendent indispensable la recherche d'une voie de droit qui permettrait de solliciter l'exercice d'un contrôle du juge sur ces décisions ministérielles susceptibles de leur être défavorables, voire de leur « faire grief ».

161. Démarche. En l'absence de solution certaine qui apparaîtrait à l'observation du droit positif, cette recherche impose d'entreprendre une véritable « exploration » en vue d'éprouver différentes hypothèses plausibles. Afin d'identifier le juge compétent pour connaître du recours qui doit nécessairement être ouvert à l'encontre des actes à l'étude[5], il faut tenter de rattacher ces derniers à une catégorie juridique dont découlerait un régime contentieux établi.

En premier lieu, la dimension répressive du dispositif invitait à tenter l'analogie avec les voies alternatives qu'offre la procédure pénale. Cependant, plusieurs éléments empêchent la tentative

---

[1] Lesquels ne disposent d'ailleurs d'aucun recours contre la décision de recourir à cette procédure alternative. Toutefois, la procédure dérogatoire ne peut être mise en œuvre en cas de saisine de l'Autorité de la concurrence par une entreprise ou un organisme visé par l'art. L. 462-1, al. 2 C. com. (art. L. 464-9, al. 3 C. com.).

[2] V. le communiqué de septembre 2019 de la DGCCRF concernant des « pratiques relevées dans le secteur du déménagement des militaires à Saint-Dizier ». Après avoir présenté les mesures adoptées, le communiqué indique que « la DGCCRF informera le CAMID du Commissariat des Armées de Brest de ces mesures, ainsi que les sites militaires de Saint-Dizier qui sont concernés par les pratiques relevées ». Cette initiative, qui peut être analysée comme une nouvelle atteinte à l'attractivité du dispositif, est incontestablement protectrice des intérêts des victimes

[3] V. l'art. L. 481-2 C. com. sur lequel nous reviendrons.

[4] On pourrait même imaginer qu'un tiers, qui estimerait que le montant de la transaction proposée est si peu élevé qu'il s'apparente à une libéralité, invoque l'interdiction pour la personne publique de consentir de telles libéralités (v. CE, sect., 19 mars 1971 *Mergui,* n° 79962) pour contester la validité du processus dès lors qu'il y a intérêt.

[5] La doctrine a souvent recours à la notion de « décision » pour désigner les transactions et injonctions à l'étude. Il n'est pas à exclure que nous aurons parfois recours à ce vocable. Toutefois, en préambule de ce travail de qualification, il nous faut recourir à la qualification la plus neutre et celle d'acte juridique nous semble adéquate. Nous l'entendons comme « l'acte qui apporte une modification de l'ordonnancement juridique » sans préjuger de ses différentes formes possibles (subjectif, objectif, conventionnel, unilatéral…). V. T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, Dalloz, 30e éd., 2022, *v°* « acte juridique ».

d'aboutir et contraignent à écarter l'hypothèse (a). Ensuite, en considération du lexique mobilisé par le législateur et en procédant à l'analyse matérielle des actes concernés, nous verrons qu'une assimilation à la qualification de transaction – laquelle est déclinable – est envisageable, bien qu'incertaine. Elle conduit à une conclusion confuse quant au juge compétent pour connaître du recours (b). Alors, faute de certitude, il nous faudra, au soutien d'une analyse organique, éprouver l'hypothèse de la qualification d'acte administratif décisoire. Celle-ci aboutit, de manière inopportune, à confier compétence au juge administratif (c).

a. Analogie impossible avec les voies alternatives de la procédure pénale

162. Dimension répressive des actes de la DGCCRF. En première analyse, ces actes du ministère apparaissent comme l'aboutissement de l'exercice, par une voie alternative, d'un pouvoir répressif appartenant en principe à l'Autorité de la concurrence[1]. Ils ont des conséquences, qui peuvent être qualifiées de « défavorables », sur la situation des entreprises concernées et/ou sur leur patrimoine : changement de comportement, modification de dispositions contractuelles ou statutaires, paiement d'une somme qui présente des caractéristiques proches de celles d'une amende etc. Cette procédure est ainsi conçue comme la mise en œuvre d'un véritable pouvoir de sanction délégué, par exception et en vue d'une meilleure lutte contre les « petites » pratiques anticoncurrentielles, au ministère de l'Économie. Tout cela participe du même objectif de lutte contre les pratiques néfastes à la libre concurrence ; l'exception est d'ailleurs justifiée comme étant au service d'un meilleur exercice de ses pouvoirs par l'Autorité de la concurrence[2].

En somme il s'agit de l'exercice d'un pouvoir « quasi-répressif » par voie « quasi-conventionnelle » mise en œuvre par une autorité administrative. À la suite de l'accroissement des pouvoirs du ministre par la loi Hamon, un auteur s'est même demandé si ce contentieux n'avait pas basculé dans la matière pénale[3]. Dans notre entreprise de qualification, nécessaire à l'identification de la juridiction compétente pour connaître du recours qui doit être ouvert à l'encontre de ces actes, la procédure pénale se prête par conséquent à l'analogie.

[1] Cette « dimension répressive » ne conduit pas à revêtir les pratiques dont il est question d'une qualification pénale et nous n'ignorons pas qu'en l'absence d'une telle qualification, l'analogie avec les voies alternatives qu'offre la procédure pénale présente quelques artifices. Elle n'en est pas pour autant dénuée d'intérêt.
[2] A. MARIE, « Les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale : le rôle de la DGCCRF », précité, « Ainsi, en assurant une politique de sanction des pratiques anticoncurrentielles locales, la DGCCRF allège la tache de l'ADLC, tout en contribuant au développement d'une culture de concurrence chez les PME/TPE ».
[3] « Se poserait alors la question d'un contrôle de pleine juridiction » (E. CLAUDEL, article précité, n° 13).

163. Analogie avec les alternatives aux poursuites. Les injonctions ou transactions initiées par la DGCCRF sont-elles assimilables aux voies alternatives aux poursuites qu'offre la procédure pénale ? L'entreprise est séduisante à la lecture de la présentation qui est faite de ces mesures comme étant le fruit de « la volonté des parquets de ne pas se laisser enfermer dans une sorte de logique binaire qui, apparemment dictée par le système de l'opportunité des poursuites, ne permettait aux parquets que de poursuivre ou de s'abstenir, alors qu'il leur semblait nécessaire de pouvoir diversifier les solutions de nature à résorber le trouble à l'ordre public »[1]. C'est de cette volonté que sont notamment nées la composition pénale[2], et la transaction pénale[3] ou sur l'action publique[4]. Ce mouvement pourrait être rapproché du développement des pouvoirs de la DGCCRF en matière de micro-PAC, qui résulte aussi d'une volonté de ne plus laisser impunies les pratiques dont l'Autorité de la concurrence décide de ne pas se saisir. À l'instar du procureur qui a connaissance d'une infraction mais qui estime disproportionné et inopportun l'engagement d'une procédure classique, les pouvoirs attribués aux services du ministère de l'Économie lui permettraient d'assurer la sanction de pratiques dont ils ont connaissance mais pour lesquelles l'engagement d'une procédure devant l'Autorité paraît inopportun[5].

Ces trois mécanismes pénaux reposent sur une proposition faite par le ministère public ou son représentant[6], voire par une autre autorité ministérielle mais toujours sous le contrôle du parquet[7], à la personne mise en cause. Le versement d'une amende forfaitaire au Trésor public – d'un montant forcément inférieur à celui prévu par la loi – est toujours l'une des propositions transactionnelles possibles. En outre, le refus ou l'inexécution dans les délais des mesures

[1] S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 14e éd., 2021, n° 1555.
[2] Art. 41-2 CPP et en droit de la concurrence v. art. L. 490-6 C. com.
[3] Art. 41-1-1 *ancien* du CPP et aujourd'hui prévue par des textes spécifiques en certaines matières, par ex. en matière de contributions directes (art. L. 249 et L. 249 LPF) et de douanes (art. 350 C. douanes). Elle est aussi applicable aux quelques infractions pénales encore prévues par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce lorsqu'aucune peine de prison n'est encourue (art. L. 490-5 C. com., v. aussi art. L. 470-4-1 anc. C. com.).
[4] Le dispositif, réservé aux personnes morales mises en cause pour certains délits visés (corruption, trafic d'influence, blanchiment de fraude fiscale…) est régi par l'article 41-1-2 du CPP.
[5] Au pénal, l'alternative aux poursuites est présentée comme étant favorable tant aux autorités de poursuites qu'au mis en cause. On retrouve ces deux aspects en notre matière : cette procédure permet aux entreprises « de bénéficier d'une alternative à une procédure devant l'Autorité de la concurrence, souvent longue et coûteuse, en contrepartie de l'adoption de remèdes comportementaux et/ou du paiement d'une amende relativement modérée, dont le montant maximum est connu […]. La mise en œuvre allégée de la procédure permet par ailleurs à l'Autorité de la concurrence de se concentrer sur les affaires de plus grande ampleur, tout en permettant au ministre de l'Économie de contribuer à diffuser la "culture de concurrence" par le biais de la publication des décisions de transaction et/ou d'injonction » (J. BOMBARDIER, L. DE CHALENDAR, « Pratiques anticoncurrentielles locales : Fonctionnement et bilan du dispositif de transaction-injonction », *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 91120).
[6] Art. 41-1-1 anc. CPP : la transaction pénale pouvait être mise en œuvre par un OPJ sur autorisation du Procureur.
[7] C'est le cas en matière de concurrence : les services de la DGCCRF ont le pouvoir de transiger sous réserve que le procureur de la République donne son accord à la proposition envisagée (v. art. L. 490-5 C. com.).

proposées au titre de transaction ou de composition donne systématiquement lieu à la mise en mouvement de l'action publique par la voie classique. L'analogie avec la transaction en matière de micro-PAC tient donc[1].

L'analogie pourrait encore résister à la différence tenant à l'autorisation – voire à la mise en œuvre directement par lui – du procureur de la République, nécessaire pour chacun des dispositifs pénaux. Il pourrait en effet être soutenu que, bien que le ministère de l'Économie se saisisse le plus souvent du dispositif transactionnel sur la base d'éléments d'enquête réunis par ses propres services, l'Autorité de la concurrence – qui est l'autorité délégante – est informée à différents stades du processus et peut toujours décider de reprendre la procédure en main ; ce qui équivaudrait à une forme de contrôle, voire d'autorisation implicite.

Néanmoins, à un stade ultérieur, le principe[2] en matière pénale est que l'autorité judiciaire intervienne pour validation de l'accord transactionnel ou de la composition et que les personnes concernées disposent d'un droit de rétractation ; éléments dont on ne peut trouver d'équivalent en matière de micro-PAC. C'est justement à cette lacune que les présents développements tentent d'apporter une solution. L'Autorité de la concurrence ne valide, ni n'homologue *a priori* aucune mesure proposée par la DGCCRF et, surtout, il n'est pas prévu que l'autorité judiciaire le fasse davantage. Certes, la transaction pénale maintenue en droit de la concurrence ne donne pas, non plus, lieu à un contrôle systématique de l'autorité judiciaire[3]. Mais il est délicat d'assimiler le dispositif envisagé à ce qui a pu constituer le « droit commun » de la transaction pénale[4] en se référant à cette transaction spécifique dérogatoire qui est, de surcroît, elle aussi prévue par le Code de commerce en droit de la concurrence. Cette spécificité du processus de transaction mené par la DGCCRF empêche donc, cette fois-ci, l'analogie.

164. Analogie avec les alternatives au procès. Envisageons la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) qui constitue une modalité négociée de mise en œuvre de ces poursuites[5]. Cette fois-ci, la négociation intervient, non plus au stade de l'engagement des poursuites mais à celui de la procédure susceptible de conduire au prononcé d'une peine. En matière délictuelle, sauf pour certains délits exclus de cette procédure, le procureur de la République peut proposer au mis en cause, nécessairement assisté de son avocat,

[1] Elle pourrait être complétée par d'autres éléments : droit à l'assistance d'un avocat, parfois mesure de publicité privilégiée au détriment de l'inscription au casier judiciaire (par ex. pour la transaction sur l'action publique) etc.
[2] Sauf, en matière de composition pénale, lorsque l'amende proposée est inférieure à 3 000€, v. art. 21-2 CPP.
[3] V. art. L. 490-5 et R. 490-9 et -10 C. com. Un accord du procureur de la République est néanmoins toujours exigé.
[4] Qui résultait de l'art. 41-1-1 du CPP, lequel prévoyait bien une homologation judiciaire obligatoire.
[5] Art. 495-7 et s. CPP.

d'exécuter une ou plusieurs peines (principalement d'amende ou d'emprisonnement inférieur à 3 ans).

Le caractère négocié du processus invitait également à l'analogie ; néanmoins les différences sont ici encore nombreuses avec le dispositif relatif aux micro-PAC. En premier lieu, la CRPC implique que la personne soupçonnée ait préalablement reconnu sa culpabilité, ce qui n'est pas exigé en matière de micro-PAC où l'acceptation des mesures proposées ne semble pas valoir reconnaissance de culpabilité[1]. Par ailleurs, le montant maximum de l'amende encourue dans le cadre de la CRPC est celui prévu par la loi, sans aucun plafond supplémentaire alors que l'un des intérêts majeurs de la transaction/injonction en matière de micro-PAC est le plafonnement des sommes qui peuvent être proposées. Enfin, on retrouve l'intervention systématique de l'autorité judiciaire pour homologation en matière de CRPC ; homologation qu'aucune disposition ne prévoit concernant la transaction proposée par la DGCCRF. Tout cela témoigne encore de l'originalité – ou des lacunes – du dispositif à l'étude et rend bien trop fragiles ces tentatives d'analogie. Voyons si d'autres analyses offrent de meilleures pistes.

b. Qualification de transaction et incertitudes quant à la compétence juridictionnelle

165. Coloration conventionnelle des actes de la DGCCRF. Sur le plan matériel, les actes pris par délégation ministérielle en matière de micro-PAC revêtent une nature ou, à tout le moins, une dimension conventionnelle non exclusive de leur vocation répressive. En effet, le « pouvoir de transaction/injonction constitue un accord »[2]. Le champ lexical du droit contractuel n'est pas anodin. En étant plus précis, l'on pourrait dire que les services du ministère formulent une véritable « offre » à l'entreprise concernée dont la validité est enfermée dans un délai légal. L'alinéa 3 de l'article R. 464-9-2 du Code de commerce prévoit ainsi que l'entreprise dispose d'un délai d'un mois pour « l'accepter ». En l'absence d'acceptation, l'offre devient caduque et la procédure doit suivre une autre voie ; la somme proposée à titre de transaction ou les injonctions communiquées resteront sans effet. Offre avec délai, acceptation, caducité…la dimension conventionnelle est prégnante. Dans une étude générale consacrée à la transaction administrative, un auteur a parlé d'un « contrat d'adhésion, dont les clauses ne sont déterminées que par l'Administration mais qui régit pourtant « les rapports de ceux dont les volontés se sont

[1] V. A. MARIE, article précité, « Les textes ne précisent pas que l'acceptation des mesures […] équivaut à une reconnaissance de l'infraction. Cela paraît en effet inutile. Il va de soi que l'entreprise qui estimerait que l'infraction n'est pas constituée refusera les mesures décidées par la DGCCRF ». En l'absence de précision dans les textes et au regard de la solution retenue en cas de non-contestation des griefs (transaction) devant l'Autorité de la concurrence, il semble qu'un avis plus nuancé soit permis ; v. d'ailleurs : C. VILMART, « LME : la réforme en voie d'achèvement (…) », précité. L'acceptation des mesures ne devrait pas valoir reconnaissance de culpabilité.
[2] A. MARIE, « Pratiques anticoncurrentielles de dimension locale », précité, n° 91.

rencontrées » »[1] ; ce qui conforte l'analyse. Explorons plus avant cette piste qui appelle quelques déclinaisons.

166. Déclinaisons. Les injonctions et transactions proposées par la DGCCRF sont hybrides à plusieurs égards et, de ce fait, délicates à classer dans un régime civiliste ou de droit public. Par conséquent, une fois écartée la piste de l'analogie avec les dispositifs répressifs, il nous reste à envisager celles du rattachement à la transaction civile ou à la transaction administrative.

À ce titre, nous verrons qu'une première analyse conduit à écarter la première de ces qualifications au profit de la seconde (i). Néanmoins, l'affinement de l'analyse, nécessaire à l'identification du juge compétent pour connaître du recours envisagé, brouille les pistes et conduit à une profonde incertitude (ii).

i. Exclusion, à première analyse, de la qualification de transaction civile

167. Injonction/transaction et transaction civile. On pourrait être tenté par un rapprochement avec la transaction prévue par le Code civil[2], définie comme le contrat par lequel des parties mettent fin à une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Néanmoins cette transaction ne porte que sur des intérêts privés dont les parties ont la libre disposition et doit comporter des concessions réciproques[3]. Elle est l'aboutissement d'un processus alternatif et consensuel (conciliation, médiation) qui n'a d'effet qu'entre les parties et n'empêche pas les poursuites du ministère public[4]. Il en résulte que la transaction civile a pour seul objet de résoudre par l'amiable et de manière extra-judiciaire un litige qui existe entre plusieurs personnes[5] ; cette résolution devant passer par une renonciation de chaque protagoniste à certains de ses droits, à commencer par le droit d'action. Elle ne peut en principe intervenir dans des matières relevant de l'ordre public[6], dont fait expressément partie le droit de la concurrence, et n'a donc pas vocation à revêtir une quelconque dimension répressive.

Par son objet spécifique, la transaction organisée par la DGCCRF se démarque donc de la transaction civile. Cette première analyse conduit à écarter cette qualification au profit de celle de transaction administrative dont il convient de dire quelques mots.

---

[1] G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA,* 2000, p. 548, qui cite R. CHAPUS, *Droit administratif général,* Montchrestien, 12e éd., 1998, n° 656.
[2] Art. 2044 et s. C. civ.
[3] Cette condition a été ajoutée dans la définition même de la transaction contenue dans l'art. 2044 C. civ. par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle.*
[4] Art. 2046 C. civ. al. 2.
[5] D'ailleurs publiques ou privées. V. *infra.*
[6] V. X. LAGARDE, « Transaction et ordre public », *D.,* 2000, p. 217.

168. Injonction/transaction et transaction administrative. Le récent Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) a consacré, en son article L. 423-1, l'existence d'une transaction administrative. Le rapprochement en est d'autant plus tentant. Des éléments font néanmoins douter de ce que la transaction étudiée puisse être assimilée à cette transaction administrative. En premier lieu, l'article L. 423-1 du CRPA renvoie expressément à l'article 2044 du Code civil ; les réserves que nous venons de formuler au sujet de la transaction civile sont donc transposables. De plus, la procédure organisée par les articles L. 432-2 et suivants du CRPA ne semble pas applicable à la transaction proposée par la DGCCRF[1]. Si le régime de la seconde diffère de celui de la première, il est douteux de les assimiler l'une à l'autre.

Toutefois, le CRPA n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence de régime spécifique[2]. Il peut exister d'autres transactions administratives soumises à un régime différent, lesquelles peuvent d'ailleurs revêtir une dimension répressive[3]. Il n'est pas à exclure que la procédure de transaction menée par la DGCCRF en fasse partie. Notons par ailleurs qu'à la différence de la transaction civile, la validité de la transaction administrative n'est pas subordonnée à des concessions réciproques autres que la « concession procédurale » que constitue la renonciation au droit d'agir[4]. Sans être certaine, cette qualification paraît plus appropriée. C'est compter sans la poursuite de l'analyse, rendue nécessaire par notre quête de l'identification du juge compétent au stade du recours, qui vient encore brouiller les pistes.

ii. Incertitude issue de l'analyse menée en vue de l'identification du juge compétent

169. Transaction et recours juridictionnel : levée des confusions. La chose est certaine : la transaction, civile comme administrative, empêche par principe tout recours ultérieur à un juge ; c'est d'ailleurs son objet principal[5]. La renonciation concerne néanmoins le seul litige que le processus transactionnel avait pour objet de résoudre. Le recours juridictionnel demeure envisageable pour contester la validité dudit processus ou de son résultat[6] ou pour en demander

[1] Par exemple, il n'est nulle part question de solliciter l'avis d'un quelconque comité comme l'envisagent les art. L. 432-2 et L. 432-4 et s. du CRPA. Rien de tout cela n'est repris par les dispositions du Code de commerce or l'art. L. 100-1, al. 1er CRPA dispose : « le présent code régit les relations entre le public et l'administration *en l'absence de dispositions spéciales applicables* » (nous soulignons).

[2] V. l'étude général de T. BOUSSARIE, *La codification de la procédure administrative,* Mare & Martin, 2021.

[3] Que l'on songe à la transaction applicable à la matière fiscale, prévue par l'art. art. L. 247, 3° LPF et que la doctrine fiscale qualifie expressément de transaction en procédant par renvoi à l'article 2044 C. civ. V. BOI-CTX-GCX-10-20120912.

[4] G. CHAVRIER, article précité : « la transaction procédurale pourrait donc être considérée comme suffisante pour autoriser une transaction ».

[5] Art. 2052 al. 1er C. civ. : « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ».

[6] En droit civil, la transaction est avant tout un contrat ; lui sont à ce titre appliquées les conditions de validité du contrat et les conséquences de leur méconnaissance. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, il n'existe plus aucune disposition spécifique à la

l'homologation. Les modalités d'exercice et de traitement de ces deux types de recours seront envisagées au titre suivant. Nous nous en tiendrons à ce stade à la recherche du juge devant lequel ils doivent être formés.

170. Incertitudes quant à la détermination du juge compétent sur recours. La qualification retenue – transaction civile ou administrative – ne dit rien, à elle seule, du juge auquel devra revenir la compétence pour connaître du recours dont l'acte pourrait faire l'objet. La question est complexe. Le Conseil d'État, par un avis rendu en 2002[1], avait jugé que le juge administratif était compétent pour connaître de la demande d'homologation d'une transaction lorsqu'elle a « pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente ». Expressément saisi de la question en 2007[2], le Tribunal des conflits a jugé, par un considérant de principe en trois temps dont la rédaction a pu paraître « surprenante »[3], « que la transaction conclue par une personne morale de droit public, est, en principe, un contrat de nature civile, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public ; que, sous cette réserve, l'homologation de la transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire, hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif ».

Ainsi, la transaction serait un contrat civil sauf à ce qu'elle soit le support de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ou aboutisse à la participation du cocontractant à une mission de service public. Dans notre cas, la seconde hypothèse doit être écartée. La première pourrait être retenue : bien que la formule résulte « très probablement d'une maladresse de plume »[4], le prononcé (ou « la proposition ») d'une somme assimilable à une amende et/ou d'une injonction par la DGCCRF pourrait relever de clauses exorbitantes[5] et/ou de l'exercice

validité des transactions, c'est donc le droit commun qui s'applique. V. M. REVERCHON-BILLOT, *v°* « Transaction – Le régime de la transaction », *Rép. proc. civ.,* 2018 (actualisation décembre 2019), n° 75 et s.
En droit administratif, le droit positif est similaire, bien que certaines spécificités tiennent à la présence d'une personne publique et aux considérations d'intérêt général qui peuvent dépendre des transactions passées. V. A.-L. PONSARD, *La transaction administrative,* thèse Paris 10, 2015, spéc. Partie 2, Titre II, Chap. 1, p. 455 et s.

[1] CE, avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercomm. des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses,* n° 249153.

[2] TC, 18 juin 2007, *Sté Briançon Bus C/ Commune de Briançon,* n° 3600.

[3] F. MELLERAY, « La répartition des compétences juridictionnelles en matière de transactions conclues par une personne publique », *DA,* n° 11, novembre 2007, comm. 156. V. aussi, sur les évolutions ayant conduit à cette solution : A.-L. PONSARD, thèse précitée, p. 92-101.

[4] F. MELLERAY, article précité, qui explique que la formule adéquate aurait été celle visant la présence de clauses exorbitantes qui constitue l'un des critères classiques de qualification du contrat administratif.

[5] Si l'on retient la proposition de M. Melleray, la transaction pourrait devenir administrative dès lors qu'y seraient insérées des clauses exorbitantes. Sur cette question, un auteur a noté que la présence de telles clauses « serait

de prérogatives de puissance publique. Elle ferait de la transaction une convention administrative dont seul le juge administratif pourrait connaître sur recours.

Mais c'est omettre le troisième temps du raisonnement, auquel des commentateurs ont pu donner une place centrale et duquel il résulte que le caractère civil de la transaction et la compétence judiciaire qui en découle ne connaissent d'exception que lorsqu'il est « manifeste que les différends » qui en font l'objet « ressortissent principalement à la compétence du juge administratif ». La nature de la transaction et les conséquences qui en découlent sur le terrain de la compétence juridictionnelle doivent donc dépendre de la nature du litige « qu'elle prévient ou auquel elle met fin »[1], laquelle est déduite du juge qui aurait été compétent pour en connaître. Si, dans bien des situations, « ce troisième temps du raisonnement vide le principe du caractère judiciaire de la compétence en matière de transaction d'à peu près tout son sens »[2], il n'en va pas ainsi dans notre matière. Le « différend » que la transaction mise en œuvre par la DGCCRF a pour objet de régler devrait se dérouler devant l'Autorité de la concurrence et en cas de recours…devant la Cour d'appel de Paris, juridiction judiciaire. On retrouve la dissociation entre la compétence et le fond qui caractérise notre matière et elle est de nouveau source de difficultés : faut-il tenir compte de la nature du litige ou du juge qui aurait été compétent en l'absence de transaction ? Faut-il accepter de faire découler la nature de cette transaction de la compétence du juge qui aurait dû connaître du litige que le processus avait vocation à éteindre ? Même dans notre matière, où cette compétence est fortement dérogatoire ? Dans l'affirmative, le juge judiciaire (mais lequel ?) serait compétent au stade du recours.

Les choses ne sont pas claires : la demande d'homologation ou les litiges qui naissent de la transaction convenue avec les services de la DGCCRF doivent-ils relever de la compétence du juge administratif en application du premier temps du raisonnement (en ce qu'elle est le support de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et/ou comporte des clauses exorbitantes) ou de celle du juge judiciaire en application du troisième ? La solution doit-elle s'appliquer à la transaction et aux injonctions ? À la première seulement ? Ces incertitudes conduisent, du fait de la prudence qu'implique la démarche de description objective du droit positif entreprise dans ce premier temps de notre recherche, à envisager une dernière hypothèse.

---

contraire à l'esprit et à l'objet de la transaction, qui repose sur l'accord des parties » tout en convenant qu'il « n'est pas certain que la présence de celles-ci exclue la qualification transactionnelle dès lors que, par ailleurs, l'Administration aurait consenti des concessions », G. CHAVRIER, article précité.

[1] Solution déjà préconisée par J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1.

[2] F. MELLERAY, article précité.

c. Qualification de décision administrative et inopportune compétence administrative

171. Analyse subsidiaire. L'analyse matérielle des actes envisagés n'a pas permis d'apporter de solution certaine à la problématique traitée. Par prudence, nous envisagerons donc une analyse organique détachée de la qualification de transaction ; bien conscient qu'elle pourrait paraître inopportune pour régler la question de la compétence juridictionnelle dans un champ où la volonté initiale avait justement été de dépasser ces considérations pour confier une compétence élargie aux juridictions judiciaires. Faute de mieux, il convient d'y procéder.

172. L'acte décisoire d'une administration. Les injonctions et transactions étudiées, en ce qu'elles sont proposées aux entreprises contrevenantes par les services du ministère de l'Économie, répondent au critère organique de l'acte administratif. La contestation de leur légalité doit à ce titre relever, en principe, de la compétence du juge administratif qui n'admettra la recevabilité du recours qu'à condition qu'elles présentent un caractère « décisoire »[1]. Il doit ainsi s'agir d'actes unilatéraux produisant des effets à l'égard de personnes qui n'ont pas participé à leur édiction – cette condition paraît réunie, le processus ne comportant pas de phase de négociation du contenu de la proposition – et qui n'y ont pas consenti. Cette dernière condition est plus problématique, mais l'exclusion de la qualification de contrat administratif[2] permet de les classer, par défaut, dans cette catégorie des actes unilatéraux. Il a d'ailleurs été soutenu, en matière fiscale, que la transaction était un « acte unilatéral particulièrement discrétionnaire »[3] et il n'est pas exclu qu'elle puisse être intégrée à la conception large des sanctions administratives proposée par certains[4].

En outre, l'acte décisoire doit « faire grief », autrement dit « affecte[r] de manière suffisamment immédiate ou grave des situations juridiques […] pour être regardé par le juge administratif comme devant être susceptible de recours »[5]. L'analogie avec l'appréciation faite de cette condition en matière de mise en demeure – laquelle constitue d'ailleurs une forme d'injonction[6]

---

[1] V. M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif,* Dalloz, 6e éd., 2021, n° 647 et s.
[2] Qui s'impose ici dès lors que l'on écarte l'hypothèse de la qualification de transaction.
[3] J.-C. RICCI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1977, p. 332.
[4] M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, LGDJ, 2014, p. 13 : « sera étudiée la répression administrative *lato sensu* c'est-à-dire entendue comme répression non pénale » ; toute mesure répressive qui ne donne pas lieu à intervention du juge pénal est incluse à la sanction administrative. Nous pensons que les injonctions ici étudiées peuvent parfaitement s'y inscrire.
[5] M. GUYOMAR, B. SEILLER, ouvrage précité, n° 673.
[6] M. GUYOMAR, B. SEILLER, ouvrage précité, n° 683 : « une mise en demeure consiste, pour une autorité administrative, à enjoindre à une personne de se conformer à une obligation en procédant à une opération ou, au contraire, en cessant une opération en cours […]. Le juge n'accorde la qualité de décision faisant grief qu'à celles dont il estime qu'elles affectent de façon suffisamment grave ou immédiate la situation de l'intéressé ».

– permet d'avancer que la décision d'injonction/transaction prise au nom du ministre remplira, le plus souvent, ces conditions de recevabilité relatives à l'acte objet d'un recours.

173. Inopportune compétence du juge administratif. Si l'on retient cette qualification, elle doit donner lieu à l'ouverture d'un recours contre l'acte (de transaction et/ou d'injonction ; à moins qu'il ne faille distinguer les deux, ce qui aggraverait encore le risque d'éclatement du contentieux[1]). Ce recours relèverait, en l'absence de dérogation prévue, de la compétence du juge administratif. Outre la différence de traitement que cela opèrerait entre les « grosses » entreprises, auteurs « d'importantes » pratiques anticoncurrentielles et les petites et moyennes entreprises, auteurs de « micro » pratiques[2] ; ce serait une atteinte supplémentaire portée au projet d'unification de la compétence juridictionnelle en matière de concurrence.

174. Abstention problématique du législateur. Concernant le recours ouvert contre les actes adoptés au terme de la procédure dérogatoire applicable aux micro-PAC, c'est ainsi par son abstention que le législateur crée de profondes incertitudes et accroît encore le risque d'éclatement du contentieux de la concurrence. Le même constat peut encore être fait à l'observation d'autres champs nouveaux du droit de la concurrence.

§ II – Les manquements aux règles du titre IV donnant lieu à sanction administrative

175. Sanctions et recours. Les développements à venir ont pour objet les recours susceptibles d'être exercés contre les sanctions prononcées en répression des manquements aux dispositions des chapitres I et III du Titre IV du Livre IV du Code de commerce relatifs à la transparence commerciale. À ce stade de l'étude, l'objectif principal reste d'identifier le juge compétent pour connaître de ces recours. Au préalable, il conviendra néanmoins de procéder à quelques rappels

[1] Les textes du Code de commerce visent les injonctions et la transaction comme un ensemble sans distinguer les deux, mais les analyses matérielle et organique du dispositif interrogent sur leur parfaite communauté de nature et de régime. Dans un autre champ, il a été admis qu'une transaction conclue par une personne publique puisse comporter la somme que l'auteur de l'infraction doit à l'autorité administrative et « s'il y a lieu, les obligations tendant à faire cesser l'infraction ou à éviter son renouvellement » (CA Rennes, 16 février 1993 *Thomas c/ Ministère public et autres*, *JCP N*, 1994, 100585, comm. B. LE PAGE ; l'arrêt fait application de l'ancien art. R. 238-2 du Code rural et de la pêche maritime qui prévoyait ce contenu de la transaction). Un auteur qualifie les clauses instaurant de telles obligations de « clauses règlementaires » qui « relèvent incontestablement du pouvoir de police et de règlementation unilatérale de la puissance publique » et qui seraient à ce titre « hors transaction » (G. CHAVRIER, article précité). Ainsi, quand bien même « transaction » et « injonction » seraient dans le même temps « proposées » par la DGCCRF, il conviendrait d'en distinguer la nature et le régime. La qualification distincte des sommes proposées à titre de transaction et des injonctions, bien qu'inopportune du point de vue de l'organisation du recours, n'est donc pas totalement à exclure.

[2] Déjà relevée par C. VILMART, article précité. On peut aussi s'interroger sur la rupture d'égalité qui existerait entre deux entreprises auteurs de micro-PAC dont l'une se verrait proposer la procédure alternative alors que l'autre se verrait engager dans une procédure classique devant l'Autorité de la concurrence.

relatifs aux évolutions substantielles dont a fait l'objet cette branche du droit de la concurrence, lesquelles justifient que nous l'envisagions au rang des « champs nouveaux »[1].

À la faveur d'un mouvement de dépénalisation progressive, la sanction des manquements aux prescriptions posées par les dispositions à l'étude a été confiée aux autorités du pôle gouvernemental. Après avoir brièvement évoqué ce processus puis fait état du régime qu'organise le droit posif (A), il conviendra de s'intéresser aux recours dont sont susceptibles de faire l'objet les sanctions prononcées sur son fondement et de rechercher le juge compétent pour en connaître. Cet examen sera l'occasion de constater qu'une nouvelle fois, faute de disposition spécifique, ce champ du contentieux de la concurrence est abandonné au droit commun dont l'application conduit à retenir la compétence du juge administratif. Solution qui, à bien des égards, paraît inopportune (B).

A. Les sanctions prononcées par le pouvoir exécutif

176. Le titre IV du livre IV du Code de commerce a été marqué, ces dernières années, par un mouvement de dépénalisation (1). Ce mouvement a abouti à ce que les manquements aux obligations posées par les textes qui le composent soient sanctionnés par des amendes administratives dont le prononcé relève, au sein du pôle gouvernemental, de la DGCCRF (2).

1. La dépénalisation du titre IV du livre IV du Code de commerce

177. Objectifs, résultats, critiques. Le droit positif encadrant les sanctions à l'étude résulte d'un processus de dépénalisation de la matière (a) qui a poursuivi des objectifs déterminés et dont les résultats sont variablement appréciés par la doctrine et les praticiens (b).

a. Le processus continu de dépénalisation

178. Un objectif de la réforme globale de l'économie française. La sanction pénale a constitué l'outil privilégié du législateur français en matière de droit de la concurrence dès le XIXe siècle[2]. L'ordonnance du 1er décembre 1986 poursuivait, parmi de nombreux objectifs, celui de dépénaliser le droit des pratiques anticoncurrentielles au sens large[3]. Les dirigeants des

[1] Sur le choix d'intégrer ces dispositions du Code de commerce au champ de l'étude, v. *supra*, n° 31.

[2] G. CANIVET, F. JENNY (dir.), rapport précité, p. 68 : « Depuis le XIXe siècle, la sanction pénale fut la seule sanction du droit français de la concurrence ».

[3] Le mouvement concerne également la plupart des pratiques restrictives de concurrence. V. sur cela : J.-M. MOUSSERON et V. SELINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence,* Litec, 2e éd., 1988, n° 139.
L'article 11 de l'Ordonnance a néanmoins maintenu la répression pénale à l'encontre de celui qui a joué un rôle actif dans la mise en place d'une entente ou d'un abus de position dominante ; v. l'actuel art. L. 420-6 C. com. al. 1er : « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne

personnes morales qui se contentent de participer à de telles pratiques ne sont plus susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales[1]. Malgré le maintien de dispositions répressives dans l'Ordonnance, la volonté affichée de dépénaliser la matière est maintenue, dix années plus tard, dans la communication faite autour de l'adoption de la loi « Galland » du 1er juillet 1996[2] modifiant certaines dispositions du texte de 1986. Si certains observateurs font état d'un mouvement de « repénalisation » qu'aurait récemment initié l'Autorité de la concurrence, notamment en matière d'ententes[3], son ampleur ne saurait, pour l'heure, renverser la tendance.

179. Deuxième vague de dépénalisation : les délais de paiement… La deuxième vague remarquée de dépénalisation de l'arsenal législatif encadrant la concurrence est celle qui a concerné, en 2014, la méconnaissance des dispositions encadrant les délais de paiement.

L'Ordonnance de 1986, telle que modifiée par une loi du 31 décembre1992[4], fixait (art. 33 et 35) des délais de paiement applicables à toutes relations commerciales et imposait des mentions obligatoires relatives aux modifications conventionnelles de ces délais légaux et aux pénalités de retard. Le tout était prévu à peine d'amendes pénales d'un montant maximum de 500 000 francs. À la suite de la publication d'une directive communautaire relative aux délais de paiement au début de l'été 2000[5], le législateur français a complété et renforcé le dispositif à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi « NRE » du 15 mai 2001[6]. Puis, face au constat d'une durée moyenne de paiement plus élevée que dans les autres pays européens, la loi « LME » du 4 août 2008[7] a réduit les délais légaux et a maintenu le principe d'une amende pénale en cas d'inobservation ; le plafond de l'amende encourue étant alors de 75 000€[8].

---

physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre (…) » de telles pratiques.

[1] Ce qui est aujourd'hui regretté par certains, qui proposent un retour à davantage de responsabilité pénale des dirigeants, v. G. CANIVET, F. JENNY (dir.), rapport précité, n° 110-115 p. 68 et s. et les propositions faites.

[2] Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 *sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* sur laquelle v. J.-C. FOURGOUX, J.-L. FOURGOUX, « La réforme de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence. La loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 : addition ou soustraction ? », *JCP E,* 1996, 601 (commentaire amère de la réforme et des modalités de son adoption) et M. MALAURIE-VIGNAL, « Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1er juillet 1996 », *D.*,1996, p. 361.

[3] R. SAINT-ESTEBEN, « Une repénalisation du droit de la concurrence ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du Code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Concurrences,* n° 2-2019, art. n° 90001. Un autre auteur relève que « contrairement à ce que pourrait laisser croire une utilisation osée de la voie pénale en matière d'enquête, l'heure n'est certainement pas à la *repénalisation* du droit de la concurrence » (L. IDOT, « Les évolutions du droit antitrust : plus d'administratif au service de plus de répresif », *Gaz. Pal.,* 2022, n° 11, p. 69).

[4] Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 *relative aux délais de paiement entre les entreprises*.

[5] Directive n° 2000/35 du 29 juin 2000 sur laquelle v. G. LARDEUX, « La lutte contre le retard de paiement dans les relations commerciales », *CCC,* 2000*,* n° 7, juillet 2000, chron. 12.

[6] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles régulations économique*s.

[7] Loi n° 2008-778 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie* (modifie les art. L. 441-6 et L. 443-1 C.com.).

[8] V. ancien art. L. 443-6 C. com.

C'est sur ce plan qu'a été engagée cette nouvelle vague de dépénalisation du titre IV, non sans certaines maladresses : la loi Hamon[1] entendait remplacer ces sanctions pénales par des amendes administratives. Cependant – « oubli »[2] pour les uns, volonté politique pour les autres[3] – était maintenue une amende pénale d'un montant de 15 000€ pour les personnes physiques et de 75 000€ pour les personnes morales pour certaines pratiques. Il en résultait que des faits similaires pouvaient faire l'objet, selon le texte applicable, d'une sanction pénale ou d'une amende administrative d'un montant très supérieur. Saisi du projet de loi, le Conseil constitutionnel en a censuré les dispositions prévoyant une amende administrative plus lourde en se fondant sur le principe d'égalité devant la loi[4]. La voie administrative a finalement été généralisée et « l'erreur » rectifiée par la loi du 18 juin 2014[5] . Dorénavant, la seule sanction prévue est l'amende administrative. En la matière, l'objectif de dépénalisation est atteint[6].

180. …les règles de facturation. L'Ordonnance de 1986 (art. 31 et s.) avait déjà fait de la facture un outil central de son dispositif en lui faisant jouer un rôle de témoin du respect d'un certain nombre de règles qu'elle contenait. Elle constitue, en pratique, un mode de preuve privilégié de certaines pratiques prohibées[7]. Les deux éléments qui ont principalement occupé le législateur sont le contenu de cette facture et les modalités de sa communication[8]. Les obligations se multipliant et le droit applicable se complexifiant à son sujet[9], certains ont parlé de l'apparition d'une « science de la facturologie »[10].

C'est à l'article L. 441-3 du Code de commerce que figuraient ces obligations relatives à la facturation. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019, l'article L. 441-4 du

---

[1] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation.*
[2] L. VOGEL, *Droit de la concurrence – Droit français,* précité, n° 167.
[3] C. MARÉCHAL, « Le volet « concurrence » de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCC,* n° 5, mai 2014, p. 22.
[4] Cons. const., décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014.
[5] Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 *relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.*
[6] Pour une étude complète de cette loi sur ce thème v. V. VALETTE-ERCOLE, « Vadémécum de la loi n° 2014-344 du 16 mars 2014 : entre dépénalisation et pénalisation », *Droit pénal*, 2014, n° 6, étude 13.
[7] V. J. SIMON, « Les nouvelles orientations du droit français de la concurrence : la lutte contre les pratiques déloyales », *Dalloz aff.* 1997, p. 652 et s. et les propos rapportés par l'auteur.
[8] V. la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 précitée qui poursuivait un objectif d'assouplissement concernant les mentions relatives aux ristournes et remises diverses ; v. déjà la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 précitée qui a ajouté des mentions obligatoires relatives aux conditions de règlement.
[9] La facture doit aujourd'hui comporter des mentions relatives au prix et aux réductions de prix ainsi qu'aux conditions de règlement, des mentions relatives aux parties, à la date de la vente et aux biens ou services rendus. Par ailleurs, elle est soumise à un régime strict de délivrance – ou de réclamation par le distributeur – et de conservation ; ces règles répondant également à des impératifs fiscaux. Pour une présentation complète v. P. ARHEL, « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », *Rép. com.*, janvier 2022, n° 10 et s.
[10] J.-J. MOUSSERON, « Une nouvelle science : la facturologie », *CDE*, 1988, IV, p. 3 ; pour nuancer la critique et soutenir que le régime juridique de la facture est plus clair qu'il n'y paraît et surtout indispensable, un agent de la DGCCRF a rédigé une réplique : N. RENAUDIN, « La « facturologie », une science à la portée de tous », *Rev. conc. consom*., n° 81, septembre-octobre 1994, p. 33.

même Code prévoyait que la méconnaissance de ces règles était sanctionnée par une amende pénale d'un montant de 75 000€, ce montant pouvant être porté à 50% de la somme qui a été ou qui aurait dû être facturée et pouvait être assortie d'une peine complémentaire d'exclusion des marchés publics pour cinq ans maximum[1]. La répression pénale et la compétence des juridictions correctionnelles occupaient encore du terrain jusqu'à un passé très récent.

L'ordonnance du 24 avril 2019[2], adoptée sur habilitation donnée au Gouvernement par la loi « *Egalim* »[3], a parachevé le mouvement de dépénalisation. Désormais, au sein même de la disposition consacrée aux règles de facturation, est prévue une amende administrative d'un montant de 75 000€ pour les personnes physiques et 375 000€ pour les personnes morales[4]. La dimension pénale du dispositif est écartée, de même que la faculté de fixer le montant de l'amende à 50% de la somme facturée – ou qui aurait dû l'être – et la peine complémentaire d'exclusion des marchés publics. Quels objectifs étaient alors poursuivis ?

b. Objectifs et appréciations du mouvement de dépénalisation

181. Objectifs d'effectivité et d'efficacité. Les objectifs du mouvement de dépénalisation sont multiples. On songe d'abord à des objectifs d'ordre quasi-symbolique : faire reculer la répression pénale dans le champ du droit des affaires peut favoriser l'initiative économique, voire l'attractivité internationale du système français.

Du point de vue des pouvoirs publics, ce sont les objectifs d'effectivité et d'efficacité qui semblent avoir motivé ce processus. Face aux lourdeurs qu'impose la mise en œuvre des principes du droit pénal – concernant, notamment, les éléments constitutifs des infractions[5] – et de la procédure pénale – à commencer par le déclenchement de l'action publique – et au constat du faible nombre de décisions rendues en la matière[6], la voie administrative a paru plus souple

[1] Art. L. 441-5 C. com. ancien.
[2] Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 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.*
[3] 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*, art. 17 pour l'habilitation ici concernée.
[4] Art. L. 441-9 II C. com.
[5] Bien que l'élément moral ait fait l'objet d'une appréciation souple en jurisprudence, la simple négligence étant suffisante, sans que ne soit exigée la démonstration d'une violation délibérée de la loi (v. TGI Coutances, 20 décembre 1994, *BID*, 1996, n° 2, p. 33). En revanche, la démonstration de l'imputabilité au prévenu d'une infraction dont la matérialité est établie était exigée (v. CA Paris, 4 février 1992, *Gaz. Pal.*, 1992, 1, 304).
[6] Concernant les règles de facturation, en 2017, à la suite des 152 procès-verbaux établis par la DGCCRF, seules 45 décisions ont été prononcées par les juridictions pénales pour un montant global d'environ 600 000€ d'amende (v. DGCCRF*, Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2017*, p. 9). En 2018, sur 132 procès-verbaux établis par la DGCCRF, 17 jugements et arrêts ont été rendus en la matière ; le montant global des amendes prononcées est de 342 000€ (v. DGCCRF*, Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2018,* p. 11). La plupart des procès-verbaux ont donné lieu à transaction.

et efficace. Les résultats auxquels a abouti la dépénalisation du régime des délais de paiement laissent en effet peu de place au doute de ce point de vue[1].

Sur le plan de la cohérence juridique enfin, une fois le régime des délais de paiement dépénalisé, il était indispensable que les règles de facturation – qui poursuivent des objectifs communs – suivent le mouvement afin que la poursuite des manquements à toutes ces règles relève d'un régime similaire et d'une même autorité.

182. Réception mitigée. La dépénalisation peut être saluée en ce qu'elle permet de lutter plus efficacement contre des pratiques néfastes à une libre concurrence. Néanmoins, à rebours de la communication ministérielle[2], les commentaires acerbes de la doctrine sont nombreux ; non en raison de cette dépénalisation en tant que telle[3], mais en ce qu'elle s'est accompagnée d'une hausse considérable des sanctions encourues et des pouvoirs conférés à l'administration sans que les garanties procédurales ou le contrôle juridictionnel ne soient, eux, renforcés[4]. C'est ainsi la perte de garanties procédurales qui inquiète[5] ; notamment au regard des importants pouvoirs dont dispose aujourd'hui la DGCCRF.

2. Les pouvoirs répressifs attribués à la DGCCRF

183. Régime. La dépénalisation de la matière a conduit à un accroissement des compétences confiées au pôle ministériel : après en avoir étudié le champ (a), nous identifierons les mesures

---

[1] Le bilan concernant les délais de paiement est sans appel : en 2012, avant la dépénalisation, seuls 10 jugements avaient été rendus en la matière pour un montant global d'amende de 55 000€. En 2017, 230 procédures d'amende administrative ont été engagées pour un montant global de 14,7 M€ (8,6 M€ d'amendes notifiées et 6,1 M€ d'amendes encourues dans le cadre de procédures en cours) ; en 2018 377 procédures ont été engagées pour un montant d'amendes global de 29,1 M€ (17,2 M€ d'amendes notifiées et 11,9 M€ d'amendes encourues). Cette hausse s'explique néanmoins également par la volonté de la DGCCRF de faire du respect des délais de paiement une priorité : v. par ex. DGCCRF, *Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2017*, p. 10 et *Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2018,* p. 12).

[2] V. par ex. DGCCRF, Note d'information nº 2014-185 du 22 octobre 2014, *relative à l'application des dispositions de la loi relative à la consommation modifiant le livre IV du code de commerce sur les pratiques commerciales restrictives de concurrence.*

[3] Quoi que certains aient pu émettre des critiques à l'égard de son principe même, v. D. BLANC, « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ Pénal,* 2008, p. 69.

[4] V. J.-D. BRETZNER, M. BENDAVID, « Analyse critique des dispositions relatives aux sanctions administratives », *AJCA*, avril 2014, p. 19 ; J.-L. LESQUINS, D. DELESALLE, F. VAN CAUWELAERT, « Observations sur la réforme du dispositif de sanction en cas de non-respect des règles relatives aux délais de paiement et à la convention unique », *RLC*, n° 2014/39, p. 149 ; V. VALETTE-ERCOLE, « Vademecum de la loi n° 2014-344 du 16 mars 2014 : entre dépénalisation et pénalisation », *Droit pénal*, 2014, n° 6, étude 13 ; M.-C. MITCHELL, P. FOURNIER, « Les pratiques restrictives dans la loi Hamon : Clarification et simplification ou complexification et aggravation des sanctions ? », *CCC*, mai 2015, étude 6 ; J.-C. GRALL, T. BUSSONNIÈRE, « Les sanctions administratives en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives : premier bilan et perspectives », *RLC*, n° 2016/53, n° 3031 ; M. MICHINEAU, « La facturation », *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 90892. V. aussi : INFOREG, « Non-respect des délais de paiement dans les relations entre professionnels : durcissement des sanctions », *CDE,* n° 6/2014, p. 68.

[5] Pour une analyse détaillée du développement de la répression administrative et de ses dangers, v. déjà M. DELMAS-MARTY, C., TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

qu'elles lui permettent de prendre (b) puis évoquerons quelques craintes dont fait l'objet le cadre procédural de leur mise en œuvre (c).

a. Le champ de compétence de la DGCCRF prévu par le titre IV

184. Manquements concernés. Les manquements qui peuvent donner lieu à la mise en œuvre des sanctions administratives ici étudiées sont ceux qui résultent de toute inexécution des obligations prévues au titre IV du livre IV du Code de commerce.

Il convient toutefois de distinguer deux hypothèses. D'abord, la DGCCRF dispose d'un pouvoir général d'injonction – éventuellement assorti du prononcé d'une astreinte – et d'amende administrative formulé en des termes généraux et qui concerne tout manquement aux dispositions du titre IV[1]. Elle dispose, ensuite, du pouvoir de prononcer les amendes administratives spécifiquement prévues pour certains manquements, soit en toutes matières (chapitre Ier du titre IV du livre IV) soit uniquement lorsque sont concernées des activités relatives à des produits agricoles et denrées alimentaires (chapitre III du même titre).

185. Compétence générale de la DGCCRF. L'article L. 470-2 du Code de commerce dispose que c'est « l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation » qui est compétente pour prononcer les amendes administratives prévues par les dispositions du titre IV. L'article R. 470-2 donne une liste des agents ainsi désignés, liste qui renvoie aux services centraux et décentralisés de la DGCCRF. C'est donc au « bras armé » du ministère de l'Économie qu'est conféré ce pouvoir de sanction, sous le contrôle du ministre qui peut être saisi d'un recours hiérarchique dans ce cadre[2]. Les modalités de mise en œuvre de ses nouveaux pouvoirs par la Direction Générale ont été posées par la loi Hamon et son décret d'application[3] modifiés et complétés depuis[4].

b. Les pouvoirs de la DGCCRF : injonction, astreintes et amende administrative

186. Pouvoir général d'injonction, d'astreinte et d'amende. C'est la loi Hamon, depuis remaniée par ordonnance[5] qui a, la première, consacré un pouvoir général d'injonction aux

[1] L'art. L. 470-1 C. com. vise les « infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV ».
[2] Art. R. 470-2, II C. com. ; sur ce recours hiérarchique, v. *infra.*
[3] Décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014 portant application des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *renforçant les moyens de contrôle de l'autorité administrative chargée de la protection des consommateurs et adaptant le régime des sanctions.*
[4] Notamment par le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 puis par les ordonnances n° 2019-359 du 24 avril 2019 et n° 2019-698 du 3 juillet 2019 et enfin par la loi du 3 décembre 2020 précitée dite « loi DDADUE ».
[5] Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 *relatives aux actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles.* Ces dispositions figurent désormais dans un titre VII du livre IV intitulé « Des injonctions et sanctions administratives ».

agents habilités visés à l'article L. 450-1, II. Ces derniers peuvent « après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite ».

Ce pouvoir d'injonction a, dès l'origine, été assorti d'un pouvoir d'amende conféré à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation[1] qui peut être exercé « lorsque le professionnel concerné n'a pas déféré dans le délai imparti à une injonction qui lui a été notifiée à raison d'une infraction ou d'un manquement passible d'une amende administrative ». L'amende encourue est alors d'un montant maximum de 3 000€ pour les personnes physiques et de 15 000€ pour les personnes morales[2].

L'inobservation des injonctions adressées pour méconnaissance de dispositions sanctionnées par une amende civile ne peuvent, elles, donner lieu au prononcé d'une amende administrative, ce qui interrogeait sur le sort réservé à l'entreprise dans de telles circonstances. L'interrogation fut levée, au moyen d'un nouveau renforcement des prérogatives de la DGCCRF, par la loi DDADUE du 3 décembre 2020 qui octroie à ses agents le pouvoir d'assortir l'injonction notifiée à raison d'un manquement passible d'une amende civile d'une astreinte journalière pouvant aller jusqu'à 0,1% du chiffre d'affaires mondial réalisé au cours du dernier exercice[3]. Le pouvoir général de sanction du ministère est ainsi encore étendu à des matières où seul lui était confié, jusqu'alors, un pouvoir de saisine des juridictions civiles. Un auteur a dénoncé une « longue descente aux enfers »[4]. Nous aurons l'occasion de revenir sur les effets délétères que cette extension produit, notamment sur le terrain du contrôle juridictionnel[5].

187. Amendes administratives propres à certains manquements. Outre ce pouvoir coercitif général, certains comportements prohibés font l'objet d'amendes administratives spécifiques dont le prononcé relève toujours de la compétence de la DGCCRF. Il s'agit de manquements :

-à l'obligation de communiquer à tout acheteur les conditions générales de vente[6] ;

[1] L'art. R. 470-2 C. com. désigne ainsi les différents services de la DGCCRF centraux et locaux.
[2] Art. L. 470-1, II C. com.
[3] Art. L. 470-1, III créé par la loi du 3 décembre 2020 dite « loi DDADUE ».
[4] C. GRIMALDI, « Nouvel article L. 470-1, III du Code de commerce : la longue descente aux enfers du droit de la distribution », *LEDICO,* mars 2021, n° 113t8, p. 4. V. aussi les inquiétudes et critiques de M. BEHAR-TOUCHAIS, « Confier la sanction des pratiques restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », *in Mélanges D. Ferrier,* précité, 2021, p. 33.
[5] V. *infra,* § II de la Section 2 du présent chapitre.
[6] V. art. L. 441-1 C. com. modifié par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.

-à l'obligation de conclure et de rédiger une convention unique entre fournisseur et distributeur ou prestataire de service dans les délais légaux et en y incluant les mentions obligatoires[1] ;

-à l'obligation d'inclure une clause de renégociation dans certains contrats portant sur des produits agricoles et alimentaires[2] ;

-aux règles encadrant l'établissement, le contenu et la communication de la facturation[3] ;

-aux règles relatives aux délais de paiement – légaux ou conventionnels – à leur computation et point de départ ainsi qu'aux mentions relatives aux pénalités de retard[4] ;

-à l'interdiction de bénéficier de ristournes et rabais ou d'une rémunération pour certains services commerciaux, sauf exception, en certaines matières[5] ;

-à l'obligation d'être en mesure de produire un bon de commande ou un contrat lors du transport de certains produits destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France[6].

Le montant maximum des amendes encourues est toujours ventilé selon que l'auteur du manquement est une personne physique ou une personne morale. Pour cette dernière, il est toujours du quintuple de celles encourues par les personnes physiques ; il s'agit là du maintien d'une solution issue du droit pénal[7]. Pour les personnes physiques, ce montant varie entre 15 000€ et 75 000€ et peut être doublé, pour certains manquements, en cas de réitération dans les deux années suivant le prononcé définitif d'une première sanction[8]. Pour les personnes morales, le montant varie entre 75 000€ et 375 000€[9]. Il peut même atteindre, depuis l'entrée en vigueur

[1] V. art. L. 441-3 à L. 441-6 C. com et L. 443-4 en matière de produits agricoles et denrées alimentaires.
[2] V. art. L. 411-8 C. com.
[3] V. art. L. 441-9 C. com.
[4] V. art. L. 441-10 à L. 441-16 C. com et L. 443-1 C. com. Certains délais sont également applicables en matière de commande publique (v. art. L. 2192-10 et s. et R. 2192-10 et s. CCP) ; la sanction de leur méconnaissance relève aussi de la compétence de la DGCCRF (art. L. 2192-15 CCP et L. 470-2 C. com.).
[5] V. art. L. 443-2 C. com.
[6] V. art. L. 443-3 C. com.
[7] Art. 131-18 al. 1er C. pén. : « le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction ».
[8] 15 000€ pour les manquements prévus aux art. L. 441-1 (concernant les CGV), L. 443-2 (encadrement des rabais, ristournes et rémunérations pour services commerciaux dans les contrats portant sur certains produits agricoles périssables notamment) et L. 443-3 C. com. (obligation d'être en mesure de présenter un bon de commande lors du transport de certains produits destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France) ; le montant de l'amende pouvant être doublé, dans ces deux dernières hypothèses, en cas de réitération dans les 2 ans. 75 000€ pour les manquements prévus aux art. L. 441-3 à L. 441-5 (concernant les modalités et délais de rédaction de la convention unique), L. 441-8 (relatif à la clause de renégociation dans certains contrats de vente de produits agricoles et alimentaires), L. 441-9 (relatif au régime de la facturation), L. 441-10 à L. 441-15 (relatifs aux délais de paiement et pénalités de retard) et L. 443-4 (relatif à des mentions spécifiques à certains contrats portant sur des produits agricoles et denrées alimentaires) le montant de l'amende pouvant être doublé, dans toutes ces hypothèses, en cas de réitération dans les 2 ans suivant une première condamnation définitive.
[9] 75 000€ pour les manquements prévus aux art. L. 441-1 (concernant les CGV), L. 443-2 (encadrement des rabais, ristournes et rémunérations pour services commerciaux dans les contrats portant sur certains produits agricoles périssables notamment) et L. 443-3 C. com. (obligation d'être en mesure de présenter un bon de commande lors

de la loi Sapin II[1], 2 000 000€ pour des manquements relatifs aux délais et modalités de paiement[2]. Ici encore, le montant peut être doublé en cas de réitération dans les deux années suivant le prononcé définitif d'une première sanction[3]. La DGCCRF peut ainsi prononcer une amende d'un montant de quatre millions d'euros ; bonne illustration de ce que dépénalisation ne rime pas nécessairement avec recul de la répression[4].

188. Publication des décisions. En outre, la DGCCRF peut décider de publier les sanctions prises en la matière, sur son site internet ou sur d'autres supports aux frais de l'entreprise sanctionnée[5]. En matière de délais de paiement, la décision de sanction est toujours publiée[6] ; la pratique du « *name and shame* » est systématisée à l'égard des mauvais payeurs. En toute hypothèse, les modalités de publicité sont fixées par la décision de sanction.

Avant d'en venir à l'étude des recours, évoquons brièvement quelques craintes qu'inspire l'observation du cadre procédural au sein duquel la DGCCRF exerce ces importants pouvoirs.

c. Craintes relatives au cadre procédural d'exercice de ses pouvoirs par la DGCCRF

189. Contradictoire limité. En premier lieu, les procédures répressives diligentées par la DGCCRF sont source de quelques inquiétudes quant à la pleine observation du principe du contradictoire. La procédure ici envisagée débute par l'établissement d'un procès-verbal constatant le manquement incriminé[7]. Puis l'entreprise mise en cause doit être informée par

---

du transport de certains produits destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France) le montant de l'amende pouvant être doublé, dans ces deux dernières hypothèses, en cas de réitération dans les 2 ans. 375 000€ pour les manquements prévus aux art. L. 441-3 à L. 441-5 (concernant les modalités et délais de rédaction de la convention unique), L. 441-8 (relatif à la clause de renégociation dans certains contrats de vente de produits agricoles et alimentaires), L. 441-9 (relatif au régime de la facturation et L. 443-4 (relatif à des mentions spécifiques à certains contrats portant sur des produits agricoles et denrées alimentaires) le montant de l'amende pouvant être doublé, dans toutes ces hypothèses, en cas de réitération dans les 2 ans suivant le prononcé définitif d'une première sanction.

[1] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.* V. art. 123.

[2] V. art. L. 441-10 à L. 441-15 ; le montant des amendes est prévu par l'art. L. 441-16. Ici encore, le doublement de quantum est possible en cas de réitération dans les deux ans, portant l'amende encourue à 4 000 000€ ! Les plafonds sont les mêmes en matière de commande publique, v. art. L. 2192-15 CCP.

[3] Cette prise en compte d'une forme administrative de récidive a conduit certains auteurs à s'interroger : « Doit-on en déduire que l'Administration tiendra un « casier administratif » des condamnations prononcées ? », L. VOGEL, ouvrage précité, n° 117 p. 283. Sur l'appréciation de la notion de récidive en droit de la concurrence v. déjà L. IDOT, « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* n° 2-2006, art. n° 46440, spéc. n° 40 et s.

[4] D'autant plus que la loi Sapin II a également prévu le cumul possible d'amendes administratives. L'art. L. 470-2, VII C. com, dispose ainsi : « lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement ». Dispositif récemment validé par Cons. const., décision n° 2021-984 QPC du 25 mars 2022.

[5] V. art. L. 470-2, V et R. 470-2, III C. com. Par voie de presse, électronique ou d'affichage.

[6] V. art. L. 470-2, V al. 2 C. com. La publication n'est que facultative en matière de commande publique.

[7] Art. L. 470-2, III C. com.

écrit de la sanction envisagée à son encontre et de ses droits d'accéder aux pièces du dossier et d'être assistée par le conseil de son choix. Elle dispose alors d'un délai de soixante jours pour formuler des observations écrites et/ou orales[1] : le caractère contradictoire de la phase préalable au prononcé de la sanction est assuré par ce seul biais. Ce n'est qu'au terme de ce délai que la DGCCRF peut prononcer l'amende par décision écrite et motivée[2]. Les textes sont peu nombreux et les doutes exprimés, dans un autre cadre, quant à l'effectivité du caractère contradictoire des procédures menées par la DGCCRF sont tout à fait transposables[3].

190. Cumul douteux des fonctions d'instruction et de décision. De plus, les textes encadrant la procédure menée par la DGCCRF sont peu précis sur ses acteurs et muets quant à la répartition – ou la séparation pour utiliser la notion au cœur de l'interrogation – des fonctions entre eux. Sont simplement visés « les agents habilités » au sens de l'article L. 450-1, II du Code de commerce pour le pouvoir d'injonction et « l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation » pour le prononcé des amendes administratives. Ces deux formules désignent *in fine* les agents de la DGCCRF. Aucune ventilation des fonctions de déclenchement des poursuites, d'enquête (ou « d'instruction ») et de « jugement » (ou « de décision ») n'est prévue ; la répartition est librement organisée en interne.

Pourtant, dans l'exercice de ce pouvoir répressif, la DGCCRF pourrait bien correspondre à la définition matérielle du « tribunal » que retient la Cour EDH[4] et être ainsi soumise aux garanties d'indépendance et d'impartialité qui découlent de l'article 6 §1 de la Convention[5]. Et les sanctions prononcées pourraient bien relever de la « matière pénale » telle que définie par la

[1] Art. L. 470-2, IV al. 1er C. com.
[2] Art. L. 470-2, IV al. 2 C. com.
[3] C. VILMART, « LME : la réforme en voie d'achèvement (…) », précité, qui parle « d'illusion d'un débat contradictoire » pour qualifier la procédure conduite par la DGCCRF en matière de micro-PAC. Bien que le champ d'intervention ne soit pas le même, le cadre procédural est, en de nombreux points, commun aux deux matières.
[4] R. KOERING-JOULIN, « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *RSC,* 1990, p. 765, qui explique que peut être intégré à cette notion un organe administratif, une commission ou un « conseil » que seule l'indépendance distinguerait alors de la DGCCRF. V. les conséquences qui sont tirées de cette jurisprudence par la Haute juridiction administrative : CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, qui juge que le moyen tiré de la méconnaissance des garanties posées par l'art. 6 §1 CESDH est opérant à l'appui d'un recours formé contre une décision de sanction du Conseil des marchés financiers – qui n'est pourtant pas une juridiction – « eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme ».
[5] Lecture à laquelle s'est ralliée la Cour d'appel de Paris qui juge que « sont assimilées à une accusation en matière pénale les poursuites engagées en vue de sanctions pécuniaires ayant le caractère d'une punition prononcée par une autorité administrative, telles que celles que peut infliger le Conseil [de la concurrence] ; que, dès lors, dans l'exercice de son pouvoir de sanction, cette autorité est tenue au respect des garanties [énoncées par l'art. 6 CESDH] », CA Paris, 15 juin 1999, *Canal plus,* BOCCRF n° 14 du 25 août 1999. Sur le sujet v. F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences,* n° 1-2014, art. n° 62364 ; V. SÉLINSKY, « L'impartialité des autorités de concurrence ou la gestion complexe d'un paradoxe », *in Mélanges D. Ferrier,* précité, 2021, p. 603.

Cour et être ainsi soumises aux mêmes exigences procédurales[1]. De même, cette fois-ci dans l'ordre interne, la jurisprudence constitutionnelle impose que toute AAI disposant d'un pouvoir répressif ou « quasi-juridictionnel » observe le principe de « séparation des fonctions de poursuite et de jugement » qui découle de l'article 16 de la DDHC[2]. Sans imposer une séparation organique, le Conseil constitutionnel impose constamment une « séparation fonctionnelle » à ces autorités[3]. On peut alors s'interroger : l'appartenance gouvernementale et l'absence d'indépendance de la DGCCRF – dont découle sa subordination hiérarchique à l'exécutif – suffisent-elles à l'exonérer de l'intégralité de ces garanties ? Eu égard à l'ampleur du pouvoir répressif de l'organe, il est permis d'en douter[4]. Bien que les rapporteurs du projet de loi Hamon aient tenté d'avancer une explication d'ordre institutionnel, qui tient à l'exercice de ce pouvoir par une autorité administrative indépendante, ou non, dans le cadre de la « régulation économique »[5] ; l'observation des solutions adoptées en matière fiscale renforce le

[1] CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71. À ce sujet v. R. AMARO, thèse précitée, n° 499 et s. : l'auteur s'intéresse principalement aux amendes infligées par l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne mais le propos est général et une formule en résume bien le sens (n° 519) : « toutes cours suprêmes confondues, il est appliqué avec constance au contentieux répressif de la concurrence, les règles de fond et les garanties procédurales attachées à la matière pénale ».

[2] Cons. const., décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011 ; *AJDA* 2012. 578, chron. M. LOMBARD, S. NICINSKI, E. GLASER ; *Constitutions* 2012. 337, obs. O. LE BOT. La décision concernait l'ancienne Commission bancaire. V. déjà la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, relative aux pouvoirs attribués au CSA, qui pose des garanties applicables à toute sanction ayant « le caractère d'une punition », même non prononcée par une autorité judiciaire. Pour des réflexions relatives aux AAI v. G. ECKERT, « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *RDBF,* n° 3, mai 2010, dossier 18 ; P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920 ; V. SÉLINSKY, article précité.

[3] Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 concernant l'Autorité de la concurrence ; décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 concernant l'ARCEP ; décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017 concernant la Commission nationale des sanctions. V. M.-A. FRISON-ROCHE, « QPC, autorités de concurrence, autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA*, 2011, n° 194, p. 25.

[4] Comp. F. MARTUCCI, article précité, n° 23 : « C'est parce que l'autorité de régulation exerce un pouvoir de sanction que le principe d'impartialité s'applique » ; le propos concerne les AAI mais la formule est volontairement générale. V. aussi *RFDA*, 2013, p. 141, n° 6, chron. A. ROBLOT-TROIZIER, G. TUSSEAU : « le principe d'impartialité transcende la distinction entre autorité administrative et juridiction : dès lors qu'une institution exerce une fonction juridictionnelle et quel que soit son statut, elle est soumise au respect de l'exigence d'impartialité qui résulte tant de l'article 16 [DDHC] que de l'article 6, paragraphe 1 de la [Conv. EDH] ».

[5] V. Sénat, Rapport n° 809 *sur le projet de loi relatif à la consommation*, t. I, 24 juillet 2013, p. 246. Le rapport part du principe constitutionnel que toute autorité administrative qui exerce un pouvoir de sanction est soumise « aux mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » mais explique ensuite que, dans le cadre de la régulation économique, l'exigence d'impartialité n'est pas exigée… La démonstration est confuse, un auteur tente de l'expliquer ainsi : « Comment dès lors distinguer la régulation économique dans l'exercice de laquelle l'impartialité doit être respectée de celle pour laquelle elle n'est pas exigée ? Seul un critère organique permet de départir les deux types de régulation, à savoir l'existence d'une autorité administrative indépendante en charge de la mission de régulation », F. MARTUCCI, article précité, n° 23.

doute[1]. D'autant qu'un auteur a vu dans ce dispositif « une procédure de redressement économique avec sanctions administratives, inspirée du redressement fiscal »[2].

Ces doutes exprimés quant à la conformité de la procédure mise en œuvre par la DGCCRF aux dispositions constitutionnelles et conventionnelles renforcent le besoin que soit organisé un solide système de contrôle juridictionnel des actes adoptés à son terme. Intéressons-nous, dès lors, aux recours dont ils sont susceptibles de faire l'objet.

B. Les recours

191. Du juge pénal au juge administratif. Alors qu'il ne dit rien des recours ouverts contre les actes adoptés par la DGCCRF en matière de micro-PAC, le Code de commerce envisage un recours contre ceux qu'elle adopte en application des dispositions du titre IV de son livre IV. Il ne s'agit néanmoins pas d'un recours juridictionnel. Or en envisageant la seule possibilité d'un recours administratif hiérarchique (1), le législateur n'a fait que confirmer le transfert de compétence au profit du juge administratif qui a résulté de la dépénalisation des chapitres I et III de ce titre. Nous en présenterons les modalités avant d'en apprécier l'opportunité (2).

1. L'organisation d'un recours administratif hiérarchique par la loi

192. Absence d'indépendance et recours hiérarchique. C'est l'une des principales différences entre la DGCCRF et l'Autorité de la concurrence. La seconde est une autorité administrative « indépendante » – figure à laquelle l'Ordonnance de 1986 avait souhaité confier la mission de « veille[r] au libre jeu de la concurrence »[3] – placée hors hiérarchie administrative[4]. Cette extériorité est exclusive de tout recours hiérarchique[5]. La première est en revanche une Direction rattachée au ministère de l'Économie pleinement intégrée à la hiérarchie administrative au sein de l'exécutif. En ce qu'elle est la composante d'un ministère,

[1] Le Conseil d'État juge en effet que l'art. 6 Conv. EDH est applicable aux procédures administratives relatives à l'élaboration ou au prononcé des sanctions fiscales : CE, 27 février 2006, n° 257964 ; CE, 26 mai 2008, *Sté Norelec*, n° 288583 ; position conforme à : CEDH, 26 septembre 1996 *Miailhe c/ France,* n° 18978/81.
[2] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ? », précité, n° 27-29.
[3] Actuel art. L. 461-1 C. com : « L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante. Elle veille au libre jeu de la concurrence ».
[4] Néanmoins, étant dénuée de personnalité juridique, l'Autorité de la concurrence est alimentée par des crédits attribués par le ministère de l'Économie et ses comportements dommageables engagent la responsabilité de l'État pour faute lourde. Concernant sa « personnalité contentieuse » v. *infra.*
[5] V. la lecture proposée par J. LEFEBVRE, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes,* précité, n° 839 et s.

la DGCCRF est soumise à l'autorité du ministre qui en a la charge, en l'espèce du ministre de l'Économie – aujourd'hui ministre chargé de l'Économie et des Finances[1].

Cet élément aurait suffi à ce que la décision prise par la DGCCRF – prononcé d'une injonction éventuellement assortie d'une astreinte et/ou d'une amende administrative – puisse faire l'objet d'un « endo-contrôle »[2] par l'exercice d'un recours hiérarchique. Un tel recours existe en effet contre toute décision administrative adoptée par une autorité soumise à un supérieur hiérarchique, même dans le silence des textes[3]. Le législateur ne s'en est pourtant pas contenté.

193. Recours hiérarchique devant le ministre chargé de l'économie. L'article R. 470-2, II du Code de commerce prévoit que les mesures prises sur fondement de l'article L. 470-2 peuvent être contestées « par la personne qui en fait l'objet devant le ministre chargé de l'économie » et ajoute, sans que l'exclusion résultant de cet ajout ne paraisse de manière bien claire[4], que « ce recours est exclusif de tout autre recours hiérarchique ». Ainsi le professionnel visé par la mesure peut saisir le ministre « pour lui demander de reprendre la décision initiale, soit pour la modifier, soit pour la retirer, soit pour l'abroger »[5].

194. Insuffisance. Eu égard au montant potentiellement très important des amendes prononcées par la DGCCRF, il est évident que ce recours hiérarchique ne constitue qu'un préalable – *a priori* non obligatoire[6] – à un indispensable contrôle juridictionnel. Le caractère répressif et l'ampleur du dispositif imposent que le professionnel concerné puisse bénéficier, au-delà d'un « droit au recours », d'un véritable « droit d'accès à un tribunal » ou « droit au juge »[7]. La dépénalisation – accompagnée d'une augmentation substantielle du montant des amendes encourues – a exclu l'autorité judiciaire au stade du prononcé des sanctions, désormais de nature

[1] V. « Les directions du ministère de l'Économie et des Finances » disponible sur www.economie.gouv.fr ; le document recense l'intégralité des directions rattachées à ce ministère et classe la DGCCRF parmi les directions soumises à l'autorité du ministre de l'Économie et des Finances. V. le décret n° 2001-1178 du 12 décembre 2001 *relatif à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

[2] O. GOHIN, F. POULET, *Contentieux administratif,* LexisNexis, 10e éd., 2020, n° 26.

[3] CE, sect., 30 juin 1950 *Sieur Quéralt,* n° 99882.

[4] La formule n'a ainsi pas pour effet d'écarter la possibilité d'exercer un recours gracieux devant la DGCCRF qui a prononcé la sanction puisque l'existence d'un recours hiérarchique est sans incidence sur la possibilité d'exercer un recours gracieux. V. à propos de ce cumul l'art. L. 411-2 CRPA. Elle pourrait alors valoir que le recours ne peut être exercé que devant le ministre, à l'exclusion de tout autre membre de la direction centrale de la DGCCRF.

[5] O. GOHIN, F. POULET, ouvrage précité, n° 26 p. 22.

[6] En l'absence de texte spécifique, aucun retour administratif préalable n'est obligatoire. Or l'art. R. 470-2, II C. com. prévoit simplement que ce recours hiérarchique est « exclusif de tout autre recours hiérarchique » ; sans en faire un préalable obligatoire au recours juridictionnel.

[7] Le droit d'accès à un tribunal est « [l']expression d'un droit plus général à un recours qui peut, en dehors du champ du procès pénal, ne pas être juridictionnel » ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRE, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès,* Dalloz, 11 éd., 2021, n° 298. Au sens européen, le droit au juge renverrait à l'art. 6 et le droit au recours, plus large, à l'art. 13 Conv. EDH.

administrative[1]. Cela rendait d'autant plus nécessaire l'instauration d'un contrôle juridictionnel effectif.

2. Le transfert incident du recours juridictionnel au juge administratif

195. Absence de disposition spécifique et application du droit commun. Législateur et pouvoir règlementaire n'ont consacré leur œuvre qu'à quelques précisions sur le recours administratif susceptible d'être exercé contre les mesures adoptées par la DGCCRF. Rien n'est dit sur le recours juridictionnel, ni sur la juridiction compétente pour en connaître. Cela peut surprendre au regard du nombre et de la vigueur des débats auxquels avait donné lieu cette question lors de la réforme de 1986. En tout état de cause, ce sont ici encore, par défaut, les règles de compétence juridictionnelle de droit commun qui doivent être appliquées.

Or l'application du droit commun conduit à une conclusion sans ambiguïté : les sanctions et injonctions prononcées par la DGCCRF sont des actes administratifs unilatéraux pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative. En l'absence de dérogation législative prévue dans les conditions posées par le Conseil constitutionnel, il y a plus de trente ans, dans le cadre du contrôle de la loi organisant…un transfert de compétence au profit de la juridiction judiciaire pour connaître des recours contre les décisions de l'ancien Conseil de la concurrence[2], cette solution s'impose. Comme le pressentait un auteur commentant ce qui était alors le projet de loi Hamon, « il va de soi que pour contester ces amendes ou ces injonctions administratives, les recours qui devraient être de pleine juridiction, seront portés devant la juridiction administrative »[3].

196. Inopportune compétence des juridictions administratives de droit commun. Voilà un champ supplémentaire du droit de la concurrence qui échappe à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire et à l'entreprise d'unification annoncée en 1986, à laquelle l'image du mythe correspond de mieux en mieux. Nous partageons la surprise exprimée par un auteur qui relève que ce transfert au juge administratif, « qui ne manquera pas de créer des complexités », soit intervenu « dans l'indifférence générale », ainsi que son étonnement face à « l'apathie » de ses contemporains « comparé au débat passionné qui a suivi l'attribution à la Cour d'appel de

[1] Ce qui a été vivement critiqué, on a ainsi parlé d'une « dérive » qui « a conduit, avec la loi Hamon, au renforcement des pouvoirs de l'administration qui peut désormais […] prononcer des amendes administratives, à la suite de la constatation des manquements comme alternative aux poursuites civiles et pénales, consacrant ainsi une véritable éviction de la justice commerciale que l'on ne peut que dénoncer », F. JENNY, « Le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence en question », précité, n° 38.
[2] Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 *Conseil de la concurrence,* sur laquelle v. *supra.*
[3] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Projet de loi Hamon : Le droit des pratiques restrictives est-il en passe de devenir du droit administratif ? », *Concurrences*, n° 4-2013, art. n° 58722.

Paris des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence » en 1987[1]. La remise en cause d'un équilibre obtenu au terme de virulents débats à la fin du siècle dernier n'émeut plus.

Avant l'intervention de ces réformes, la nature pénale des sanctions assurait – outre un contrôle juridictionnel dès le stade de leur élaboration et de leur prononcé – que les recours demeurent de la compétence des juridictions judiciaires, sous le contrôle d'une unique juridiction suprême en mesure de veiller à l'unité de la jurisprudence en matière de droit de la concurrence. Nous ne nous attarderons pas sur l'opportunité de cette dépénalisation qui dépasse notre objet ni ne trancherons, à ce stade, la question de savoir qui, du juge judiciaire ou du juge administratif, serait le mieux à même de connaître du contentieux de la concurrence. Retenons simplement le constat suivant : découle de ce silence gardé par le législateur la nécessité de mobiliser, une nouvelle fois, un droit commun qui semble pourtant bien inadapté. Celui-ci conduit à attribuer le recours à la compétence des juridictions administratives de premier ressort dont aucune n'est spécialisée. Cette inaction – peut-être volontaire – et l'application des principes de droit commun gouvernant la répartition des compétences entre les juridictions des deux ordres entraînent, une nouvelle fois, une regrettable aggravation de l'état d'éclatement du contentieux de la concurrence. Unification et spécialisation semblent constituer des vœux bien lointains…

197. Conclusion de section. Le début du XXIe siècle a été marqué par l'émergence de champs nouveaux du droit de la concurrence emportant une remise en cause de l'équilibre souhaité par les concepteurs de la réforme de 1986. L'autorité indépendante, à laquelle avait été confié l'essentiel du *public enforcement*, s'est vu adjoindre la compétence concurrente d'autorités gouvernementales dans la lutte contre les pratiques néfastes à la libre concurrence.

Le ministère de l'Économie a d'abord reçu compétence pour sanctionner, par une voie dérogatoire, les pratiques anticoncurrentielles qui sont le fait de petites ou moyennes entreprises ; les « micro-PAC ». Les agents de la DGCCRF ont ensuite reçu, à la faveur d'un vent de dépénalisation, compétence pour sanctionner les manquements aux règles relatives à « la transparence dans les relations commerciales » (chap. I et III du titre IV, livre IV C. com.).

Ce retour de l'exécutif n'a été accompagné d'aucune prévision relative au recours juridictionnel dont doivent pouvoir faire l'objet les actes coercitifs adoptés dans ces champs. Ce silence imposait un retour au droit commun dont l'application conduit à la désignation, parfois incertaine, des juridictions administratives pour en connaître. Par son silence, le législateur a

[1] M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité.

porté une nouvelle atteinte aux objectifs de mise en cohérence, d'unification et de spécialisation du contentieux de la concurrence. D'autres évolutions ont donné lieu à des écueils similaires.

Section 2 : Les sanctions civiles prononcées en droit de la concurrence

198. Le juge : organe de contrôle et autorité de concurrence à part entière. Le renforcement du rôle et des pouvoirs coercitifs confiés au pôle gouvernemental n'a pas été le seul outil mobilisé par le législateur pour accompagner le mouvement de dépénalisation de la matière et enrichir l'arsenal législatif consacré à la protection du libre jeu de la concurrence. Le droit civil a également été sollicité pour endosser un rôle dans la lutte contre les comportements, actes et pratiques néfastes à une concurrence juste et équitable. Au rang des champs nouveaux du droit de la concurrence, figurent ainsi des dispositifs inspirés ou directement issus du droit civil.

Dans ces perspectives, deux voies ont été empruntées. La première a consisté en un déploiement et une tentative de renforcement d'un contentieux contractuel et indemnitaire qui repose sur des fonctions traditionnelles du droit civil. Ce contentieux est couramment désigné par l'expression de « *private enforcement* ». La seconde, développée en vue d'améliorer la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence, est celle de l'amende civile. Elle correspond à une fonction plus résiduelle et quasi antinomique du droit civil : sa fonction répressive.

Au regard de ce qui a, jusqu'ici, été étudié, l'une des spécificités tient à ce que l'organe principal de mise en œuvre de ces champs du droit de la concurrence est le juge. Celui-ci n'intervient plus seulement en qualité d'organe de contrôle, mais comme acteur – jusqu'à récemment exclusif – de la mise en œuvre, en premier ressort, de ces outils nouveaux. Le juge devient ainsi une autorité de concurrence de premier degré à part entière. Il n'en perd pas pour autant sa qualité d'organe de contrôle compétent pour connaître des recours susceptibles d'être exercés contre les actes et décisions de l'ensemble des autorités nationales de concurrence, qualité qui constitue le cœur de cette étude. En effet, que ce soit en matière de *private enforcement* ou de luttes contre les pratiques restrictives, les décisions adoptées en premier ressort sont elles aussi susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel.

199. Échecs de la spécialisation par l'unification. Fidèle au projet de 1986, le législateur a souhaité confier la mise en œuvre de ces outils nouveaux à des juridictions spécialisées au sein de l'ordre judiciaire. Cette volonté, favorablement accueillie en matière de *private enforcement,* a été rapidement mise à mal par une énième reconquête menée par les juridictions administratives ayant conduit à un nouvel éclatement du contentieux de la concurrence, tant en premier ressort qu'au stade du recours (§I). En matière de pratiques restrictives de concurrence,

l'entreprise de spécialisation et d'unification a été plus froidement accueillie. Malgré ces réserves et les difficultés qu'elle cause, son principe est maintenu en droit positif. Elle a toutefois été affectée par de récentes réformes qui ont, en renforçant les pouvoirs du pôle gouvernemental dans ce champ aussi, conduit à un retour du juge administratif qui en avait pourtant été écarté (§II).

§ I – Le contentieux du *private enforcement*

200. Dispositif spécifique, contentieux éclaté. Parmi les outils mobilisés en vue d'assurer la protection de la libre concurrence, figure le contentieux contractuel et indemnitaire consécutif à la commission d'une pratique anticoncurrentielle. Afin d'en accroître l'efficacité, le législateur est récemment intervenu pour lui consacrer un certain nombre de dispositions spécifiques. Le dispositif en vigueur est communément désigné par l'appellation de *private enforcement.*

Afin de saisir l'esprit et les objectifs qui animent ce champ refondu du droit de la concurrence, nous en présenterons succinctement les principaux éléments et caractéristiques ; autrement dit, la physionomie (A). Il conviendra ensuite de s'intéresser au cadre spécifique au sein duquel ce contentieux se développe. Cette étude sera de nouveau l'occasion de constater qu'à rebours de l'œuvre initiale par laquelle le législateur avait souhaité en organiser la spécialisation par l'unification au sein de certaines juridictions, c'est encore l'éclatement qui caractérise l'état actuel de ce contentieux, tant en premier ressort qu'au stade du recours (B).

A. La physionomie du *private enforcement* en France

201. Réaction à un constat d'insuffisance. Avant de procéder à une brève présentation du droit positif qui organise le *private enforcement* (2), il conviendra de rappeler les motifs et le processus qui ont conduit au constat de l'insuffisance du droit commun pour répondre aux objectifs placés dans le contentieux contractuel et indemnitaire consécutif à la commission d'une pratique anticoncurrentielle (1).

1. Le constat de l'insuffisance du droit commun

202. Insuffisance du droit commun interne. L'Ordonnance de 1986 disait peu des conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle, se contentant de prévoir la nullité de toute clause ou contrat « se rapportant à une pratique prohibée »[1]. Faute de régime spécifique,

[1] Art. 9 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986. L'expression renvoie aux pratiques anticoncurrentielles.

le prononcé de cette sanction[1] ainsi que le règlement du contentieux indemnitaire consécutif à la commission d'une pratique prohibée continuaient de relever de la compétence des juridictions de droit commun ; ce que certains ont regretté[2]. Ces juridictions étaient en outre tenues, sur la base d'un droit processuel à bien des égards inadapté[3], de faire application du droit commun des contrats et de la responsabilité civile dont les insuffisances ont souvent été relevées[4]. Les actions étaient par conséquent peu nombreuses et rarement fructueuses[5].

---

[1] Sur cette qualification v. A. BÉNABENT, « Autour de la méthode générale, ainsi que des nullités et autres sanctions », *RDC,* 2006, p. 33 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet, et la cause – Les nullités,* LGDJ, 4e éd., 2013, n° 2007 et s. ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations,* LexisNexis, 14e éd., 2017, n° 404 p. 360.

[2] V. J.-C. FOURGOUX, « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles », *JCP E,* 1999, 2008, qui regrette que les rédacteurs de l'Ordonnance n'aient pas tenu compte des propositions faites par un comité d'avocats qui tendaient à la mise en place d' « une seule vraie procédure devant une seule vraie juridiction permettant de constater l'infraction, de prononcer des sanctions et la cessation de pratiques, de fixer le montant de la réparation et d'annuler les conventions illicites ».

[3] Notamment en raison des incertitudes qu'il comportait concernant le régime de la prescription, de l'absence de dispositif d'action collective ou publique et du principe dispositif qui, conjugué à ceux gouvernant le droit français de la preuve, faisait peser sur les parties un trop lourd fardeau probatoire. V. D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.,* 1998, p. 763 ; J.-L. LESQUINS, « L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, LPA,* 2005, n° 14, p. 17 ; J. RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », *RLC,* n° 2006/6, p. 84 ; S. AMRANI-MEKKI, « Le droit processuel de la responsabilité civile », *in Liber Amicorum. Études offertes à Geneviève Viney,* LGDJ, 2008, p. 1 et « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence : le point de vue d'un processualiste », *in Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles sur les ententes et abus de position dominante, Concurrences,* n° 2-2009 ; M. CHAGNY, « Faut-il désespérer du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles ? », note sous CA Paris, 27 juin 2012, n° 10/18278, *CCE,* 2013, comm. 6.

[4] Sur les insuffisances du droit commun des contrats et, notamment, de la nullité, v. E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats,* thèse Paris X, 1994 ; L. IDOT, « La réforme du droit antitrust en Europe : un an de pratique. À propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005 », *Europe*, n° 4, avril 2005, étude 4 ; « Rapport de synthèse », *in Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles. Compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ?, Concurrences,* n° 2-2007 et « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC,* n° 3, 2004, p. 882, spéc. n° 33 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451 ; J. RIFFAULT-SILK, « Droit des contrats et régulation économique », *RLC,* n° 2005/3, p. 132 ; L. GRARD, « La place des juridictions nationales dans le dispositif européen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles », *in* L. GRARD, B. SAINTOURENS (dir.), *La libre concurrence face aux juges*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2010, p. 57 ; A.-S. CHONÉ, *Les abus de position : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence »,* Economica, 2010, spéc. n° 470 et s. ; R. AMARO, thèse précitée, n° 383 et s.
Les insuffisances du droit commun de la responsabilité civile résultent notamment du fait qu'en droit interne, le régime en vigueur n'a pas pour vocation « officielle » ou première de sanctionner (v. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de Droit Civil – Tome 5 – Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle,* Economica, 2e éd., 2012, n° 58-62, qui relève notamment l'absence de dommages et intérêts punitifs). Il est, dès lors, inapte à assurer une sanction efficace et dissuasive (S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 25 : « une condamnation n'est efficace, c'est-à-dire suffisamment dissuasive, qu'en tant qu'elle prive l'acte illicite de tout intérêt pour son auteur ; or le paiement de dommages et intérêts compensatoires manque ce but chaque fois que le profit retiré de l'acte est supérieur au préjudice causé »). L'observation vaut d'autant plus dans un champ où la faute est souvent lucrative (v. R. AMARO, thèse précitée, n° 126 et l'étude complète de G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, *La faute lucrative en droit de la concurrence,* Concurrences, 2020). V. encore l'analyse proposée par A. BÉNABENT, « La mise en jeu de la responsabilité civile », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, *LPA,* 2005, n° 14, p. 31.

[5] Notons toutefois qu'avant même la réforme, l'observation de certaines décisions rendues sur la période 2010-2012 avait nourri l'espoir d'un auteur qui en appelait alors à l'intervention du législateur. V. G. DECOCQ, « Le réveil du « private enforcement » ? », *CCC,* n° 6, juin 2012, repère 6. V. aussi M. CHAGNY, « L'indemnisation des dommages concurrentiels par la Cour d'appel de Paris : une hirondelle avant la réforme ? », *AJCA,* 2015, p. 465.

203. Un constat fait à l'échelle européenne. Un même constat de carence a été dressé à l'échelle européenne. C'est d'abord la CJCE qui a sonné l'alerte en 2001 en faisant état, dans son arrêt *Courage*[1]*,* de la nécessité de mettre en place un système d'indemnisation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles plus efficace qui constituerait un véritable complément à l'action répressive des autorités publiques. À côté du « *public enforcement* » mené par ces dernières, le « *private enforcement* » devrait permettre d'assurer une meilleure indemnisation des victimes tout en renforçant l'aspect dissuasif de l'arsenal en vigueur[2].

C'est ensuite auprès de la Commission que l'alerte a été portée. À sa demande, est publié en août 2004 le « Rapport Ashurst »[3] qui dresse un tableau alarmant de l'état de ce contentieux au sein de l'Union[4]. Sur cent-trente pages, il tente d'identifier les causes de cet état insatisfaisant du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles et suggère des pistes d'amélioration.

Fortes de ce constat, les institutions européennes ont engagé des réflexions qui ont débouché sur un ambitieux Livre Vert[5], salué pour son audace[6], puis, quelques années plus tard, sur un Live Blanc[7] plus timoré, qui a parfois déçu[8] et sur la base duquel ont été préparés plusieurs

---

En parallèle, le Conseil d'État et la DGCCRF ont également œuvré pour encourager les actions des personnes publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles. V. CE, 19 décembre 2007, n° 268918 et la communication du ministère de l'Économie sur le sujet ainsi que le guide pratique établi par la DGCCRF *in Journal des maires,* mai 2008, p. 64-65, consultable sur le site du ministère de l'Économie.

[1] CJCE, 20 septembre 2001 *Courage Ltd c/ Bernard Crehan*, aff. C-453/99 sur lequel v. *LPA*, 2001, n° 212, obs. P. ARHEL et *Europe,* n° 11, novembre 2001, comm. 330, note L. IDOT.

[2] Dans son arrêt, la Cour pose (§ 27) une conception « nouvelle » de l'action en réparation et explique qu'elle « renforce […] le caractère opérationnel des règles européennes de concurrence » et « est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ». Et de conclure : « dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté ». Dès lors, elle contraint les États membres à permettre à toute personne, y compris partie à un contrat contraire aux dispositions du traité, d'exercer tant l'action en nullité que l'action en réparation. V. pour le maintien de ce cap cinq années plus tard : CJCE, 13 juillet 2006 *Manfredi*, aff. C- 295 à 298/04, sur lequel v. *Europe,* n° 10, octobre 2006, comm. 291, obs. L. IDOT.

[3] Du non du cabinet chargé de sa réalisation. D. WAELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 août 2004, disponible sur le site de la Commission.

[4] Le rapport est ainsi introduit : « The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment ». Pour une présentation plus complète et chiffrée v. R. AMARO, thèse précitée, n° 21.

[5] *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2005) 672 final, décembre 2005.

[6] R. AMARO, thèse précitée, n° 18, p. 47.

[7] *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante,* COM (2008) 165 final, avril 2008.

[8] R. AMARO, thèse précitée, n° 19, p. 48 qui relève, notamment, la « frilosité » du texte. Alors que l'exemple états-unien avait, semble-t-il, fortement inspiré le Livre Vert, le Livre Blanc en revient à davantage d'orthodoxie. Au regret exprimé par l'auteur, le texte défend ainsi une dimension essentiellement, sinon exclusivement indemnitaire du *private enforcement* et relègue au second plan les dimensions répressive et de dissuasion. Pour un accueil plus favorable de ce Livre Blanc v. D. BOSCO, « Un nouveau pas vers le private enforcement : un Livre blanc de la Commission », *CCC,* n° 5, mai 2008, comm. 133.

projets de texte[1]. Le tout a abouti à l'adoption, le 26 novembre 2014, d'une directive. C'est sa transposition en droit interne qui constitue l'essentiel du droit positif applicable à la matière. A ainsi été consacré, aux plans européen et national, un « véritable *private enforcement* » qui, bien qu'il marque de réelles avancées, laisse à certains un goût d'inachevé.

2. La consécration d'un droit spécial sous impulsion européenne

204. Présentation. Après avoir procédé à une brève présentation de la directive européenne (a), nous relèverons les principaux apports qui ont résulté de sa transposition en droit interne (b).

a. Le texte européen : la « directive dommages »

205. Champ limité de la directive. La « directive dommages » adoptée le 26 novembre 2014[2] est loin de couvrir l'ensemble du contentieux civil résultant de la commission d'une pratique anticoncurrentielle. Il semble au contraire « qu'un seul modèle de contentieux privé ait guidé les propositions de la Commission : le contentieux indemnitaire de masse faisant suite à la condamnation d'une entente par une autorité de concurrence, soit un contentieux essentiellement complémentaire »[3]. Conforme à sa volonté de maintenir la priorité accordée à l'action publique, ça n'est que dans l'hypothèse où elle fait suite à une condamnation prononcée par une autorité publique de concurrence que la directive intègre l'action privée. Les efforts d'harmonisation et de facilitation qui sont au fondement de ce texte ne profitent donc qu'à l'action consécutive (« *follow-on action* ») ayant un objet indemnitaire. L'action en réparation autonome (« *stand alone action* ») n'est pas au cœur du dispositif, bien qu'elle puisse incidemment bénéficier de certains de ses apports. Le contentieux contractuel n'y est pas non plus intégré, ce qui a été regretté[4].

Nonobstant son incomplétude, la directive a permis quelques avancées significatives.

---

[1] Dans un premier temps, une proposition « officieuse » avait émergé en 2009, sans donner de suite ; v. *Proposal for a directive on rules governing damages actions for infringements of Articles 81 and 82 of the Treaty*, non publiée, juin 2009.

[2] Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 *relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, sur laquelle v. X. DELPECH, « Publication de la directive sur l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles », *AJCA,* 2015, p. 4 ; A. S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.), « La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences,* n° 2-2015, Dossier p. 11-37.

[3] R. AMARO, thèse précitée, n° 20, p. 50.

[4] Il avait d'ailleurs été écarté des réflexions dès le stade de la publication du Livre Vert par la Commission. V. R. AMARO, thèse précitée, n° 32 : « le contentieux contractuel est exclu de cette réflexion prospective, ce qui est regrettable au vu […] de l'intérêt des restitutions dans le rétablissement de la légalité concurrentielle ».

206. Innovations. Ne seront évoqués que certains des principaux apports de la directive au regard de l'état du droit français au jour de son adoption[1] et qui ont emporté d'importantes conséquences sur l'office du juge, de premier ressort ou de recours. Certains sont d'ordre procédural, d'autres d'ordres substantiel et probatoire.

Sur le terrain procédural, la directive fixe un délai de prescription minimum de cinq années (art. 10, §3) auquel le droit français était déjà conforme et prévoit quelques spécificités quant au point de départ (art. 10, §2) et aux causes de suspension de ce délai (notamment en cas de procédure de résolution amiable engagée, v. art. 18, §1). Toujours sur ce plan, le second apport d'envergure concerne l'obtention et la production d'éléments de preuve : le texte confère au juge un pouvoir d'injonction, organise un dispositif particulier d'accès aux éléments de preuve détenus par les autorités de concurrence (art. 6 et 7) et octroie au juge un large panel de sanctions, notamment en cas de refus ou de résistance des parties à ses injonctions (art. 8).

Sur le terrain substantiel et probatoire, la directive allège le fardeau qui pèse sur le demandeur lorsque son action fait suite au constat d'une infraction par décision définitive d'une autorité de concurrence ou par une instance de recours (art. 9). Dans le cas où c'est l'autorité de l'État dont les juridictions sont saisies qui a constaté l'infraction, elle doit être réputée établie de manière irréfragable par le juge saisi de l'action indemnitaire. Lorsqu'elle a été constatée par l'autorité d'un autre État membre, sa décision doit valoir « au moins en tant que commencement de preuve du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise ». D'autres présomptions viennent alléger le fardeau probatoire, notamment au profit des acheteurs indirects (art. 14) ou des demandeurs qui invoquent un préjudice consécutif à un cartel (art. 17).

b. La transposition française

207. Transposition tardive. La directive a été tardivement transposée en France le 9 mars 2017[2]. Ses dispositions substantielles l'ont été pas voie d'ordonnance[3] ; ses dispositions procédurales par décret[4]. L'ensemble a pour l'essentiel été intégré à un nouveau titre VIII du

---

[1] Pour des présentations plus complètes, parfois avec une dimension internationale et comparatiste, v. M. CHAGNY (dir.), *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir*, *Concurrences* n° 3-2014, art. n° 67934 ; L. IDOT, « Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », *RDC*, 2013/4, p. 1381 ; A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.), dossier précité.

[2] La directive prévoyait que sa transposition devant intervenir avant le 27 décembre 2016.

[3] L'habilitation a été donnée au Gouvernement par l'art. 67 de loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (dite « Sapin II »). Sur cette base, a été adoptée l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 *relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles*.

[4] Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 *relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.*

livre IV du Code de commerce intitulé « Des actions en dommages et intérêts »[1]. La potentialité d'actions de personnes publiques, envisagée par la directive, a imposé quelques ajouts dans le Code de justice administrative[2]. Rappelons certains des principaux apports de cette transposition[3].

208. Principaux apports. *Ratione materiae*, les textes de transposition ont un champ plus large que celui de la directive : ils intègrent les actions en réparation relatives à des ententes et abus de position dominante (affectant ou non le commerce entre États membres) mais aussi à des abus de dépendance, accords sur les droits exclusifs d'importation en outre-mer etc. En somme, toutes les pratiques anticoncurrentielles prévues par le Code de commerce.

Concernant les conditions de la responsabilité et l'établissement de leur preuve, en sus du rétablissement d'une meilleure cohérence par la consécration d'une conception moniste de la faute, il est prévu (art. L. 481-2) que le constat d'une infraction par décision définitive de l'Autorité de la concurrence ou d'une juridiction de recours nationale a, devant le juge saisi d'une demande indemnitaire, la force probante d'une présomption irréfragable. Le constat fait par l'autorité ou le juge d'un autre État membre ne constitue, lui, qu'un simple moyen de preuve. En outre, le texte fait interdiction au juge de prendre une décision qui irait à l'encontre de celles de la Commission ; la condamnation définitive prononcée par cette dernière produit donc, elle aussi, une forme de présomption irréfragable. Enfin, les articles L. 481-4 à L. 481-6 aménagent – souvent pour l'alléger – la charge et l'objet de la preuve de l'existence et de l'ampleur d'un surcoût et de son éventuelle répercussion. L'article L. 481-7 complète la liste en posant une présomption simple de préjudice lorsqu'est constatée une entente entre concurrents.

Sur les effets de la responsabilité, l'article L. 481-8 assouplit la condition de certitude du dommage réparable en permettant de prendre en compte dans l'évaluation du préjudice son « évolution raisonnablement prévisible »[4]. Les articles L. 481-9 à L. 481-14 organisent un régime détaillé d'obligation et de contribution à la dette, notamment en cas de pluralité de

[1] Trois chapitres le composent : le premier relatif à la responsabilité, le deuxième à la prescription et le dernier à la communication et production de preuves.
[2] Art. R. 775-1 à 775-15 CJA.
[3] Pour compléter cette présentation sommaire v. R. AMARO, « Transposition de la directive dommages en France : regards sur le nouveau Titre VIII du Livre IV du Code de commerce », *Concurrences,* n° 2-2017, art. n° 84026 ; S. CARVAL, « Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles. À propos de l'ordonnance et du décret du 9 mars 2017 », *JCP G*, 2017, 298 et L. VOGEL, ouvrage précité, n° 560-567.
[4] Toutefois, au regret de certains, l'ordonnance de transposition n'a pas repris la proposition de la directive (art. 17, § 1) permettant au juge, lorsque l'évaluation précise est impossible, de se contenter d'une « estimation du dommage ». V. G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, thèse précité, n° 720 et s. V. aussi sur le sujet S. CARVAL, « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels. Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *D.,* 2015, p. 1290.

responsables et/ou d'action indemnitaire consécutive à la mise en œuvre d'une transaction ou d'un programme de clémence devant l'Autorité de concurrence.

Concernant la prescription, l'article L. 482-1 organise un dispositif assurant que le délai ne commence à courir qu'à compter du jour où la victime supposée est en possession d'éléments lui permettant d'apprécier la réunion des conditions d'engagement de la responsabilité de l'auteur présumé. Le délai est par ailleurs interrompu en cas d'ouverture d'une procédure devant une autorité de concurrence et jusqu'à décision définitive de celle-ci ou de l'éventuelle juridiction de recours ; marque supplémentaire de la priorité accordée à l'action publique.

Sur le terrain probatoire, enfin, les dispositions du chapitre III règlementent l'administration de la preuve. Sont notamment prévus la production – le cas échéant forcée – et l'accès aux pièces (art. L. 483-1 et R. 483-1 C. com.), y compris à certaines de celles détenues par une autorité de concurrence (art. L. 483-4 à L. 483-11 et R. 483-11 à R. 483-13). Un important pouvoir de sanction est confié au juge en la matière[1]. Les dispositions initialement consacrées à la protection du secret des affaires ont été abrogées puis intégrées aux dispositions générales du titre V du livre Ier du Code créé par la loi du 30 juillet 2018[2]. Est enfin prévue la possibilité de saisir l'Autorité de la concurrence pour avis sur certaines questions relatives à l'évaluation des préjudices et à l'administration de la preuve (art. R. 481-1 et R. 483-11 à R. 483-13).

209. Consécration (anticipative ?) de l'action de groupe. Quelques mois avant la publication de la directive[3], le Gouvernement a obtenu l'adoption, le 17 mars 2014, d'une loi relative à la consommation [4]. Cette loi a, pour la première fois[5], institué en France une action de groupe en matière de concurrence. Son décret d'application n'a été adopté qu'en septembre 2014[6]. Le

[1] Art. R. 483-14 : le juge peut condamner à une amende civile de 10 000€ et « tirer toute conséquence de fait ou de droit » à l'encontre de la partie qui refuserait de se conformer à une injonction de communication ou de production de pièces, qui aurait détruit des pièces pertinentes utiles à la procédure ou qui aurait manqué aux obligations enjointes par le juge en vue de la protection d'informations confidentielles.

[2] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 *relative à la protection du secret des affaires* et décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 *relatif à la protection du secret des affaires*.

[3] La directive adoptée avait, de toute façon, abandonné le projet d'organiser une action collective, pourtant présent dans la version non publiée de 2009 (art. 4 et 5). Cela a été regretté pour les difficultés qu'entraîne cette absence d'harmonisation. V. L. IDOT, « Les actions collectives en droit de la concurrence : Aspects de droit international privé européen », *Concurrences,* n° 1-2016, art. n° 77365.

[4] Loi n° 2014-33 du 17 mars 2014 *relative à la consommation*, dite « Loi Hamon ».

[5] La réflexion existait pourtant depuis plusieurs décennies. Pour un historique succinct v. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, L. RASCHEL, « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et assur.*, 2014, étude 4.

[6] Décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 *relatif à l'action de groupe en matière de consommation* sur lequel v. S. AMRANI-MEKKI, « Décret sur l'action de groupe : la procédure…enfin ! », *JCP G,* 2014, 1030. Le dispositif a été complété par une circulaire du 26 septembre 2014 destinée à apporter des précisions sur le régime de l'action de groupe en matière de concurrence.

dispositif, qui a suscité espoirs, déceptions et inquiétudes[1], a été consacré par une loi « sur la consommation » et intégré au Code de la consommation mais l'apparence est trompeuse : le texte « retient néanmoins que l'action de groupe pourra être utilisée comme moyen de « *private enforcement* » du droit de la concurrence en vue de réparer le préjudice causé aux consommateurs par des pratiques anticoncurrentielles »[2]. L'action de groupe peut en effet être mise en œuvre pour obtenir réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles prévues par les dispositions nationales ou européennes[3].

Le « dispositif singulier » mis en place en matière de concurrence[4], qui repose sur le système de l'*opt in*[5]*,* a fait l'objet de critiques qui permettent de comprendre sa non-utilisation. La première concerne son inadaptabilité à la dimension professionnelle qui caractérise le contentieux indemnitaire en droit des pratiques anticoncurrentielles : la mise en œuvre de l'action est réservée à certaines associations de défense de consommateurs (art. L. 623-1 C. consom.). Or en pratique, la plupart des actions engagées le sont par des professionnels[6].

D'autres critiques concernent les lourdes conditions procédurales de mise en œuvre de l'action qui résultent notamment de son caractère exclusivement consécutif[7]. Ce « verrou administratif »[8] interdit au juge de se prononcer en l'absence de décision définitive d'une autorité de concurrence constatant une infraction. Surtout, en cas de procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence – qui n'équivaut pas au constat d'une pratique

[1] Parmi une abondante littérature v. N. MOLFESSIS, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.,* 2014, p. 946 ; M. BACACHE, « Introduction de l'action de groupe en droit français. À propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *JCP G,* 2014, 377 ; « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.*, 2014, p. 450 ; D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E,* 2014, 1144 ; K. HAERI et B. JAVAUX, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP G,* 2014, 375 ; A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, L. RASCHEL, article précité.

[2] L. VOGEL, ouvrage précité, n° 567.

[3] Sur le régime de cette procédure qui se déroule, en principe, en deux temps (jugement sur la responsabilité puis phase d'indemnisation) v. art. L. 623-1 à L. 623-32 et R. 623-1 à R. 623-33 C. consom.

[4] E. CLAUDEL, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD com.*, 2014, p. 339. Les art. L. 623-23 à L. 623-26 C. consom. fixent des « modalités spécifiques à l'action de groupe intervenant dans le domaine de la concurrence ».

[5] Les victimes doivent être informées et accepter l'indemnisation v. art. L. 623-14 à L. 623-17 C. consom

[6] Celles engagées par des consommateurs sont « un cas d'école », R. AMARO, thèse précitée, n° 59 et s. et « Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015) », *Concurrences*, n° 1-2016, art. n° 77721. V. aussi M.-J. AZAR-BAUD, S. CARVAL, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.,* 2015, p. 2136 ; et le dossier : *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.,* 16 mai 2013, n° 136, spéc. les contributions de A. GUÉGAN-LECUYER, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », p. 23 et de M. BEHAR-TOUCHAIS, « Brèves remarques sur la mise en œuvre du droit à indemnisation, dans les dispositions relatives à l'action de groupe, du projet de réforme du droit de la consommation », p. 44.

[7] L'action ne peut être exercée qu'après qu'une décision définitive ait été prononcée par les autorités ou juridictions nationales ou d'un autre État membre de l'Union européenne (art. L. 623-24 C. consom.).

[8] P. LE MORE, « Plaidoyer pour une vraie réforme de l'action de groupe en matière de concurrence », *CCC*, n° 5, mai 2017, alerte 29.

anticoncurrentielle[1] – le dispositif semble inapplicable. Une fois devenue définitive, la décision de l'autorité de concurrence produit le même effet probatoire qu'en matière d'action individuelle[2]. *In fine*, seuls des consommateurs représentés par une association peuvent agir via une action de groupe à la suite d'une pratique anticoncurrentielle constatée par…une autorité de concurrence. Ce mélange des genres interroge et pourrait expliquer l'insuccès du dispositif.

210. Un dispositif voulu au service de la protection de la libre concurrence. Avec un succès nuancé, le législateur a ainsi poursuivi l'objectif de développer, sur la base du droit civil, un corpus de règles spécifiques dont l'une des vocations essentielles est de renforcer, notamment via la multiplication des actions indemnitaires, le dispositif de protection de la libre concurrence. À ce titre, le *private enforcement* figure au rang des champs nouveaux du droit de la concurrence tel que nous l'avons délimité. Dès lors, il nous faut nous intéresser aux recours dont sont susceptibles de faire l'objet les actes adoptés dans ce cadre pour, dans un premier temps, identifier les juridictions auxquelles compétence est attribuée pour en connaître.

B. L'éclatement du *private enforcement* par le dualisme juridictionnel

211. Compétence du juge et tentative de spécialisation. Qu'il soit provoqué par l'exercice d'une action individuelle ou de groupe, à visée indemnitaire et/ou contractuelle, c'est donc au juge qu'est confié, dès la première instance, le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles.

S'en tenant à la volonté originaire de concentrer le contentieux de la concurrence pour l'unifier et le spécialiser, le législateur a confié une compétence exclusive à certaines juridictions de l'ordre judiciaire (1). Ce vœu d'unification s'est néanmoins de nouveau retrouvé pieux, la reconquête du juge administratif l'ayant encore emporté avec lui. Les mêmes causes conduisant les mêmes conséquences, le contentieux naissant de l'application de ce champ du droit de la concurrence s'en est trouvé dans un état d'éclatement total, notamment au stade du recours (2).

1. Le choix de la spécialisation au sein des juridictions judiciaires

212. Œuvre incomplète. En faisant le choix de spécialiser certaines juridictions judiciaires, le législateur poursuivait des objectifs déterminés (a). La mise en œuvre de cette spécialisation ne répond cependant pas à toutes les questions et provoque certaines critiques et incertitudes (b).

[1] Com., 15 novembre 2011, n° 10-27388.
[2] Sur lequel v. *supra.* C'est l'ordonnance du 9 mars 2017 qui a harmonisé ce régime dans le cadre de la transposition de la directive ; antérieurement la présomption irréfragable valait pour les décisions prises par les autorités ou juridictions de tous les États membres (art. L. 623-24, al. 2 C. consom. ancien).

a. Objectifs et principes

213. Objectifs de la spécialisation. Encouragé en ce sens par les autorités européennes, le législateur français a, dès 2001[1], souhaité organiser la spécialisation de certaines juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître du contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles. Le processus n'a finalement été complété et finalisé qu'à la fin de l'année 2005[2].

Ce choix de la spécialisation est concomitant aux propositions européennes tendant à développer le *private enforcement* et participe de cette volonté. En effet, le développement de ce contentieux privé s'inscrit dans un mouvement de décentralisation du droit de la concurrence. Or pour reprendre la vision quelque peu radicale d'un auteur, avant ce mouvement entamé par le règlement 1/2003[3], « le rôle du juge judiciaire face aux pratiques anticoncurrentielles était modeste » ; ce dernier « se satisfaisait et se félicitait même souvent d'être dispensé de dire le droit substantiel de la concurrence, conscient que dire le droit de la concurrence, c'est dire la concurrence, donc dire l'économie ». L'auteur va plus loin en concluant que le juge ne se « sentait généralement pas capable » d'appliquer ce droit, ce qui explique qu'il « n'en avait pas très envie »[4]. Alors, saisi de ce nouveau contentieux ayant vocation à se développer, le juge devait-il « devenir un économiste distingué […] ? Évidemment pas »[5], du moins, pas tous.

---

[1] Via l'adoption de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles régulations économiques.* Puis v. ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 *portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence.*

[2] Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 *fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété intellectuelle et de difficultés des entreprises,* sur lequel v. B. CHEYNEL, « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite… », *RLC*, n° 2006/6, p. 71 ; V. MICHEL-AMSELLEM, « Juridictions spécialisées : le gouvernement spécialise les tribunaux judiciaires et commerciaux pour connaître des affaires de concurrence », *Concurrences,* n° 1-2006, art. n° 978 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « L'hyper-technicité et la proximité du droit », *CCC*, 2006, p. 1 ; E. CLAUDEL, « Enfin l'avènement des tribunaux spécialisés en droit de la concurrence… », *RTD com.*, 2006, p. 322.

[3] Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 *relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.*

[4] C. LUCAS DE LEYSSAC, « Rapport de synthèse », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, LPA,* 2005, n° 14, p. 65. Pour des propos plus nuancés mais faisant également état des difficultés du juge à se saisir de la chose économique à la lecture des premières décisions prises en la matière v. L. IDOT, « Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement n° 2790/99 », *RDC,* 2005, p. 1033 ; V. SÉLINSKY, « Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence… », *RLC*, n° 2005/3, p. 14. Pour une analyse différente v. C. NOURISSAT, « Le regard de l'universitaire », *in Spécialisation des juridictions : regards croisés sur la réforme, RLC,* n° 2007/10, p. 133 (dossier entier consacré à la question), qui dénonce une « idée fausse selon laquelle le contentieux de la concurrence serait spécifique […] alors que bien au contraire il est, par nature, transversal si ce n'est commun ».

[5] C. LUCAS DE LEYSSAC, « Rapport de synthèse », précité.

Reste que, par-delà les divers canaux utilisés par la Commission pour former et informer les juges[1], une spécialisation de ces derniers était largement souhaitée[2]. Elle devait passer par la centralisation et l'unification du contentieux au sein de certaines juridictions ayant vocation à se familiariser au raisonnement économique qui innerve le droit de la concurrence[3]. Les volontés et objectifs fixés en 1986 ne sont pas très loin...

214. Spécialisation en première instance. Dès sa version initiale, l'article L. 420-7 du Code de commerce prévoit que le contentieux privé de la concurrence – qu'il soit indemnitaire ou contractuel, qu'il repose sur les dispositions de droit interne ou européen – relève de la compétence de certaines juridictions civiles et commerciales désignées par voie règlementaire[4]. La règle s'applique pour tout litige au cours duquel les dispositions visées « sont invoquées » et ce « sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction »[5].

Les articles R. 420-3 et R. 420-4 du Code renvoient à ses annexes 4-1 et 4-2. Le premier prévoit la compétence de tribunaux de commerce dont la liste est donnée par l'annexe 4-1. Le second prévoyait la compétence de tribunaux de grande instance dont la liste était fournie par l'annexe 4-2 ; la disparition des TGI au profit des tribunaux judiciaires à compter du 1er janvier 2020 a imposé une mise à jour du texte[6]. Le droit positif fixe donc la compétence, en première instance, des tribunaux judiciaires et tribunaux de commerce de huit villes : Bordeaux, Fort-de-France, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris et Rennes. Eu égard au caractère majoritairement professionnel du contentieux, ce sont en pratique principalement les juridictions commerciales désignées, dont les juges ne sont pas professionnels, qui ont vocation à connaître de ces actions.

---

[1] La Commission a adressé plusieurs communications aux juges nationaux chargés de la mise en œuvre du droit européen de la concurrence (ex. : *communication relative aux lignes directrices concernant l'application de l'article 81 §3 du traité CE*, *JOUE C* 101, 27 avril 2004, p. 81) et organise voire finance diverses formations et conférences sur le sujet. V. F. JENNY, « La formation des juges, condition de l'efficacité des politiques de concurrence », *in 20e anniversaire du Conseil de la concurrence. Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ?, RLC,* n° 2007/13, p. 186.

[2] Les auteurs expliquent d'ailleurs bien souvent qu'il faut non seulement des juridictions spécialisées mais également et peut-être surtout des magistrats spécialisés. V. G. CERRUTTI, « La DGCCRF et l'action au civil en matière de concurrence », *in La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspective,* Cycle de conférences-débats à la Cour de cassation*,* 17 octobre 2005 (actes écrits disponibles sur le site de la Cour de cassation).

[3] V. à ce sujet A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* LGDJ, 2008 et les développements consacrés à la question dans notre Seconde partie.

[4] Dans sa version initiale, le texte visait des « tribunaux de grande instance ou [des] tribunaux de commerce dont la liste est fixée par décret » ; une ordonnance n° 2011-337 du 29 mars 2011 a modifié le texte en optant pour une formule plus large visant les « juridictions civiles ou commerciales dont le siège et le ressort sont fixés par décret ».

[5] Cet ajout date de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004.

[6] Effectuée par l'art. 8 du décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019 *portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance (…).*

215. Spécialisation en appel : compétence de la Cour d'appel de Paris. En cas de recours contre les jugements rendus par les juridictions spécialisées de première instance, l'article R. 420-5, auquel renvoie la deuxième phrase de l'article L. 420-7, désigne la seule Cour d'appel de Paris comme juridiction compétente. Selon l'organigramme consultable sur le site internet de la Cour, c'est bien son « pôle 5 » qui connaît de ces recours – et qui a donc vocation à connaître de tous les aspects judiciaires du contentieux de la concurrence – mais en sa Chambre 5-4 (compétente pour connaître des litiges relatifs aux contrats commerciaux). Ce contentieux ne relève donc en principe pas de la formation compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence (Chambre 5-7). De ce point de vue, certes très formel, le contentieux indemnitaire n'est pas perçu comme intégrant la « régulation de la concurrence ».

216. Spécialisation et cassation. En raison de la matière et de la formation de la juridiction qui aura en principe rendu la décision contre laquelle un pourvoi est formé[1], c'est la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation qui a vocation à en connaître. Une chambre civile, notamment la Première, pourrait en théorie être saisie dans l'hypothèse de l'action d'un non commerçant ; mais comme il a été vu, de telles actions sont rares en pratique.

b. Incertitudes et contestations

217. Doutes relatifs au principe même de la spécialisation. Doctrine et praticiens n'ont pas unanimement approuvé ce projet de spécialisation du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles[2]. Un auteur s'est interrogé sur sa compatibilité avec les objectifs affichés d'instaurer « une justice de proximité » et de « développer une culture de concurrence »[3]. Cette démarche de spécialisation serait « contre-productive » au regard de cet objectif car elle tend à « maintenir le droit […] des pratiques anticoncurrentielles dans une sorte de ghetto » ; or ce droit est « par nature transversal si ce n'est commun »[4].

---

[1] Sauf hypothèse du jugement d'un tribunal judiciaire rendu en premier et dernier ressort, la décision sera un jugement de tribunal de commerce ou un arrêt d'une formation de la Cour d'appel de Paris spécialisée en matière commerciale.

[2] Pour une réflexion générale sur la spécialisation v. L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve de la complexité », *in Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 73.

[3] M. MALAURIE-VIGNAL, « L'hyper-technicité et la proximité du droit », précité. V. aussi J. RIFFAULT-SILK, « Le regard du juge », *RLC,* n° 2007/10, p. 135 (dossier précité) qui note que « la première conséquence visible et je dirai « *mécanique* » de ce dispositif est un éloignement des entreprises, et aussi de leurs conseils habituels, par rapport à la juridiction à laquelle ils vont pouvoir s'adresser ».

[4] C. NOURISSAT, « Le regard de l'universitaire », précité.

La spécialisation, qui implique une certaine centralisation et ne permettrait pas toujours d'assurer l'effet escompté d'unification du droit[1], entrerait ainsi en contradiction avec certains des objectifs poursuivis par le développement du *private enforcement*[2]. Les modalités de son organisation par le législateur ont, elles aussi, donné lieu à quelques réserves et contestations.

218. Contestations relatives aux modalités de la spécialisation. La spécialisation porterait donc en elle des effets « indésirables » multipliés et aggravés du fait de la solution « très radicale »[3] retenue par le législateur français : seules seize juridictions sont désignées en première instance, une seule en appel. Le nombre interroge, leur choix aussi. En effet, « spécialisation ne voulait pas dire jacobinisme »[4]. Le petit nombre des juridictions désignées est relevé et souvent regretté par les commentateurs[5]. Chaque juridiction spécialisée couvre le ressort d'au moins quatre cours d'appel[6]. Par ailleurs ce seront principalement les huit juridictions consulaires, composées de juges non professionnels, qui ont vocation à être saisies de ce contentieux. Ça n'est le plus souvent qu'au stade des recours que des magistrats professionnels connaissent de l'affaire. Dans ces conditions et au regard des modalités d'élection des juges consulaires, comment assurer leur renouvellement « tout en maintenant un niveau constant de spécialisation, dans ce domaine spécifique et complexe ? ». Au stade de l'appel, la question se pose des moyens, notamment humains, de la Cour de Paris et de leur adéquation aux compétences spécifiques de plus en plus nombreuses qui lui sont confiées[7].

En outre, le choix de procéder par liste comportait inévitablement ce risque : certains présidents se sont étonnés que leur juridiction n'y figure pas, notamment au regard de leur taille et de l'importance du bassin économique couvert[8].

---

[1] La réserve est émise par L. MARCILHACY, « Le regard de l'avocat », *RLC*, n° 2007/13, p. 136 (dossier précité).
[2] À commencer par celui de voir se développer une « culture de la concurrence ». Cette observation repose sur le postulat que cette diffusion ne passe que par les prétoires. La solution est peut-être ailleurs.
[3] J. RIFFAULT-SILK, « Le regard du juge », précité.
[4] L. IDOT, « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n° 1/2003 : convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante ! », *Europe,* n° 2, février 2006, alerte 5.
[5] V. par ex. les articles précités respectivement de L. Idot, B. Cheynel, V. Michel-Amsellem et M. Malaurie-Vignal.
[6] V. tableau des annexes 4-1 et 4-2 C. com.
[7] V. notamment L. MARCILHACY, article précité, qui soulève la question. Et plus récemment *L'attractivité de la responsabilité civile : approches comparatives dans les relations économiques,* Rapport du groupe de travail installé par Madame la première présidente de la Cour de cassation, juin 2022, spéc. n° 24, 28, 82 et s.
[8] Ce fut notamment le cas d'un ancien Président du Tribunal de commerce de Nanterre : « Question à Jean-Bertrand Drummen, Président du Tribunal de commerce de Nanterre. Et pourquoi pas Nanterre ? », *in* L. MARCILHACY, « Le regard de l'avocat », précité.

219. Difficultés procédurales résultant de la spécialisation. Les textes organisant cette spécialisation sont peu nombreux et souvent très courts. Leur mise en œuvre a soulevé de nombreuses questions[1] dont certaines demeurent source d'incertitudes.

La première catégorie de questions a concerné le champ de cette spécialisation. Joue-t-elle pour les seules actions exclusivement fondées sur la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles – hypothèse rare – ou doit-elle s'étendre à tout litige au sein duquel ce droit est invoqué, que ce soit à titre principal, en demande, en défense, ou à titre simplement accessoire ? Par principe, dès lors que la demande initiale relève du champ de la spécialisation, la juridiction saisie doit bénéficier des extensions de compétence prévues par le droit commun : elle peut connaître des demandes incidentes qui relèvent de sa compétence d'attribution[2] et de tous moyens de défense sauf à ce qu'ils relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction[3]. D'un autre point de vue, toute juridiction valablement saisie d'une demande initiale relavant de sa compétence qui voit invoquée, en défense ou en demande accessoire, une prétention fondée sur les articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce doit renvoyer l'affaire sur ce point à l'une des seize juridictions désignées. La connexité peut enfin avoir pour effet d'étendre encore le champ de compétence de ces dernières[4].

Par ailleurs, cette spécialisation concerne-t-elle uniquement le juge saisi du fond ou s'étend-elle au juge des référés ? Malgré des contestations en doctrine[5], la Cour de cassation retient que la spécialisation concerne également le juge des référés. Doit être saisie l'une des seize

---

[1] Cette présentation sommaire n'a pas vocation à l'exhaustivité. Pour plus d'éléments v. R. AMARO, « Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. – Actions. Compétence et pouvoir juridictionnel », *JCl. Concurrence-consommation*, fasc. 316 ; « De quelques cailloux procéduraux dans les bottes de victimes de pratiques anticoncurrentielles…Les questions de compétence matérielle laissées sans réponse », *CCC*, n° 3, mars 2015, étude 4 ; D. BOSCO, « La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse », *Concurrences,* n° 1-2011, art. n° 33864 et en dernier lieu P. THÉRY, « Quelques observations sur la compétence des juridictions spécialisées dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Lucas De Leyssac,* LexisNexis, 2018, p. 481.

[2] Art. 51, al. 2 CPC ; la solution vaut pour le tribunal de commerce (plus souvent saisi en pratique). En revanche, le tribunal judiciaire spécialisé saisi devrait voir sa compétence étendue à « toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction » (al. 1er).

[3] Art. 49 CPC.

[4] Art. 101 CPC. Le dispositif permet d'étendre la compétence de la juridiction aux demandes initiales et incidentes ne relevant pas de sa compétence d'attribution (la solution vaut même pour le tribunal de commerce) dès lors qu'elles ne relèvent pas de la compétence ou du pouvoir exclusif d'une autre juridiction. Il en résulte qu'en cas de connexité entre l'affaire dont est saisie l'une des juridictions spécialisées et une autre juridiction, un renvoi devra intervenir au profit de la première.

[5] D. BOSCO, article précité, l'auteur note que « D'abord, le juge des référés est le juge de l'évidence, de sorte que la nécessité d'une spécialisation se ressent ici avec moins d'intensité. Ensuite, le juge des référés est le juge de l'urgence, or il est plus simple de venir trouver le juge qui est le plus proche de soi lorsqu'il faut aller vite. Enfin […] le juge des référés est aussi un juge proche des réalités du terrain qui a davantage que les autres à traiter des situations concrètes ; et il est souvent bon que le juge qui tranchera cette situation concrète connaisse bien le contexte local dans lequel le litige commercial s'inscrit ».

juridictions spécialisées dès lors que la mesure sollicitée est en rapport avec les conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle[1].

Peut-on déroger à cette compétence par clause ? Dans l'ordre interne[2] et d'un point de vue matériel, la réponse est à l'évidence négative eu égard au caractère d'ordre public de la réserve de compétence – ou de pouvoir[3] – au profit des juridictions désignées. Sur le plan territorial, sauf à ce que le découpage géographique entre le ressort des seize juridictions désignées soit d'ordre public – ce qui ne résulte d'aucun texte ou arrêt – il semble possible de désigner, parmi les huit tribunaux de commerce et huit tribunaux judiciaires désignés, un autre que celui auquel la compétence territoriale aurait dû revenir en application du droit commun. L'hypothèse n'est toutefois envisageable qu'entre commerçants[4].

Enfin, la question de la sanction en cas de saisine d'une juridiction ne figurant pas sur les listes des juridictions spécialisées a donné lieu à de nombreuses interrogations et tergiversions jurisprudentielles. Le Code de commerce vise la « compétence » des juridictions spécialisées, ce dont il pouvait être déduit que la méconnaissance de cette spécialisation était sanctionnée par une exception d'incompétence. C'était le sens initial de la jurisprudence qui décidait qu'il s'agissait d'une règle de compétence exclusive d'ordre public[5]. Pourtant, la Cour de cassation a par la suite jugé que la sanction applicable était la fin de non-recevoir[6], ce dont il résultait que les juridictions ne figurant pas sur la liste n'étaient pas simplement incompétentes mais dépourvues de pouvoir, ce que la Cour a finalement affirmé expressément[7]. Malgré les critiques

[1] V. par ex. Com., 17 janvier 2018, n° 17-10360, l'arrêt concerne le droit des pratiques restrictives mais par un *obiter dictum,* la Cour étend sa solution au contentieux privés des pratiques anticoncurrentielles. Pour des alternatives proposées en doctrine à la lecture de certains textes et arrêts v. R. AMARO, « Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. – Actions. Compétence et pouvoir juridictionnel », précité, n° 86 et s.

[2] Dans les relations internationales, la Cour de cassation a admis que les parties puissent déroger par clauses aux dispositions des règlements régissant la compétence, y compris à celles qui concernent spécifiquement le contentieux des pratiques anticoncurrentielles dès lors que la clause en fait expressément mention. V. Civ. 1ère, 7 octobre 2015, n° 14-16898, sur lequel v. *JCP G*, 2015, 1322, obs. L. IDOT.

[3] V. *infra.*

[4] C'est le seul cadre dans lequel une clause attributive de compétence territoriale est licite ; v. art. 48 CPC.

[5] Com., 9 novembre 2010, n° 10-10937, sur lequel v. *CCC*, 2011/1, comm. 5, note M. MALAURIE-VIGNAL.

[6] Com., 21 février 2012, n° 11-13276, sur lequel v. *RTD civ.,* 2012, p. 566, obs. P. THÉRY.

[7] Com., 10 juillet 2018, n° 17-16365.

exprimées[1], cette solution est aujourd'hui constante. Les conséquences pour l'auteur de la saisine qui commet l'erreur sont redoutables[2], surtout s'il a tardivement saisi le premier juge[3].

Au stade de l'appel, la Cour de cassation a jugé que la Cour de Paris n'était exclusivement « compétente » que pour connaître des jugements rendus par les tribunaux spécialisés. Si une autre juridiction de première instance a statué sur fondement des articles L. 420-1 et suivants, c'est la juridiction d'appel de son ressort qui doit être saisie pour se prononcer, en principe d'office, sur cet « excès de pouvoir »[4]. Cette solution, qui constitue un revirement opéré en matière de pratiques restrictives de concurrence, rend « plus effective l'exigence de spécialisation des juridictions » et a vocation à être appliquée au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles où les questions ont été formulées dans les mêmes termes et traitées selon les mêmes raisonnements par la Cour de cassation[5]. Sa cohérence juridique prête toutefois le flanc à la critique ; elle ne fait dès lors pas l'unanimité[6].

---

[1] R. AMARO, « Appel mal dirigé en matière de pratiques anticoncurrentielles : confirmation de la (très discutable) thèse du défaut de pouvoir juridictionnel », *D.,* 2018, p. 2171 ; P. THÉRY, « Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir… », *RTD civ.,* 2012, p. 566 et « À propos du défaut de pouvoir juridictionnel : observations sur l'usage abusif d'une notion dévoyée », *RTD civ.,* 2017, p. 722. Selon ces auteurs il s'agirait d'une question de « division du travail judiciaire » et donc de compétence juridictionnelle ; si l'on décline la compétence d'un juge, c'est pour l'attribuer à un autre. Alors que la question du pouvoir ne se pose que « de manière très exceptionnelle » et concerne le pouvoir juridictionnel dans son ensemble : « lorsque l'on invoque le défaut de pouvoir d'un juge, c'est parce qu'aucun juge ne peut faire ce qui est demandé ». V. pour une lecture différente : *Gaz. Pal.,* 25-26 mai 2012, obs. L. MAYER, p. 30.

[2] Parmi les différentes entre exception de procédure (art. 73 CPC) et fin de non-recevoir (art. 122 CPC) : la fin de non-recevoir peut être invoquée par les parties en tout état de la procédure (art. 123) et doit être relevée d'office par le juge lorsqu'elle est d'ordre public (art. 125) alors que l'exception de procédure doit être soulevée par les parties *in limine litis* (art. 74) et le juge n'a qu'une simple faculté de la relever lorsque la règle de compétence méconnue est d'ordre public ou que le défendeur ne comparaît pas (art. 76). Par ailleurs, le défaut de pouvoir conduit au simple prononcé de l'irrecevabilité de la demande alors que le constat de son incompétence par le juge conduit au renvoi à la juridiction compétente (art. 73 et s. CPC).

[3] À la différence de la saisine d'une juridiction incompétente (art. 2241 C. civ.), la saisine d'un juge dépourvu de pouvoir, en ce qu'elle conduit au rejet définitif de la demande, n'a pas d'effet interruptif de prescription (art. 2243 C. civ.). Si l'erreur intervient au stade de l'appel, les conséquences sont encore plus lourdes : l'appel déclaré irrecevable est, depuis le 1er septembre 2017, insusceptible de réitération (art. 911-1, al. 3 CPC).

[4] Com., 29 mars 2017, n° 15-17659. Pour une confirmation immédiate v. Com., 26 avril 2017, n° 15-26780 : l'arrêt casse l'arrêt de la Cour de Versailles qui, en application de la jurisprudence antérieure, avait déclaré le contredit dont elle était saisie irrecevable. Il est reproché aux juges versaillais de n'avoir pas constaté « le défaut de pouvoir juridictionnel du tribunal de commerce de Pontoise pour statuer sur les demandes fondées sur l'article L. 442-6 du Code de commerce ». L'arrêt concerne le contentieux des pratiques restrictives de concurrence mais le raisonnement mené et la solution retenue ont vocation à être appliqués dans le champ étudié (v. *infra*).

[5] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un revirement au service de l'efficacité de la spécialisation des juridictions », note sous Com., 29 mars 2017, n° 15-17659, *JCP G,* 2017, 498. Notamment car cette qualification de fin de non-recevoir emporte obligation pour le juge de la relever d'office lorsqu'elle est d'ordre public (v. art. 125 CPC).

[6] Commentant l'arrêt précité du 26 avril 2017, M. Théry soulève une contradiction : « si véritablement la demande formée dans le tribunal de Pontoise était irrecevable, la cour d'appel aurait dû déclarer le contredit irrecevable et la Cour de cassation rejeter le pourvoi, parce que le contredit permet seulement de contester une décision sur la compétence. Une décision d'irrecevabilité ne peut être contestée que par la voie de l'appel » (P. THÉRY, « Quelques observations sur la compétence des juridictions spécialisées dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence », précité, n° 11, p. 487).

Source de critiques, difficultés et incertitudes, cette spécialisation des juridictions judiciaires n'a de surcroît pas résisté aux assauts menés par les juridictions administratives.

2. La compétence parallèle des juridictions administratives

220. Remise en cause prétorienne. Malgré l'unification qui résultait de la réserve de compétence à des juridictions spécialisées relevant exclusivement de l'ordre judiciaire et, sur recours, à la seule Cour d'appel de Paris, un mouvement jurisprudentiel a conduit à l'octroi d'une part du contentieux du *private enforcement* à la compétence des juridictions administratives (a). Ce mouvement a entraîné des difficultés et de nouvelles atteintes à plusieurs des objectifs affichés par le législateur, à la fois sur le terrain de la spécialisation et sur celui de l'unification (b).

a. Champ de la compétence administrative

221. Fondements. Ce champ de compétence des juridictions administratives résulte, pour une partie, de l'application de solutions traditionnelles de répartition des compétences entre les juridictions des deux ordres et de leur application au *private enforcement* (i). L'autre partie est davantage le résultat d'une nouvelle véritable entreprise de conquête du juge administratif (ii).

i. L'application des principes traditionnels de répartition des compétences

222. Un domaine définitivement conquis : le contentieux de la légalité des actes administratifs. La décision constitutionnelle du 23 janvier 1987[1] limite le noyau dur de la compétence des juridictions administratives à l'annulation et à la réformation des décisions administratives prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Or s'il existe un « *private enforcement* administratif »[2], outre ses aspects contractuel et indemnitaire sur lesquels nous reviendrons, il pourrait comporter l'aspect correctif ou « la fonction éradicatrice »[3] sur laquelle repose l'annulation d'un acte administratif unilatéral illégal – notamment au regard du droit de la concurrence[4]. Or cela a été rappelé : malgré les doutes que cette solution peut inspirer, en droit positif, ni l'Autorité de la concurrence ni le juge judiciaire ne sont compétents

[1] Cons. constit., 23 janvier 1987, précité, sur lequel v. notre analyse *supra*, n° 102 et s.
[2] Expression empruntée à A. LOUVARIS, E. CLAUDEL, « Action en répartition des préjudices concurrentiels subis par une collectivité publique : quel tribunal compétent ? », *AJCA,* 2016, p. 30.
[3] Expression utilisée par R. AMARO, thèse précitée, n° 124, p. 156. L'auteur ne s'intéresse qu'au contentieux privé, devant les juridictions civiles et n'intègre donc pas celui de l'excès de pouvoir et de la nullité de l'acte administratif. Il nous semble que ce dernier peut tout à fait être intégré au « *private enforcement* administratif » dès lors qu'il remplit, lui aussi, une fonction éradicatrice et de « défense du marché ».
[4] Les dispositions de l'Ordonnance de 1986 (aujourd'hui du Code de commerce) et des traités européens sont, sinon applicables, *a minima* opposables aux actes administratifs ; ces derniers encourent donc bien la nullité sur le fondement. V. CE, sect., 3 novembre 1997 *Société Million et Marais,* n° 169907 et nos développements *supra.*

pour prononcer la nullité d'un acte administratif pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Ce contentieux relève donc de la compétence exclusive du juge administratif de l'excès de pouvoir[1]. Cette chasse est gardée, seule une loi prise en faveur de la bonne administration de la justice pourrait permettre une dérogation exceptionnelle à cette réserve.

Cependant, ni le contentieux contractuel ni l'engagement de la responsabilité administrative des personnes publiques ne relèvent de ce « noyau dur » constitutionnellement protégé[2].

223. Un champ traditionnellement réservé : le contentieux de la validité du contrat administratif. La compétence juridictionnelle en matière de contentieux relatif aux contrats administratifs – notamment celui de la nullité qui nous intéresse ici – n'est pas résolue par la décision des Sages de 1987. Cette décision n'intègre au noyau dur de la compétence administrative que l'annulation et la réformation des « décisions » prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique Elle ne concerne que les actes unilatéraux et « le critère ne joue donc pas à l'égard des contrats de l'Administration pour lesquels la compétence du juge administratif est déterminée selon d'autres méthodes »[3]. Ces méthodes reposent sur deux sources principales : soit la loi attribue expressément compétence au juge administratif pour connaître de certains contrats[4] (ce dont on déduit alors qu'ils sont administratifs), soit la jurisprudence identifie, au sein des contrats litigieux, des critères permettant de les rattacher à la compétence du juge administratif[5] ou déduit de la qualification de contrat administratif posée par la loi la compétence du juge administratif.

En définitive, le contentieux contractuel relève de la compétence du juge administratif dès lors que la loi le prévoit expressément ou que le contrat est, par détermination de la loi ou par

---

[1] Sur cela v. B. PLESSIX, *Droit administratif général,* LexisNexis, 3ème éd., 2020, n° 1129 et s.
[2] Sur la genèse et l'explication de cette délimitation v. le Chapitre 1 du présent Titre.
[3] B. PLESSIX, *Droit administratif général,* 2e éd., 2018, n° 386, p. 472.
[4] Parmi les célèbres textes attribuant compétence au juge administratif pour connaître du contentieux né de certains contrats, figure l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII *concernant la division du territoire français et l'administration* Ce texte attribuait une large compétence aux conseils de préfecture pour connaître, notamment, du contentieux naissant des travaux publics et de la vente des biens nationaux (v. CURAPP (dir.), *La loi du 28 pluviôse an VIII deux cents ans après : survivance ou pérennité ?* », PUF, 2000 et spéc. la contribution de G. J. GUGLIELMI, « L'article 4 de la loi, « une erreur de plume », fondement du droit administratif ? »). Il a été abrogé, par inadvertance semble-t-il, par l'art. 7 de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 *relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques* ; la compétence administrative en matière de travaux publics ne repose aujourd'hui plus que sur la jurisprudence. V. aussi art. 3 ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 *relative aux contrats de concession,* qui attribue compétence aux juridictions administratives pour connaître des litiges aux concessions des biens immobiliers de l'État et art. 2 al. 1er de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, qui disposait que « les marchés publics passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ».
[5] Notamment un critère matériel relatif au service public, à son mode de gestion et à la présence de « clauses exorbitantes ». Mais également un critère tenant à la qualité des contractants.

qualification prétorienne, administratif. Tout est lié : c'est le principe de liaison entre la compétence et le fond[1]. « Une grande partie des règles applicables au contrat administratif est liée à ce caractère administratif et à la compétence de la juridiction administrative »[2]. Il est donc établi que le prononcé de la nullité du contrat administratif, quel qu'en soit le fondement – et notamment l'article L. 420-3 du Code de commerce – et quel que soit le demandeur à l'action – partie ou tiers[3] – relève de la compétence du juge administratif[4]. Ainsi, « l'attribution de compétences aux autorités spéciales de la concurrence ne trouble en aucune manière les règles canoniques de dévolution du contentieux de l'action administrative »[5]. Reste que ces solutions sont d'origine prétorienne ou, tout au plus, de valeur législative. Rien n'empêcherait donc le législateur de les renverser s'il estimait qu'il en va d'une bonne administration de la justice…

224. Extension au contentieux de la responsabilité contractuelle. Sur le terrain de la compétence pour connaître du contentieux de la responsabilité contractuelle, la solution provient encore de la jurisprudence rendue en matière de contentieux administratif général. Il est de jurisprudence constante – et admis par la doctrine classique – que le juge du contrat est seul compétent pour se prononcer sur les actions en réparation consécutives à des manquements aux stipulations dudit contrat[6]. Si le contrat est privé, l'action en responsabilité contractuelle relève de la compétence du juge civil, quel que soit d'ailleurs l'objet du contrat[7]. S'il est

[1] TC, 8 février 1873 *Blanco,* n° 00012, qui aurait posé ce principe : « Aussi bien les conclusions que l'arrêt lui-même établissent un lien direct et réciproque entre l'application de règles autonomes exorbitantes du droit privé, et la compétence de la juridiction administrative » (*GAJA*, 23e éd., Dalloz, 2021, p. 3). Sur ce principe v. C. EISENMANN, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 379 ; M. WALINE, « A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP*, 1961, p. 8. Une partie de la doctrine en conteste l'existence : C. DUVAL, *La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif français,* thèse Université Aix Marseille, 1994, qui nie l'existence d'un tel principe qui ne correspondrait, sur le plan théorique ou sur le plan pratique, à « aucune nécessité scientifique ». Pour de plus amples développements sur ce principe v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1.

[2] L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs,* LGDJ, 12e éd., 2021, n° 165.

[3] Qui peuvent agir dans les conditions posées par la jurisprudence (CE, ass., 16 juillet 2007 *Sté Tropic travaux signalisation*, n° 291545 ; CE, ass., 4 avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne c/ Bonhomme*, n° 358994). Sur cette question v. L. RICHER, F. LICHÈRE, ouvrage précité, n° 382 et s.

[4] Néanmoins il n'est pas sans intérêt de noter que cet état du droit est principalement prétorien ou, tout au plus, législatif. Le législateur aurait donc la faculté de le modifier.

[5] M. BAZEX, « Répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence et le juge administratif », précité. L'auteur explique que l'art. 9 de l'Ordonnance de 1986, dont l'art. L. 420-3 C. com. est l'héritier, « tire les conséquences au plan du droit commun - civil, mais aussi administratif - de la violation des prohibitions posées par l'ordonnance de 1986, et il est interprété comme signifiant que la nullité des actes se rapportant aux pratiques anticoncurrentielles est prononcée par le juge de droit commun - *judiciaire ou administratif* » (nous soulignons).

[6] A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, 1984, t. 2, n° 1748 : « 1. les actions relatives à un contrat administratif doivent être portées devant le juge administratif ; 2. les questions relatives aux contrats administratifs ne peuvent être tranchées par le juge judiciaire même lorsqu'elles sont soulevées à l'occasion d'un procès qui relève de sa compétence ».

[7] La solution vaut lorsque le contrat a pour objet la réalisation de travaux publics : TC, 17 janvier 1972 *SNCF c/ Entreprise Solon et Barrault*, n° 3793.

administratif, seul le juge administratif peut connaître d'une telle action[1]. La solution a été étendue à l'action en responsabilité contractuelle engagée par le cocontractant d'un SPIC consécutive à une décision du Conseil de la concurrence condamnant l'établissement pour abus de position dominante : eu égard au caractère administratif du contrat, l'action en responsabilité, qui revêt une nature contractuelle, relève de la seule compétence de la juridiction administrative[2]. Ici encore, rien ne s'opposerait à ce que le législateur renverse le principe, ce qu'il n'a pas jugé utile de faire. Le juge administratif, lui, ne s'est pas contenté de la préservation de ces acquis.

ii. La conquête de territoires nouveaux par le juge administratif

225. Outil de l'attractivité contractuelle et attitude « militante ». Un contentieux opposant la SNCF – alors entreprise publique – et des entreprises privées de travaux a été l'occasion d'une première conquête de territoires nouveaux par le juge administratif[3]. Au terme de différents appels d'offres tendant à la réalisation d'importants travaux de construction de lignes TGV, des entreprises furent retenues et quarante-six marchés publics conclus, réalisés puis payés. Quelques années plus tard, une entreprise italienne évincée alerta la SNCF de ce que des concertations et accords entre différentes entreprises retenues avaient conduit à la fixation de prix supérieurs au marché. Après enquête de la DGCCRF, le Conseil de la concurrence a sanctionné plusieurs entreprises à de lourdes amendes pour des ententes illicites ; sanctions confirmées sur renvoi après cassation par la Cour d'appel de Paris.

En parallèle, la SNCF a saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande de plus de 3 millions de Francs de dommages et intérêts à l'encontre des entreprises reconnues auteurs des pratiques illicites. Il s'agissait « d'une action en responsabilité quasi-délictuelle formée par la victime de pratiques anticoncurrentielles, qui tente ainsi d'obtenir réparation du préjudice que lui ont causé les auteurs de manœuvres dolosives en faussant le jeu normal de la concurrence »[4].

---

[1] CE, 28 juillet 1952 *Cie d'assurances Rhin et Moselle*, *Lebon* p. 424. Dans cet arrêt, le Conseil d'État, après avoir posé le principe de non-option – qui commande que, dès lors que les conditions d'engagements de la responsabilité contractuelle sont réunies, le demandeur ne peut fonder son action que sur celle-ci – en tire les conséquences : puisque le contrat était administratif et que le préjudice dont il était demandé réparation résultait de la mauvaise exécution de ce contrat, l'action devait être portée devant les seules juridictions administratives.

[2] Civ. 1ère, 29 septembre 2004, n° 02-18335.

[3] La voie avait déjà été ouverte par le juge répartiteur, v. TC, 23 mai 2005 *Dpt. De Savoie*, n° C3450, qui juge que « les litiges opposant une personne morale de droit public à une entreprise ayant répondu à un appel d'offres préalable à la passation d'un marché public, nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation de ce marché public, relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives ».

[4] F. MODERNE, « Une illustration exemplaire de la théorie du dol dans le contentieux des contrats administratifs », *RFDA,* 2008, p. 109.

Dès la première instance, l'une des entreprises souleva une exception d'incompétence, seul point du litige qui nous retiendra[1]. S'agissant d'un recours en responsabilité extracontractuelle exercé par un EPIC contre des personnes privées, l'entreprise considérait que la compétence devait revenir aux juridictions civiles. Le tribunal[2] puis la Cour administrative d'appel de Paris[3] rejetèrent cet argument par un raisonnement en deux temps. D'abord, via la qualification de contrat administratif – incertaine eu égard à la qualité des parties – fondée sur le fait que le marché litigieux « a été passé par une personne morale de droit public et porte sur des travaux et ouvrages publics ». Ensuite, par le rattachement à la compétence du juge administratif qui résulte du fait que les différends mettant en cause « les conditions dans lesquelles le marché a été attribué et formé » relèvent de sa compétence, quand bien même ils prendraient naissance à une date antérieure à la signature du contrat. Devant la juridiction d'appel, le commissaire du Gouvernement fait expressément référence au « caractère attractif du contrat » qui commande que « dès sa signature, les parties ne peuvent plus se placer sur un autre terrain que le terrain contractuel », peu important que l'action vise des comportements antérieurs à sa conclusion[4]. Il emporte la conviction de la Cour mais non celle de son homologue au Conseil d'État.

Saisie de la question, la Haute juridiction ne fit pas sienne la prudence du commissaire du Gouvernement Boulouis, qui l'invitait à saisir le Tribunal des conflits, et adopta une solution « qui pourrait paraître presque « militante » pour la défense de la compétence administrative »[5]. Par arrêt du 19 décembre 2007, le Conseil d'État juge que « les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel »[6]. La vigueur de l'attractivité du contrat administratif est intacte, la formule conduit à la consécration d'un « large bloc de compétence administrative » reposant sur une assimilation du dol à la faute contractuelle dans la détermination du juge compétent[7]. Clairvoyant, un auteur avait mis en garde : « voilà qui

[1] Pour une présentation de tous les aspects et niveaux de la procédure v. F. MODERNE, article précité. ; J.-D. DREYFUS, « À propos du dol dont une personne publique prétend être victime », *D.*, 2004, p. 3020.
[2] TA Paris, 17 décembre 1998, *SNCF c/ Stés Bouygues, Campenon-Bernard et autres,* req. n° 9708002/6 : « les litiges relatifs aux marchés de travaux publics, y compris, comme en l'espèce, ceux qui mettent en cause l'appréciation de la validité de leur formation et les éventuels vices de consentement dans leur passation, ressortissent à la compétence matérielle de la juridiction administrative ».
[3] CAA Paris, 22 avril 2004, *Sociétés Bouygues, Campenon-Bernard et autres,* n° 99PA01016, *AJDA,* 2004, p. 1417, concl. V. HAÏM ; sur cet arrêt v. *D.,* 2004, p. 3020, note J.-D. DREYFUS.
[4] V. HAÏM, « Pratiques anticoncurrentielles et dol », conclusions précitées.
[5] J. GOURDOU, P. TERNEYRE, « Dol et responsabilité du cocontractant », *RJEP,* 2008, comm. 20.
[6] CE, 19 décembre 2007 *Sté Campenon Bernard c/ SNCF*, n° 268918, *RDP*, 2008, p. 1174, concl. N. BOULOUIS.
[7] J.-D. DREYFUS, « La reconnaissance d'un large bloc de compétence administrative défini par l'attractivité contractuelle », *AJDA,* 2008, p. 814.

annonce de futures extensions de la compétence administrative, dès lors que les litiges se situeront dans la mouvance d'un contrat administratif... »[1]. La suite se fit peu attendre[2].

226. « L'assiégée devenue assiégeante », le soutien du juge répartiteur[3]. Malgré les doutes exprimés sur la solution retenue par le Conseil d'État en 2007[4] et les craintes suscitées par la perspective de son extension[5], le juge répartiteur de compétences l'a reprise pour en accroître encore le champ à l'occasion de « l'affaire à rebondissements des lycées d'Ile-de-France »[6].

Entre 1988 et 1997, la région Ile-de-France a conclu 241 marchés publics en vue de la rénovation ou de la construction de lycées. Une entente survenue lors des procédures d'appels d'offres, à laquelle avaient pris part des acteurs publics et privés, a été dévoilée après conclusion des contrats. Après des condamnations pénales (prévues par l'ancien art. L. 420-6 C. com.) et amendes prononcées à l'encontre des attributaires par le Conseil de la concurrence (prévues par

---

[1] F. MODERNE, article précité.

[2] Elle pourrait même avoir été annoncée par un arrêt de la Cour de cassation (Civ. 1ère, 18 juin 2014, n° 13-19408) par lequel elle juge, par une formule large que « les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel ». Certains ont considéré que cet arrêt, par sa « formule absolue » constituait « une décision de principe importante » par laquelle la Cour se rattachait à la jurisprudence *Campenon Bernard*. « La Cour de cassation non seulement ne valide pas une prétendue « concentration du contentieux des pratiques anticoncurrentielles devant les juridictions judiciaires », mais exclut même la compétence du juge judiciaire dès lors que ces pratiques concernent des marchés publics et ont été effectuées lors de leur passation ou de leur exécution » (G. BERLIOZ, M. DURUPTY, « Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics », comm. sous Civ. 1ère, 18 juin 2014, n° 13-19408, *AJDA*, 2015, p. 352).
Nous serons plus réservé sur l'analyse de cet arrêt, non publié, qui résulte de l'opposition de deux stratégies procédurales mises en œuvre par le SNCF et par Vinci construction. Après que la SNCF a eu saisi le juge administratif en vue de son indemnisation dans le cadre d'une action en *follow-on*, Vinci a saisi le juge judiciaire afin de faire condamner la SNCF à l'indemniser du dommage qui résultait de son action (prétendument mal dirigée) devant le juge administratif. Le montant demandé par Vinci correspondait à celui demandé par la SNCF devant le juge administratif. Le lien de connexité était évident et la Cour en fait état : « la demande de dommages-intérêts en raison du caractère prétendument fautif de l'action en responsabilité engagée par la SNCF, *qui ne peut être présentée qu'à titre reconventionnel dans l'instance ouverte par l'action principale, dont elle n'est pas détachable*, ressortit à la compétence du juge administratif ». Il nous semble que cet élément est déterminant dans le raisonnement de la Cour qui a probablement et légitimement cherché à faire échec à la stratégie douteuse par laquelle Vinci cherchait à obtenir la prescription de l'action de la SNCF.

[3] E. CLAUDEL, « Compétence juridictionnelle pour traiter des actions en réparation des dommages concurrentiels subis par une collectivité publique : l'assiégée devenue assiégeante », comm. sous TC, 16 novembre 2015, n° C4035, *AJCA,* 2016, p. 30.

[4] Explicits dans les conclusions précitées du commissaire Boulouis qui relève l'existence d'une « difficulté sérieuse » et explique que la compétence administrative résulterait d'une « dérogation importante » au principe selon lequel « il n'appartient pas à la juridiction administrative (en l'absence de disposition spéciale) de statuer sur la responsabilité (délictuelle ou quasi-délictuelle) qu'une personne privée peut avoir eu à l'égard d'une collectivité publique ».

[5] V. J. GOURDOU, P. TERNEYRE, article précité, qui expliquent que si cette solution peut valoir « pour les personnes liées à l'administration par un contrat administratif ou un contrat imparfait », elle ne saurait être appliquée à l'hypothèse où « l'action extracontractuelle de l'administration vise des personnes privées n'ayant jamais été titulaires d'un contrat administratif (un sous-traitant par exemple) » pour laquelle « il ne saurait être discuté que cette action demeure bien de la compétence de la juridiction judiciaire » et J.-D., DREYFUS, article précité.

[6] R. AMARO, J.-F. LABORDE, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles. Recueil de décisions commentées,* Concurrences*,* 2e éd., 2019, n° 121, p. 75.

l'art. L. 420-1 C. com.) confirmées, sur recours, par la Cour d'appel de Paris ; la région a assigné des entreprises ayant participé à l'entente devant le TGI de Paris en vue d'obtenir réparation de l'important préjudice en ayant résulté. Après que le TGI eut relevé la prescription de l'action[1], la Cour d'appel de Paris fut saisie et refusa d'y faire droit en se déclarant compétente au terme d'un raisonnement détaillé et argumenté[2]. Le préfet a alors saisi le Tribunal des conflits.

Le rapporteur public fit sienne une partie du raisonnement mené par la Cour d'appel et le compléta[3]. Est soulevé le fait que la région ne se contente pas d'agir contre ses cocontractants mais met en cause « une cohorte de personnes privées » parmi lesquelles de nombreux préposés personnes physiques ayant un rôle parfois très éloigné de l'objet des marchés publics. Face à l'impossibilité d'étendre la solution retenue par le Conseil d'État en 2007 à ces derniers et au risque d'une contrariété de décisions qui résulterait de la scission du contentieux, le rapporteur préconise de confier la compétence pour le tout au juge judiciaire. Il rappelle par ailleurs une jurisprudence constante du tribunal au terme de laquelle « en l'absence d'une disposition législative contraire, il n'appartient pas à la juridiction administrative de statuer sur la responsabilité (délictuelle ou quasi délictuelle) qu'une personne privée peut avoir encourue à l'égard d'une personne publique »[4]. Par ailleurs, il relève la participation de certains agents et élus publics aux pratiques incriminées et se pose la question de l'existence d'un « dol de connivence » auquel il conviendrait alors d'appliquer l'adage « *nemo auditur suam propriam turpitudinem allégans* »[5]. En somme, il serait inopportun de permettre à la personne publique de se prévaloir d'un dol auquel certains de ses agents ont concouru pour faire jouer « l'effet attractif » du contrat administratif et réintégrer cette action – pourtant initialement introduite par elle devant le juge civil – dans le giron du juge administratif. Surtout que le dol repose en l'espèce sur des infractions pénales et commerciales qui relèvent de la compétence des juridictions judiciaires. Enfin, le rapporteur rappelle l'objectif d'unification du contentieux

[1] TGI Paris, 17 décembre 2013, n° 10/03480.
[2] CA Paris, 24 juin 2015 *Région Ile-de-France c/ L. Nautin et al.*, n° 14/01570 qui juge : « l'objet du litige est de dire responsables ou non de faits d'entente illicite des personnes privées […] en application de l'article 1382 du code civil, d'obtenir l'indemnisation du préjudice résultant de fautes causées par des pratiques anticoncurrentielles commises par ces personnes de droit privé *alors que les contrats n'étaient pas encore passés et alors que les fautes ne se situent pas dans le champ d'exécution du contrat* ; que *l'action ne se fonde pas sur le contrat mais trouve sa source en amont, sur un autre terrain*, qu'elle s'inscrit dans la poursuite de l'exercice de l'action civile devant le juge pénal, s'agissant des conséquences matérielles d'actes faussant ou restreignant le jeu de la concurrence, et dans le prolongement de la décision du Conseil de la concurrence, s'agissant des pratiques anticoncurrentielles » et d'ajouter « *cette action de nature délictuelle ne peut être absorbée par le droit des contrats* » (nous soulignons).
[3] Conclusions de M. GIRARD, disponibles sur le site du Tribunal des conflits.
[4] Notamment TC, 12 avril 1976 *Société Etablissement Mehut*, n° 02014.
[5] La référence à l'adage pourrait résulter d'une confusion sur ses conséquences en droit des contrats : dans la jurisprudence civile, la règle dont découle l'adage ne limite pas la faculté d'agir sur fondement du dol mais limite le droit à restitution qui résulte en principe du prononcé de la nullité pour ce motif.

poursuivi par le législateur en 1987 et réaffirmé par le Conseil constitutionnel. Il conclut en faveur de la compétence du juge judiciaire et du rejet des prétentions du préfet.

Le Tribunal, à l'inverse de ce qu'avait jugé la Cour d'appel et malgré les conclusions dénuées d'ambiguïté du rapporteur public, juge que « les litiges relatifs à la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment ses clauses financières, dont la connaissance relève de la juridiction administrative, et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat, relèvent de la compétence de la juridiction administrative »[1]. Par cette « brassée de mots », le juge départiteur fait « voler en éclat […] les principes de répartition des compétences juridictionnelles que l'on croyait les mieux établis et que des générations d'étudiants doivent désormais considérer comme caducs. Désormais, en effet, quelle que soit la nature du fait générateur (« tout comportement ») ou la qualité du défendeur, et indépendamment du lien qu'elle entretient avec la « gestion publique », l'action extracontractuelle dirigée par l'administration contre des personnes privées, en l'espèce une action en indemnisation de pratiques anticoncurrentielles, peut relever du juge administratif si un contrat administratif surgit, même de manière lointaine, dans son orbite »[2]. Certains ont tout de même salué « la consécration d'une sorte de « private enforcement » de droit administratif »[3]. Ce qui étonne au regard des ambitions du législateur. L'assiégée serait-elle devenue l'assiégeante ?

Pour notre part, sans prendre à ce stade position sur l'ordre de juridiction le mieux à même de connaître d'une telle action, nous partageons le constat que « l'unification du contentieux concurrence a du plomb dans l'aile »[4]. Le « glissement de terrain » était-il inévitable sur ce « terrain glissant »[5] ? En tout état de cause les effets sont, de nouveau, délétères.

[1] TC, 16 novembre 2015, *Région Ile-de-France,* n° C4035.
[2] S. BRACONNIER, « Quand un prétexte se substitue aux principes », comm. sous TC, 16 novembre 2015, n° C4035, *AJDA*, 2015, p. 2401.
[3] A. LOUVARIS, « Contentieux de la concurrence et personnes publiques : la guerre des blocs n'aura pas lieu », comm. sous TC, 16 novembre 2015, n° C4035, *AJCA,* 2016, p. 30.
[4] E. CLAUDEL, article précité.
[5] B. DELAUNAY, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *AJDA*, 2016, p. 781, qui décrit par ces termes le déplacement des débats relatifs à la compétence juridictionnelle pour connaître des recours contre les décisions de l'Autorité (ancien Conseil) de la concurrence vers des débats, toujours relatifs à la compétence juridictionnelle, mais cette fois pour connaître de l'action en indemnisation du dommage résultant d'une pratique anticoncurrentielle.

b. Effets de la compétence administrative

227. Atteinte à l'objectif de spécialisation. Tout comme il l'avait été en 1987[1], en 2005, l'objectif de spécialisation est prégnant. Le décret du 30 décembre[2] réserve à seize juridictions de première instance compétence pour connaître des actions en réparation consécutive à des pratiques anticoncurrentielles. À l'époque, nonobstant les avis mitigés, le législateur l'a ainsi fait prévaloir sur un objectif communautaire pourtant non moins impérieux : la décentralisation de la mise en œuvre de ce droit qui devait contribuer à la diffusion d'une « culture de la concurrence »[3]. En appel, la compétence a été attribuée à la seule Cour d'appel de Paris dans la droite lignée de l'Ordonnance de 1986 telle que modifiée en 1987. Dans ses conclusions présentées au Tribunal des conflits sur « l'affaire *Région Ile-de-France* »[4], le rapporteur public fait d'ailleurs directement ce lien.

Notons néanmoins que dès 2004, l'article L. 420-7 du Code de commerce, qui pose le principe de la spécialisation des juridictions judiciaires, mentionne la « réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction ». En 2017, la réserve est conservée et des conséquences en sont tirées. Prenant acte de ces évolutions jurisprudentielles – et peut-être des statistiques qui témoignent d'une plus régulière et meilleure indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles par le juge administratif[5] – le Gouvernement, dans les textes de transposition de la directive 2014/104/UE, prévoit l'insertion dans le Code de justice administrative d'un chapitre consacré au « contentieux indemnitaire du fait des pratiques anticoncurrentielles » (art. R. 775-1 à 775-15 CJA). Le partage de compétence est acté sans qu'aucune de ces dispositions nouvelles ne prévoie de spécialisation. Alors « dans l'ordre administratif, il n'existe pas de spécialisation […] ce sont donc les règles de compétence habituelles qui s'appliquent si c'est le juge administratif qui doit connaître d'une action en réparation impliquant une personne publique »[6]. L'atteinte est aussi profonde qu'étonnante.

228. Énième atteinte à l'espoir d'unification. Puisque la spécialisation était une fin, l'unification du contentieux devait *a minima* en être l'un des moyens, pouvant remplir d'autres fonctions par ailleurs. En tout état de cause, elle était recherchée dès la réforme de 1986,

---

[1] V. Chap. 1 du présent Titre.
[2] Décret n° 2005-1756 précité qui complète l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004.
[3] V. L. IDOT, « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n° 1/2003 : convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante », précité et nos propos et références *supra.*
[4] M. GIRARD, concl. sur TC, 16 novembre 2015, n° C4035, disponibles sur le site du Tribunal.
[5] V. les chiffres fournis par J. ADDA, R. AMARO et J.-F. LABORDE, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », *AJDA,* 2019, p. 320.
[6] R. AMARO et J.-F. LABORDE, ouvrage précité, n° 68, p. 43.

complétée en 1987 et réaffirmée par le Conseil constitutionnel en 1987. La volonté était alors « d'unifier ce contentieux spécifique et d'assurer l'uniformité de son interprétation dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice grâce à l'intervention d'une juridiction suprême unique ». Si, dans l'esprit peut-être, « la sanction des comportements anticoncurrentiels devait donc être assurée tant par le juge judiciaire, *compétent pour constater la nullité des conventions contraires à l'ordonnance et pour statuer sur la responsabilité encourue par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles*, que par le Conseil de la concurrence et, sur recours, la cour d'appel de Paris, compétents pour ordonner la cessation de tels agissements et infliger des sanctions pécuniaires », l'Ordonnance n'organisait l'unification que pour le recours contre les décisions du Conseil, « non pour l'ensemble des décisions des autorités administratives produisant un effet sur la concurrence »[1]. L'éclatement était inévitable, l'unification n'aurait été qu'un mythe[2].

À l'occasion du déploiement de ce champ du droit de la concurrence et malgré les prescriptions législatives et règlementaires, un nouvel éclatement a bien eu lieu ; encore une fois à rebours des objectifs initialement affichés. Il est observé dès le premier ressort et produit d'inévitables conséquences au stade du recours : la Cour d'appel de Paris, qui opère sous le contrôle de la Cour de cassation, n'est définitivement pas seule juridiction de recours contre les actes et décisions des autorités nationales de concurrence. De récentes évolutions intervenues dans un autre champ remanié de la matière en offrent une ultime confirmation.

§ II – Les manquements aux règles du titre IV donnant lieu à amende civile

229. Pratiques restrictives et droit de la concurrence. Dès 1986, l'Ordonnance venue poser les bases du droit moderne de la concurrence a consacré des dispositions à certains comportements individuels qu'elle prohibait et dont elle organisait la sanction sur le plan civil[3] : les pratiques restrictives de concurrence[4]. Depuis, ces dispositions ont été codifiées, maintes fois modifiées, remaniées et pour certains supprimées. Malgré les débats dont il fait l'objet quant à son rattachement au droit de la concurrence, voire même quant à l'opportunité de son maintien en droit positif – débats dont nous avons fait état, ce qui a été l'occasion de justifier l'intégration de ces dispositions à notre étude[5] – le dispositif de lutte contre les pratiques

[1] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, *et al.,* ouvrage précité, n° 700-701, p. 633.
[2] D. TRUCHET, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », précité.
[3] Des auteurs avancent que « la dépénalisation de la plupart des anciennes restrictions individuelles de concurrence est l'apport le plus apparent de la réforme de 1986 » (J.-M. MOUSSERON et V. SELINSKY, ouvrage précité, n° 139).
[4] Son titre IV est ainsi intitulé « De la transparence et des pratiques restrictives ».
[5] V. *supra*, n° 31.

restrictives a encore récemment été refondu afin d'en accroître la lisibilité, l'efficacité et l'effectivité. Ces réformes ne sont pas sans soulever quelques interrogations. Elles témoignent en tout état de cause d'un attachement du législateur à ce champ du droit interne de la concurrence.

230. Objet : pratiques sanctionnées par amende civile. Outre les conséquences civiles qu'est susceptible d'emporter la commission de ces pratiques illicites – nullité de la clause ou du contrat qui en a constitué le support, éventuelles restitutions et engagement de la responsabilité de leur auteur – elles faisaient à l'origine toutes l'objet d'amendes pénales. La dépénalisation est d'ailleurs toujours incomplète en la matière : en droit positif, les dispositions de la section du Code de commerce consacrée aux pratiques restrictives de concurrence[1] maintiennent, pour certains comportements, la potentialité d'une amende pénale dont le prononcé relève de la compétence des chambres correctionnelles des tribunaux judiciaires et, sur recours, des formations pénales des cours d'appel dont aucune spécialisation n'est organisée[2]. Les autres pratiques prohibées ne sont susceptibles de faire l'objet que d'amendes civiles dont le prononcé relève de la compétence de juridictions spécialisées et, depuis peu, de mesures administratives. Seules ces dernières seront appréhendées, les raisons de ce choix ayant déjà été exposées[3].

231. Recension. Pour achever notre présentation du droit positif destinée à l'identification des juridictions compétentes pour connaître des recours exercés contre les actes et décisions des autorités nationales de concurrence, seront donc envisagées les pratiques visées par les articles L. 442-1 à L. 442-3 du Code de commerce[4], toutes étant soumises au régime de son article L. 442-4 qui sera au cœur de nos propos. Il s'agit, dans toutes relations commerciales, de l'obtention – ou de sa tentative – d'un avantage dénué de contrepartie proportionnée, de l'organisation – ou de sa tentative – d'un déséquilibre significatif, de la rupture brutale d'une relation établie, de la violation des obligations prévues par le règlement « P to B » de juin 2019[5],

[1] Section 1 du chapitre II du titre IV du livre IV du Code (art. L. 442-1 à L. 442-8 et R. 442-1 à D. 442-3).
[2] V. art. L. 442-5 relatif à la revente à perte et l'art. L. 442-6 relatif au prix de vente imposé.
[3] V. *supra*, n° 31 et 43.
[4] Les art. L. 442-7 et L. 442-8 prévoient également des pratiques prohibées soumises au régime de l'art. L. 442-4 ; elles ont cependant un champ particulier. Le premier prévoit l'interdiction, pour un acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires, de faire pratiquer par son fournisseur un prix de cession abusivement bas. Le second pose les conditions strictes encadrant le recours à l'achat par enchères inversées à distance et prévoit leur interdiction générale concernant les produits agricoles et denrées alimentaires.
[5] Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 *promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne* (dit « règlement Platform to Business »). Pour une présentation v. par ex. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Proposition de règlement sur les plateformes en ligne », *LEDICO,* juillet 2018, n° 111k7, p. 4 ; G. LOISEAU, « Le règlement Plateform to Business », *Comm. com. élec,* juillet 2020, p. 5 ; K. BANIA, « The platform-to-business regulation : Taming the « big tech » beast ? », *Concurrences,* n° 2-2020, art. n° 94430.

ou encore de la participation directe ou indirecte à la violation d'une interdiction de revente hors réseau. Sont également visés les clauses ou contrats prévoyant, de manière rétroactive, le bénéfice d'une remise, ristourne ou d'accords de coopération commerciale, ceux prévoyant le bénéfice systématique des conditions les plus favorables consenties à des entreprises concurrentes par le cocontractant ou encore ceux faisant interdiction à une partie de céder à des tiers les créances qu'il détient sur son cocontractant[1].

232. Prononcé des sanctions et recours. Résultat de la dépénalisation dont elles ont fait l'objet, ces pratiques ont été assorties de sanctions civiles dont le prononcé et le contrôle devaient relever de la compétence exclusive de juridictions judiciaires spécialisées et d'un régime qui présente quelques spécificités procédurales. C'était compter sans les turbulences jurisprudentielles et, surtout, l'organisation récente d'un retour en force de l'exécutif par l'octroi d'un redoutable pouvoir d'astreinte au ministère de l'Économie. Il en a résulté une forme de mélange des genres qui interroge autant qu'elle est source de perturbations, notamment sur le terrain du contrôle juridictionnel dont doivent pouvoir faire l'objet l'ensemble de ces sanctions.

Par suite, avant de procéder à l'étude du processus ayant récemment abouti à un éclatement consommé du contentieux juridictionnel des pratiques restrictives envisagées (B), il apparaît nécessaire de présenter le panel des sanctions prévues en la matière, dont le remaniement a constitué l'une des principales causes de ces perturbations contentieuses (A).

A. La sanction des pratiques restrictives

233. Binarité. Initialement, la dépénalisation des pratiques restrictives envisagées a consisté en l'instauration d'un panel de sanctions civiles dont le prononcé relevait, éventuellement sous impulsion publique, de la compétence exclusive de juridictions judiciaires spécialisées (1). Pourtant, le législateur a récemment assorti le pouvoir d'injonction du ministre de l'Économie d'un important pouvoir d'astreinte, instaurant ainsi un régime de sanction binaire (2).

[1] Sur toutes ces mesures et le contexte de leur réorganisation par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 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*, v. « La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce », *Concurrences*, n° 3-2019, actes de la conférence organisée par le CEDCACE à Nanterre le 4 avril 2019.

1. Instauration initiale d'un arsenal de sanctions civiles

234. Panel de sanction et mise en œuvre. L'arsenal initial comporte un certain nombre de sanctions (a) dont le prononcé doit intervenir au terme d'une action dont les modalités de mise en mouvement présentent quelques spécificités (b).

a. Sanctions prévues

235. Spécificité. Parmi les sanctions civiles prévues, l'une présente une originalité qui justifie qu'on lui réserve quelques développements spécifiques. Il s'agit de l'amende civile (i). Les autres sont plus classiques et ne seront par conséquent que brièvement évoquées (ii).

i. L'amende civile

236. Import de l'amende civile. L'amende civile fait de longue date partie de l'arsenal législatif français sans que le législateur, malgré ses tentatives[1], ne soit jamais parvenu à l'intégrer au droit commun de la responsabilité civile. Elle ne peut dès lors être prononcée que dans les champs dans lesquels elle est spécifiquement prévue par la loi[2].

En matière de pratiques restrictives de concurrence, c'est la loi « NRE » du 15 mai 2001[3] qui a importé cet outil. Était alors prévu un montant maximum de 2 millions d'euros qui a, par petites touches[4], été sensiblement aggravé pour être limité, en droit positif, par un triple plafond. En

[1] En dernier lieu, la Chancellerie a présenté, en 2016, un avant-projet de réforme de la responsabilité civile soumis à consultation publique. Il comportait un article 1266 prévoyant l'introduction, dans le droit commun, de l'amende civile en vue de sanctionner l'auteur d'un dommage qui aurait « délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur ». Les consultations ont débouché sur la présentation d'un projet de réforme le 13 mars 2017. C'est désormais l'article 1266-1 qui prévoit ce dispositif. V. sur le sujet, parmi l'abondante littérature souvent réservée, voire critique, M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n° 22, p. 17 ; S. CARVAL, « L'amende civile », *JCP G*, 25 juillet 2016, suppl. au n° 30-35, p. 42 ; E. DREYER, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.,* 2017, p. 1136 ; J. PROROK, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 2018, p. 327. La proposition de loi déposée au Sénat a toutefois abandonné cet élément. V. proposition de loi n° 678 *portant réforme de la responsabilité civile,* enregistrée le 29 juillet 2020, sur laquelle v. M. BACACHE, « Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *JCP G,* 2020, 1007.

[2] À ce titre, son champ de prédilection semble être celui de l'abus de droit d'agir en justice. V. la formule générale de l'art. 32-1 CPC et ses différentes déclinaisons (par ex. art. 559 CPC en matière d'appel, art. 177-2 CPP en matière de constitution de partie civile dans le procès pénal). On la retrouve aussi en sanction de la méconnaissance de leur charge, publique ou civile, par certains professionnels, v. par ex. art. 50 C. civ. pour les officiers publics. Pour une liste plus complète v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA,* 2002, n° 232, p. 36, spéc. n° 5.

[3] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles régulations économiques.*

[4] D'abord par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (dite « LME »). Ensuite par « le vote à l'aveugle » de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* (« Loi Macron ») qui prévoyait un plafond alternatif correspondant à 5% du chiffre d'affaires réalisé en France par l'entreprise sanctionnée sur l'exercice précédant celui au cours duquel la pratique a eu lieu. Malgré l'opposition et le retrait de ce nouveau plafond par des parlementaires, le ministre de l'Économie l'a fait réintroduire par amendement (v. le commentaire acerbe de M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile devant le Parlement ou le vote à l'aveugle ! »,

application de l'alinéa 3 de l'article L. 442-4 du Code de commerce, l'amende prononcée ne peut excéder le montant le plus élevé entre : 5 millions d'euros, le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus par l'auteur de la pratique et 5% du chiffre d'affaires réalisé en France par celui-ci lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été commises. Dans certaines hypothèses, le calcul du maximum encouru « donne le vertige »[1] !

237. Objectifs. L'objectif affiché au soutien de l'introduction de l'amende civile est louable : il consiste à pallier l'absence de dommages et intérêts punitifs et l'insuffisance du droit commun de la responsabilité civile pour faire face à ce qui est communément qualifié de « faute lucrative »[2/3]. Afin de faire davantage que ce que permet le principe de réparation intégrale et pour préserver, malgré la dépénalisation, l'aspect dissuasif de l'arsenal de lutte contre les pratiques restrictives, l'amende civile constituait l'outil adéquat. Il s'agit donc bien de punir, de confisquer, de priver le fautif d'un profit illicite et ce, sans qu'il soit nécessaire de renverser les dogmes sur lesquels repose le droit français de la responsabilité civile – ce qu'impliquerait l'introduction de dommages et intérêts punitifs – ni besoin d'utiliser l'outil traditionnel pour ce faire ; objectif « officieux » sujet à davantage de réserve.

En effet, pour sanctionner en infligeant une peine et dissuader les velléités de commission de l'illicite, la voie naturelle est celle initialement retenue de la sanction pénale[4]. C'est également pour échapper à certaines « lourdeurs » de la sanction et de la procédure pénales – néfastes à l'efficacité et, incidemment, à l'effectivité du dispositif – que l'amende civile a été instaurée à la faveur du mouvement de dépénalisation. Ce choix a aussi été fait « pour un objectif un peu moins louable [de] ne pas se voir entraver par les principes protecteurs du droit pénal » car « le droit pénal punit, mais le droit pénal protège avant que de punir »[5]. L'objectif était donc aussi

RDC, 2015, p. 535). Enfin par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* (« Loi Sapin II »).

[1] Lorsque l'entreprise en cause est un groupe, le calcul est effectué à l'échelle des résultats de ce groupe. V. M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, qui, sur la base du chiffre d'affaires réalisé par le groupe Carrefour en 2014, calcule le montant maximum de l'amende encourue qui avoisine les deux milliards d'euros !

[2] Qui peut être définie comme la faute dont le gain ou l'économie qui en résulte pour son auteur est d'un montant supérieur à ce que pourrait demander autrui au titre de l'indemnisation du dommage qui en a résulté pour lui. Sur cette notion v. D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA*, 2002, n° 232, p. 27 et l'étude complète de G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, *La faute lucrative en droit de la concurrence,* précitée.

[3] Pour simplifier, le principe de réparation intégrale qui gouverne le droit de la responsabilité civile laisse place aux calculs pour les opérateurs. Dès lors que le gain ou l'économie qu'ils espèrent tirer de la faute est d'un montant supérieur à celui auquel ils s'exposent en cas d'action en réparation intentée par les victimes, la responsabilité civile est dénuée de tout effet dissuasif et la tentation de la faute, ici des pratiques restrictives, est grande. Pour des présentations plus complètes v. J. PROROK, article précité et G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, thèse précitée.

[4] « Le droit pénal est le droit de la peine par excellence » (M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », précité, n° 4).

[5] M. BEHAR-TOUCHAIS, articlé précité, n° 4.

de contourner les garanties offertes par ce droit qui auraient probablement été, entre autres, incompatibles avec les modalités d'action du ministre[1] sur lesquelles nous reviendrons.

Reste que les fonctions attribuées à un outil juridique en colorent la nature, laquelle a d'inévitables conséquences sur son régime. « Il ne suffit donc pas de dire qu'une amende est civile pour échapper à l'application des principes protecteurs du droit pénal ! »[2]. Quelques doutes sont ainsi permis à l'égard de cette qualification légale.

238. Une qualification légale discutable. « On a tout de même un peu le sentiment que l'amende civile n'est pas civile par essence. Elle ne l'est que par la volonté du législateur »[3]. Or cette volonté ne pouvait suffire à pleinement dispenser le dispositif de l'observation des garanties attachées au droit répressif dont le juge constitutionnel et la Cour EDH font une interprétation et une application extensives. Que le critère du passage de la qualification formelle d'amende civile au droit répressif et à l'application des garanties qui lui sont attachées soit la gravité de la peine encourue[4] ou « la volonté répressive »[5] de l'auteur de la norme, voire les deux, le doute était limité en la matière. Des auteurs l'avaient pressenti[6], la jurisprudence l'a confirmé.

Les juges constitutionnels ont expressément jugé que, par principe, les garanties attachées à la matière répressive étaient applicables à l'amende civile[7]. Bien qu'elle ne se soit jamais

---

[1] *Ibid.,* l'auteur explique qu'« une action aussi exorbitante que celle de L 442-6 III [actuel art. L. 442-4 C. com.] n'aurait pas eu droit de cité au pénal ».

[2] M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce est bien répressive », note sous Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *RDC*, 2011/2, p. 536.

[3] M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », précité, n° 24.

[4] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », précité, n° 6, qui explique que l'amende civile, qui n'a *a priori* pas de caractère répressif, « devient en revanche répressive quand elle est d'un montant élevé dans le texte d'incrimination ».

[5] T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, 2013, n° 699, qui propose ce critère à la lecture de la jurisprudence du Conseil constitutionnel notamment.

[6] V. les contributions précitées de Mme Behar-Touchais et de M. Perroud. V. encore A.-S. CHONÉ, thèse précitée, n° 601, qui relève le rapprochement de l'amende civile et de l'amende pénale et plaide pour « veiller scrupuleusement à accorder toutes les autres garanties qui existent en procédure pénale ». V. aussi, qui relève que la publicité systématique des décisions infligeant des amendes civiles s'inscrit pleinement dans une ferme volonté de sanctionner et de dissuader : M. MALAURIE-VIGNAL, « L'exemplarité de l'amende civile », *in* C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale. Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles, Actes du colloque tenu le 27 novembre 2017 à la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier*, LexisNexis, 2018, p. 115 et s., spéc. n° 31-32.

[7] Rendue sur QPC, la décision qui concerne l'amende civile en matière de pratiques restrictives ne fait pas expressément mention du concept de « sanction ayant le caractère d'une punition », mais l'esprit ne laisse pas place au doute. Contrairement à ce qui avait pu être jugé par des juridictions de fond (v. CA Nîmes, 25 février 2010 *SAS Carrefour France c/ Min. de l'économie*, n° 07/00606*,* sur lequel v. M. BEHAR-TOUCHAIS, *RDC,* 2010, p. 1331, qui dénonçait une « régression de l'État de droit ») les Sages décident que les garanties rattachées à la matière répressive – en l'espèce le principe de légalité des délits et des peines (art. 8 DDHC) – sont applicables à l'amende civile prévue en répression du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux. V. Cons. const., décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 *Ets. Darty et Fils ; D.*, 2011, p. 415, note Y. PICOD et p. 392, chron.

prononcée sur le dispositif à l'étude, l'observation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à la notion fonctionnelle de « matière pénale » conduit à la même conclusion[1].

Reste qu'un récent arrêt, qui a eu les honneurs du Bulletin, a approuvé les juges du fond d'avoir fait application de la notion d'entreprise et du principe de continuité économique pour imputer à une société la pratique restrictive commise par une SAS qu'elle a absorbée postérieurement à la commission des faits et la condamner à une amende civile[2]. Cette solution, « directement inspirée du droit des pratiques anticoncurrentielles »[3], conduit à une forme d'aménagement, sinon de véritable contournement du principe de personnalité des peines[4]. Le juge constitutionnel semble s'en être partiellement et prudemment accommodé[5] ; la Cour de cassation a, elle, réitéré en ce sens[6]. Nous verrons les conséquences que cette solution pourrait avoir sur le terrain du recours juridictionnel.

En tout état de cause, la qualification d'amende civile est discutable ; elle fait figure de qualification « formelle quelque peu antinomique »[7] et ne résulte *in fine* que de la compétence

---

M. CHAGNY ; *AJ pénal,* 2011, p. 191, obs. J.-B. PERRIER et M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce est bien répressive », précité.

[1] V. les critères posés par CEDH, 8 juin 19876, *Engel et al. c/ Pays-Bas,* req. n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72. Pour intégrer un dispositif à cette « matière pénale » et exiger l'application des garanties qui lui sont attachées, la Cour tient compte de la qualification retenue par le droit interne – dont on a vu qu'elle était « formelle et antinomique » concernant l'amende civile – de la nature de l'infraction et de la gravité de la sanction encourue. Les deux derniers critères semblent présenter une importance particulière (v. à ce sujet F. SUDRE, *JCl. Europe Traité*, fasc. 6526, n° 63). Or concernant l'amende en matière de pratiques restrictives, il s'agit bien de la transgression d'une norme générale ayant un double objet répressif et dissuasif et le montant maximum de l'amende encourue est « grave », voire potentiellement « vertigineux ». Il fait donc peu de doute que ce mouvement de « pénalisation » de sanctions non qualifiées de pénales par les systèmes nationaux, mené par la Cour, conduise à ce qu'elle soit soumise aux garanties du droit répressif.

[2] Com., 21 janvier 2014, n° 12-29166 (Bull. IV, n° 11). Se fondant sur l'appartenance de l'amende civile prévue par l'ancien article L. 442-6 à la matière pénale, la société absorbante invoquait une violation des articles 8 et 9 de la DDHC, fondements du principe de personnalité des peines. La Cour rejette le moyen en jugeant que « les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute *entreprise*, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite ; que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'*entreprise* a été juridiquement transmise » (nous soulignons).

[3] L. ARCELIN, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.,* 2018, p. 575, spéc. n° 45.

[4] L. ARCELIN, « « L'adaptabilité » du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJCA,* 2016, p. 338.

[5] Cons. const., décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016 *Sté ITM Alimentaire*. Si le Conseil juge que l'art. L. 442-6, tel qu'interprété par l'arrêt de 2014, ne porte pas atteinte aux dispositions constitutionnelles, le commentaire de la décision par ses services relève que « contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 442-6 ne vise pas expressément l'entreprise comme responsable des pratiques restrictives, mais leur « auteur », soit « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » » (p. 5 du commentaire de la décision disponible sur le site du Conseil). Cette prudence tend presque à la confusion…

[6] Com., 5 juillet 2016 *Sté Groupe Planet Sushi c/ blue Ocean Venture*, n° 14-27030, qui approuve l'arrêt par lequel la Cour de Paris a imputé la rupture brutale initiée par des filiales sans autonomie à leur société mère.

[7] R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, précité, n° 521.

des juridictions civiles et commerciales pour la prononcer[1]. De ce point de vue, elle a permis une spécialisation et unification qui peuvent être saluées : les autres sanctions prévues en matière de pratiques restrictives relèvent en effet de la compétence de ces mêmes juridictions.

ii. Les sanctions civiles classiques

239. Spécificité limitée. Sans grande originalité, outre l'amende civile, l'article L. 442-4 du Code de commerce et les textes auxquels il renvoie prévoient l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique – donc l'indemnisation de la victime – la nullité de la clause ou du contrat qui en constitue le support et la répétition de l'indu ou, dit autrement, les restitutions. Est par ailleurs prévue la possibilité de solliciter le juge afin qu'il ordonne la cessation des pratiques illicites[2]. Ce panel n'appelle pas de commentaire particulier. C'est davantage sur le terrain de la mise en œuvre de l'action judiciaire et du prononcé de ces différentes sanctions que l'intérêt existe au regard de notre objet d'étude[3].

b. Mise en mouvement et prononcé

240. Particularités. L'arsenal de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence présente cette spécificité que la « mise en mouvement »[4] des actions tendant au prononcé des différentes sanctions peut résulter de l'initiative d'autorités publiques ou de celle d'opérateurs économiques[5] (i). En tout état de cause, ces actions relèvent en principe de la compétence de juridictions judiciaires spécialisées (ii). Nous verrons toutefois qu'une sérieuse remise en cause de cette spécialisation a récemment été amorcée par une décision du Tribunal des conflits (iii).

i. Actions publiques et actions privées

241. Organisation d'une « mise en mouvement » publique. Dès 1986, des autorités publiques se sont vu octroyer le pouvoir d'engager l'action judiciaire tendant au prononcé de certaines sanctions contre les auteurs de pratiques restrictives de concurrence[6]. En renforçant ainsi la

[1] M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 10 et 11.
[2] Injonction qui pourrait d'ailleurs être classée parmi les « sanctions répressives » davantage que civiles. C'est la position de A.-S. CHONÉ, thèse précitée, n° 351. Nous raisonnons pour notre part avant tout au regard de la compétence offerte aux juridictions civiles afin de la distinguer des mesures administratives.
[3] Pour une approche critique plus générale relative au cumul des sanctions (civiles et répressives) et actions v. A.-S. CHONÉ, thèse précitée, n° 351-359 ; J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III du Code de commerce », *JCP E,* 2007, 1864.
[4] L'importante dimension répressive du dispositif étudié justifie cet emprunt au vocabulaire de la procédure pénale
[5] Qui peuvent être des personnes publiques victimes de telles pratiques. Pour simplifier la dichotomie, nous distinguerons les actions « publiques » des actions « privées », bien que l'expression soit quelque peu réductrice.
[6] Ministère public, président du Conseil de la concurrence et ministre chargée de l'économie, le droit d'action de ces deux dernières autorités étant l'un des principaux éléments caractéristiques de ce dispositif qui le distingue, notamment, de celui applicable en matière de concurrence déloyale. V. art. 36 de l'Ordonnance de 1986. Sous

dimension répressive et régulatoire du dispositif, le législateur entendait remédier à l'apathie – causée par la négligence ou par la crainte de représailles – des victimes de telles pratiques.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001, le ministre de l'Économie – dont les pouvoirs sont délégués à la DGCCRF[1] – peut saisir le juge d'actions tendant au prononcé de l'ensemble des sanctions prévues par l'article L. 442-4 du Code de commerce. Le ministère public dispose des mêmes pouvoirs d'impulsion qu'il exerce en pratique trop rarement[2]. Quant au président de l'Autorité de la concurrence, grand perdant de la « guerre des pouvoirs » qui a opposé l'ancien Conseil de la concurrence et la DGCCRF, il a été privé de l'essentiel de ses prérogatives en la matière et « l'ostracisme » à son encontre se poursuit manifestement puisque les réformes récentes n'ont pas jugé utile de l'en rétablir[3]. Cela justifie que nous nous focaliserons dans la suite du propos sur le pouvoir d'impulsion du ministre.

242. Demandes partagées et demandes réservées. Le dispositif en vigueur repose ainsi sur cette dualité : l'action peut être exercée par les services du ministère de l'économie – elle est alors « autonome »[4] – ou par des opérateurs économiques victimes de pratiques illicites.

---

l'empire de ce régime, ce droit d'action couvrait cependant un champ limité à l'exercice de l'action tendant à solliciter la cessation de la pratique illicite (v. Com., 5 décembre 2000, n° 98-17705)

[1] En application du décret n° 2010-1010 du 30 août 2010. V. E. KERGUELEN, *Les pratiques restrictives. L'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce à travers la jurisprudence,* Concurrences, 2015, n° 1173 : qui explique qu'en la matière, « le ministre délègue sa compétence aux directeurs régionaux des DIRECCTE » (actuelles DREETS).

[2] Un auteur explique qu'en pratique, les actions – notamment celles tendant au prononcé d'amendes civiles – sont exercées par le ministre sur sollicitation de victimes (M. MALAURIE-VIGNAL, « L'exemplarité de l'amende civile », précité, p. 117-118).

[3] Vocabulaire guerrier emprunté à M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, spéc. n° 30 et 31. En droit positif, le président de l'Autorité peut saisir le juge mais ne peut guère lui demander davantage que d'ordonner la cessation des pratiques illicites.

[4] L'action du ministre, quel que soit son objet et quand bien même elle comporterait une demande partagée, est toujours autonome. Il en résulte plusieurs conséquences. D'abord, elle est toujours de nature quasi-délictuelle et soumise à l'option offerte par l'article 46, al. 3 du CPC : le ministre peut saisir la juridiction spécialisée de son choix entre celles du ressort du domicile du défendeur, du lieu du fait dommageable ou du lieu où le dommage a été subi (Com., 18 octobre 2011, n° 10-28005). Aucune clause attributive de juridiction ou compromissoire ne lui est opposable (v. CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784 et Civ. 1ère, 6 juillet 2016, n° 15-21913).

Des difficultés peuvent néanmoins surgir lorsque le litige oppose une société française et une société étrangère : si une clause attribue compétence aux juridictions étrangères, l'action du ministre est-elle envisageable ? *A priori*, le ministre ne peut se voir opposer une telle clause. Il pourra alors saisir une juridiction française qui fera application du Code de commerce (le dispositif à l'étude est qualifié de loi de police, v. *infra*) à condition que l'un des critères de rattachement prévus par le droit international privé permette d'attribuer compétence aux juridictions françaises. Ce sera souvent le cas car en en matière délictuelle, compétence peut être attribuée aux juridictions de l'État sur le territoire duquel l'évènement causal a eu lieu ou sur le territoire duquel le dommage a été subi (c'est ainsi qu'est interprétée l'expression de « lieu du fait dommageable » du Règlement n° 1215/2012 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, v. CJCE, 30 novembre 1976 *Mines de potasse d'Alsace SA*, aff. C21/76). Que l'entreprise française soit auteur ou victime de la pratique, l'une de ces branches de l'alternative sera bien souvent possible.

La solution pourrait être la même si les parties désignent comme loi applicable à leur contrat une loi étrangère (ce qu'elles ne peuvent d'ailleurs pas toujours faire ; l'art. 6 du Règlement n° 864/2007 *sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (« Rome II »), qui est consacré à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence, prévoit (1.) « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de

Certaines des demandes visées par l'article L. 442-4 relèvent toutefois du monopole de la DGCCRF ; d'autres peuvent être formulées par ces derniers ou par les opérateurs économiques. En empruntant la « distinction cardinale » proposée par un auteur, nous qualifierons les premières « de demandes réservées » et les secondes « de demandes partagées »[1].

Depuis la « refonte » de la matière intervenue par l'ordonnance d'avril 2019[2], la catégorie des demandes réservées semble contenir la seule demande tendant au prononcé de l'amende civile[3].

Toutes les autres demandes sont donc partagées. L'intégration récente des demandes tendant à la cessation de l'illicite dans cette catégorie conduit à donner qualité à des opérateurs privés pour exercer des actions poursuivant un objectif de régulation et, de ce fait, à outrepasser le rôle traditionnellement confié aux parties dans une instance civile [4]. Du point de vue inverse, le ministre de l'Économie, par-delà son rôle de régulateur de la concurrence qui lui donne qualité à agir en vue du prononcé des mesures tendant au rétablissement de la légalité, endosse le rôle de représentant de la victime lorsqu'il exerce les « actions partagées », dont le résultat ne profitera qu'à celle-ci (nullité, restitution et réparation). De ce mélange des genres résultent quelques inévitables difficultés d'articulation.

---

concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être » et (4.) qu'il ne peut être dérogé à la loi ainsi désignée). Dès lors que le ministre trouvera un critère de compétence des juridictions françaises, celles-ci écarteront la loi étrangère en invoquant le caractère de loi de police du dispositif de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence, à condition toutefois que la situation présente un lien de rattachement avec le territoire ou l'économie national (sur cela v. M.-E. BURUIANA, *L'application de la loi étrangère en droit international privé*, thèse Bordeaux, 2016, spéc. n° 229 et s. et, pour des développements spécifiques à la matière, H. DELANNOY, « Le droit des pratiques restrictives 30 ans après », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-C. FOURGOUX, *Le droit français de la concurrence, trente ans après*, précité, p.129 et s., spéc. p. 132-136).

[1] C. GRIMALDI, « L'action du ministre dans la mise en œuvre de l'article L. 442-1 C. com. : Une action autonome, dans quelle mesure ? », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90894

[2] Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 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*

[3] Bien que la question soit débattue, l'ouverture de l'action en nullité à la victime semble être une nouveauté. Après avoir été, un temps, « très maladroitement » admise, la Cour de cassation avait jugé que les opérateurs ne pouvaient agir en nullité sur fondement de l'art. L. 442-6 ancien (Com., 24 mai 2017, n° 15-18484). Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, la chose est claire : la victime peut aussi agir en nullité, ce que dénonce une partie de la doctrine qui y voit un risque « d'actions opportunistes », v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ? », précité, n° 27-29.

[4] Outre l'ouverture de l'action en nullité, l'ordonnance a ainsi reconnu, « de manière assez énigmatique à "[t]*oute personne justifiant d'un intérêt*", et donc semble-t-il à la victime, la possibilité de demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques. Ne serait donc plus réservée au ministre que la possibilité de demander le prononcé d'une amende » (C. GRIMALDI, article précité, n° 1). V. l'art. L. 442-4, I, al. 2 C. com. On peut y voir un prolongement, peut-être excessif, de la logique dont le législateur a voulu imprégner le *private enforcement* en matière de pratiques anticoncurrentielles.

243. Articulation délicate. Lorsqu'il exerce une *action ou une demande partagée*, dont la victime est aussi titulaire et dont le résultat lui profitera[1], le ministre agit en qualité de représentant légal. Il doit donc en informer la victime[2]. Or le représentant ne peut avoir davantage de droits ou de pouvoir que son mandant. La question se pose alors de la possibilité pour le ministre d'exercer une action partagée alors que la victime a perdu son droit d'agir ; qu'elle y ait renoncé par transaction ou qu'elle en soit déchue par l'effet de la prescription. S'agissant de l'action en indemnisation ou en restitution, rien ne justifie que le ministre puisse agir si l'action de la victime est éteinte. Cela reviendrait *in fine* à donner à la victime qui, seule profite du fruit de l'action, plus de droits qu'elle n'en a et par la même occasion d'alourdir les obligations de son cocontractant sans que rien ne le justifie[3]. Le même raisonnement pourrait être mené pour l'action en nullité, du fait de son caractère visiblement relatif[4]. L'analyse doit être plus nuancée concernant la cessation de l'illicite. Elle n'est plus, depuis l'ordonnance de 2019, une demande réservée. Néanmoins on peine à l'assimiler parfaitement à une demande partagée exercée, en représentation de la victime, par la voie du ministre. Cela car son produit sera profitable *erga omnes,* l'action tend bien au rétablissement de la légalité et participe du maintien du bon fonctionnement du marché[5]. Alors il serait plus délicat d'étendre à l'action du ministre l'extinction de celle de la victime. Cette action du ministre mériterait d'être détachée de celle de la victime et de suivre le régime des actions et demandes réservées.

Lorsqu'il présente au juge une demande tendant au prononcé d'une amende, le ministre exerce une *action attitrée qui lui est propre* et n'agit plus en représentation de la victime. L'action est véritablement publique et tend à la répression de l'illicite, donc au rétablissement de la légalité et *in fine* à la protection de l'intérêt général, au moins concurrentiel. Il en résulte qu'elle

---

[1] Sont visées les demandes en nullité, en responsabilité, en restitution des sommes indûment versées et, depuis l'ordonnance de 2019, en cessation des pratiques. Concernant cette dernière, notons que son résultat peut intéresser, au-delà de la victime, de nombreux tiers.

[2] Conformément à la réserve d'interprétation émise par le juge constitutionnel (Cons. const., décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011 *Système U*). V. aujourd'hui l'art. L. 442-4, I, al. 3 C. com.

[3] Comp. C. GRIMALDI, article précité, n° 9.

[4] Dans un arrêt (Com., 11 septembre 2012, n° 11-17458) la Cour vise « la nullité d'ordre public économique » mais rejette le moyen du pourvoi tendant à voir appliquer le délai de prescription des actions en nullité absolue, ce qui est un premier indice. Surtout, l'actuel art. L. 442-4 C. com. limite les titulaires de l'action en nullité, ce dont on pourrait déduire qu'il s'agit d'une nullité relative. L'analyse est un peu fragile car elle repose sur un renversement de perspective : on déduit du régime (titulaires limités de l'action) la nature (nullité relative). Il est en tout cas certain que la nullité dont il est question ici est soumise, en partie au moins, au régime de la nullité relative ; ce dont on peut déduire que l'action en nullité exercée par le ministre l'est en représentation de la victime de la pratique (dont le seul intérêt est protégé si la nullité est bien relative).

[5] V. CA Paris, 4 juillet 2013, n° 12/07651 : traitant de l'information des parties en cas de demande partagée (sous le régime antérieur à l'ordonnance de 2019) la Cour explique bien que tant la demande en prononcé d'une amende civile que celle en cessation des pratiques relèvent d'une action autonome du ministre « visant à maintenir ou à rétablir l'ordre public économique ».

« devrait se prescrire de manière autonome, et la transaction de la victime devrait être dépourvue de tout effet »[1]. Pourtant, la Cour de cassation a déjà censuré des juges du fond ayant jugé recevable l'action du ministre tendant au prononcé de dommages et intérêts (censure compréhensible au regard de ce qui vient d'être dit) et d'une amende civile au motif qu'une transaction était intervenue entre la société victime des pratiques (rupture brutale en l'espèce) et le responsable[2]. Cette censure est incompréhensible au regard de l'action tendant au prononcé de l'amende. Partageons la ténacité d'un auteur qui considère que cette solution « ne peut qu'évoluer »[3]. Quelques questions peuvent également se poser à l'égard du régime de prescription applicable à une telle action[4].

[1] C. GRIMALDI, article précité, n° 9.

[2] Com., 16 décembre 2014, n° 13-21363. Après avoir jugé, au visa des art. L. 442-6, I, 5° C. com. ancien et 1134, 2044 et 2046 C. civ. anciens que « si le premier texte institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation, il ne leur interdit pas de convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture », la Cour reproche aux juges du fond de n'avoir pas tiré les conséquences de leur constatation qu'était intervenu un protocole d'accord entre les parties en jugeant recevable l'action du ministre. Par suite, la juridiction de renvoi a expressément jugé que la transaction était opposable au ministre et qu'elle le privait d'action (CA Paris, 15 février 2017, n° 15/00228).
Cette solution a été approuvée par un auteur qui avance qu'il « serait douteux de considérer qu'il existe encore un trouble à l'ordre public économique quand les parties ont valablement transigé » (G. TOULOUSE, « Critères de validité et opposabilité d'une transaction à la suite de la rupture brutale d'une relation commerciale établie », *LEDICO,* avril 2017, n° 110f8, p. 2). Mais la transaction et l'amende civile ne poursuivent pas le même objet : la première a une dimension indemnitaire, la seconde une dimension répressive et rétributive. L'observation de la matière pénale confirme bien que l'indemnisation de la victime par l'auteur de l'infraction n'exclut pas la mise à sa charge d'une « dette » au profit de la société, laquelle a subi une atteinte du fait de ce comportement délictueux. Si infraction il y a, la transaction ne doit pas empêcher le prononcé de l'amende et son paiement au trésor public.
Pour être complet, précisons que l'une des spécificités de l'espèce tenait à ce que les parties étaient, en amont, convenues d'accords tendant à la diminution progressive des commandes du distributeur auprès du fournisseur contre indemnisation du manque à gagner de ce dernier. On aurait pu déduire que ces accords supprimaient en quelque sorte l'abus. Mais l'article L. 442-6, I, 5° C. com. ancien relatif aux délais de préavis est une disposition d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger. Rien ne justifiait donc d'empêcher l'action du ministre.

[3] C. GRIMALDI, article précité, n° 10.

[4] Faute de texte spécifique, le délai de 5 ans est applicable à son action (art. 2244 C. civ.). C'est son point de départ qui interroge : si l'on acceptait de le faire partir « à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » (ce qui viserait, dans notre cadre, la découverte de la pratique) le seul délai qui contraindrait vraiment les services du ministre serait le délai de buttoir de 20 ans qui part « à compter de la naissance du droit » (art. 2232 C. ci.). Cette solution paraît disproportionnée eu égard au caractère répressif du dispositif et au montant vertigineux que peut atteindre l'amende.
Pour rappel, en droit pénal, la prescription de l'action publique a pour point de départ de principe le jour de la commission de l'infraction et elle est de 6 ans concernant les délits (art. 8 CPP ; 20 ans pour les crimes : art. 7 CPP et 1 an pour les contraventions : art. 9 CPP). Ce n'est qu'en présence d'une infraction occulte ou dissimulée que le délai peut être reporté (v. art. 9-1, al. 2 CPP qui fixe alors un délai buttoir de 12 ans pour les délits et de 30 ans pour les crimes) et en présence d'une infraction continue ou lorsque l'action publique est rendue impossible par un cas de force majeur qu'il peut être suspendu (v. art. 9-3 CPP). Un auteur suggère l'application de ce régime qui conduirait à des solutions plus sages (C. GRIMALDI, article précité, n° 11) ; position que ne semblent pour le moment pas adopter les juges (v. CA Paris, 5 janvier 2022, n° 20/00737, qui fait application du point de départ glissant applicable à la procédure civile et l'analyse critique de M. BEHAR-TOUCHAIS, « De l'oubli par les juges du caractère d'action publique répressive de l'action du ministre », *LEDICO,* février 2022, n° DDC200o7, p. 4).

L'hybridité du dispositif et ce mélange des genres ne sont donc pas sans poser difficulté. Cela n'a pas empêché le législateur d'en confier la mise en œuvre à la compétence exclusive de certaines juridictions civiles et commerciales.

ii. Spécialisation fragile de juridictions judiciaires

244. Objectifs et organisation. Depuis la loi « LME » d'août 2008[1], les litiges relatifs aux pratiques restrictives de concurrence – et donc, la mise en œuvre de l'arsenal qui vient d'être présenté – relèvent, en premier ressort, de la compétence exclusive de certaines juridictions civiles et commerciales[2]. Sont désignées les seize juridictions déjà spécialisées en matière de *private enforcement*[3]. La compétence territoriale se ventile entre elles en application des principes communs de la procédure civile[4]. L'appel interjeté contre leurs décisions relève de la compétence de la seule Cour d'appel de Paris[5] sous le contrôle de la Cour de cassation.

Cette solution, rendue possible par la qualification légale d'amende civile dont nous avons présenté les artifices, poursuivait des objectifs déjà rencontrés : spécialisation de certaines juridictions pour connaître d'un contentieux réputé technique et concentration dudit contentieux au sein d'un même ordre pour assurer le développement d'une jurisprudence cohérente et unifiée[6]. Elle a reçu un accueil très mitigé, nombre d'observateurs considérant que le caractère transversal de la matière, la masse contentieuse dont elle est la source et le faible de nombre de juridictions compétentes en première instance provoquent un inévitable encombrement des rôles dans un champ où l'efficacité du dispositif dépend pourtant largement de son aptitude à la célérité[7]. Des auteurs doutent même que le contentieux des pratiques restrictives soit d'une

---

[1] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie.*

[2] Art. L. 442-4, III C. com. (ancien art. L. 442-6, III, al. 5)

[3] V. le décret n° 2009-1384 *relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence* sur lequel v. M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures*, 2011, n° 4, dossier 10 ; F. BUY, « Regroupement des contentieux de l'article L. 442-6 du code de commerce. Le décret du 11 novembre 2009, son imprécision et le risque procédural relatif », *JCP E*, 2009, act. 591. V. art. D. 442-3 et D. 442-4 C. com. qui renvoient aux annexes 4-2-1 et 4-2-2. La liste de ces juridictions a été rappelée à l'occasion de l'étude du *private enforcement*, v. *supra*.

[4] Art. 42 et s. CPC. À ce titre les parties commerçantes pourraient attribuer compétence à une autre juridiction spécialisée que celle désignée par application des règles de compétence territoriale (v. art. 48 CPC).

[5] Al. 2 des art. D. 442-3 et D. 442-4 C. com.

[6] V. les propos généraux de C. LEMAIRE, D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E*, 2006, 2590 et nos développements déjà consacrés à la question (spéc. § I de la présente Section) et, concernant le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, *supra*, n° 212 et s. La spécialisation en matière de pratique restrictive est par ailleurs complétée par la possibilité offerte aux juridictions appelées à faire application des dispositions envisagées de saisir la Commission d'examen des pratiques commerciales pour avis (art. L. 440-1, IV C. com.). Cette possibilité poursuit les deux mêmes objectifs en offrant le regard d'un expert unique dont le rôle est strictement consultatif.

[7] V. par ex. M. CHAGNY, article précité, n° 8 et 9 ; F. BUY, « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle », *in* C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale,* précité, p. 131, qui parle d'un contentieux « mâtiné de problématiques relevant du droit commun » et le dossier

technicité telle qu'il justifie cette spécialisation[1]. Malgré ces critiques, réserves et des propositions alternatives[2], elle demeure en droit positif et soulève quelques difficultés.

245. Difficultés. Plusieurs de ces difficultés sont similaires à celles rencontrées en matière de *private enforcement*[3], nous nous contenterons par conséquent de les évoquer brièvement.

En premier lieu, les caractères diffus et transversal du droit des pratiques restrictives conduit à ce qu'il soit souvent invoqué, à titre accessoire ou reconventionnel, au cours d'affaires relevant du droit commun ou d'autres branches de droit spécial, parfois également attribuées à la compétence exclusive de certaines juridictions. Plusieurs questions se posent alors quant à *l'étendue de la compétence des juridictions spécialisées* en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'articulation avec le contentieux des marques, dessins et modèles a donné lieu à une jurisprudence discutable contraignant le demandeur à engager deux actions parallèles[4]. De manière générale, lorsqu'une demande est fondée à la fois sur le droit commun et sur celui des pratiques restrictives, il est jugé qu'elle relève de la compétence exclusive des juridictions

De la sanction de l'abus contractuel à celle des pratiques restrictives de concurrence (Vers un nouveau droit de la concurrence ?), Actes de la conférence tenue à Lyon le 28 mai 2015, *Concurrences*, n° 1-2016, spéc. la contribution de N. FERRIER et S. HOTTE, « De l'influence du droit des contrats sur les pratiques restrictives de concurrence ».

[1] V. N. FERRIER et S. HOTTE, article précité et O. DESHAYES, « La rupture brutale des relations commerciales (à peine) réformée », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90892, spéc. n° 35 et 38. L'auteur relève que « le domaine d'application du texte est si vaste qu'il est illusoire de penser que les juridictions spécialisées pourront acquérir une connaissance précise des contraintes économiques pesant sur les acteurs ainsi que des usages qui gouverneraient leurs relations » et que le texte qu'il commente, relatif à la rupture brutale, « n'institue pas une règle complexe dont la mise en œuvre requerrait une pratique fréquente : il ne fait – pour ce qui concerne les relations entre les parties – qu'instituer un banal cas de responsabilité civile ». Il est souvent relevé qu'à l'inverse du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, celui des pratiques restrictives n'invite pas le juge à procéder à une analyse économique approfondie mais le conduit à un raisonnement et au maniement d'outils plus proches de son office « traditionnel » (par ex. M. CHAGNY, article précité, spéc. n° 6 et 7). Nous reviendrons sur ces questions dans notre seconde partie.

[2] V. par ex. S. GUINCHARD (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport remis à Mme la garde des Sceaux,* La Documentation française, juin 2008*,* proposition n° 11, qui suggère de spécialiser une juridiction de première instance par ressort de cour d'appel en matière de marques dessins et modèles et pour « les contentieux connexes, notamment de droit de la concurrence », et AFEC, *Observations de l'AFEC sur les évolutions souhaitables en matière de pratiques restrictives de concurrence visées au titre IV du livre IV du Code de commerce*, septembre 2017, (spéc. p. 12 où il est suggéré de mettre fin à la spécialisation en matière de rupture brutale), disponible sur le site de l'AFEC.

[3] V. *supra*, n° 217 et s.

[4] Les art. L. 522-2, R. 522-1 et R. 211-7 CPI prévoient la compétence exclusive du tribunal judiciaire (ancien TGI) de Paris en matière de marques, dessins et modèles communautaires « y compris lorsque ces actions et demandes portent à la fois sur une question de dessins ou modèles et sur une question connexe de concurrence déloyale ». Saisie de l'articulation avec la compétence spéciale de la juridiction commerciale pour faire application de l'ancien art. L. 442-6 C. com., la Cour de cassation a réglé le conflit en faveur de la compétence de cette dernière (Com., 6 septembre 2016, n° 15-16108). La solution n'allait pas de soi : la Cour d'appel avait jugé l'inverse en invoquant « l'unité de la question litigieuse » et « l'opportunité » que toutes les demandes formulées, qui présentaient un lien entre elles, soient jugées par une même juridiction. La Cour de cassation, adoptant une interprétation littérale de la prorogation de compétence du TGI de Paris, limitée aux questions connexes de concurrence déloyale, impose que la demande relative aux pratiques restrictives soit portée devant une juridiction spécialisée.

spécialisées ; l'étendue de la réserve est donc potentiellement très vaste et l'articulation avec le droit commun donne lieu à quelques « variations procédurales »[1].

En deuxième lieu, des difficultés peuvent naître des rapports entre cette spécialisation et *l'aménagement conventionnel* des parties : que soit envisagée la présence d'une clause attributive de compétence territoriale – la dérogation à la « compétence » matérielle étant exclue[2] – ou d'une clause compromissoire. La possibilité de déroger, dans les relations internes entre commerçants[3], à la compétence territoriale des juridictions spécialisées semble admise[4] mais ne peut produire aucune conséquence au stade du recours : seule la Cour de Paris demeure compétente. Dans les relations présentant un élément d'extranéité, il est certain que, malgré la

[1] Com., 6 septembre 2016, n° 14-27085 et 15-15328 : une demande indemnitaire fondée à la fois sur le droit commun et « malencontreusement » sur l'art. L. 442-6 C. com. ancien est jugée irrecevable au motif que ce dernier texte est « indistinctement » invoqué au soutien de la demande. Un auteur s'interroge : « Pourquoi la Cour de Poitiers ne s'est-elle pas limitée à l'examen de la demande de résiliation sous l'angle du droit commun en écartant l'application de l'article L. 442-6 ? », P. THÉRY, « Variations procédurales autour de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *RTD civ.,* 2016, p. 921.
Notons que l'invocation simultanée du droit commun et du droit spécial risque d'être de plus en plus courante depuis l'entrée en vigueur des articles 1143 et 1171 nouveaux du Code civil dont la dangereuse proximité avec, notamment, les dispositions des art. L. 420-2, L. 442-6, I, 2° ancien et L. 442-1 C. com. a été observée par beaucoup. V. par ex. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2e éd., 2018 ; T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Gualino, 2e éd., 2018 (comm. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI et L. MAUGER-VIELPEAU sous art. 1143 et comm. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI sous art. 1171) ; M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115 ; J. KLEIN, « Les rapports entre le Code de commerce et le Code civil », *in* A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.), *La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, précité, *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 90890.
[2] Puisqu'il est jugé que les juridictions non désignées sont dénuées de « pouvoir » et non simplement de compétence (v. *infra*) ; ce que confirma la jurisprudence (v. Com., 11 mai 2017, n° 15-21913). Par ailleurs, lorsque le litige a lieu entre commerçants, seules les juridictions commerciales spécialisées sont compétentes (art. L. 721-3 C. com.) car les règles de compétence matérielle sont d'ordre public. Reste toutefois une hypothèse « d'école » incertaine qu'il convient néanmoins de mentionner : une partie non commerçante semble pouvoir s'engager par clause à ne saisir qu'une juridiction commerciale à l'encontre d'un commerçant. La jurisprudence juge qu'une clause attributive au profit d'une juridiction commerciale est « inopposable à un défendeur non commerçant » (Com., 10 juin 1997, n° 94-12316), ce dont il pourrait résulter que lorsqu'il est demandeur, le non commerçant peut se la voir opposer. L'arrêt est peu clair et les avis partagés en doctrine. Tout cela est en toute hypothèse sans conséquence sur le recours : la Cour d'appel de Paris demeure seule compétente.
[3] C'est le seul cadre dans lequel l'art. 48 CPC permet de déroger aux règles de compétence territoriale, à condition que la clause « ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».
[4] L'action fondée sur les art. L. 442-1 et s. (ancien art. L. 442-6) est de nature extracontractuelle (par ex. : Com., 6 février 2007, n° 04-13178) et est donc soumise à l'option de compétence offerte par l'art. 46 CPC. La Cour de cassation a longtemps censuré les juges du fond qui, dans le cadre de litiges entre opérateurs français, faisaient application d'une clause attributive de juridiction en se fondant sur la nature contractuelle du contentieux. C'est toujours sur l'erreur de qualification que la Cour de cassation censurait, sans jamais explicitement juger qu'une telle clause était inopposable (par ex. : Com., 13 janvier 2009, n° 08-13971 ; Com., 13 octobre 2009, n° 04-13178). Certains en ont malgré tout déduit cette conséquence (E. KERGUELEN, ouvrage précité, n° 986-987). Un récent arrêt adopte une formule plus ambiguë en précisant, pour conclure à « l'inapplication » d'une clause attributive de compétence, que celle dont il était question « désignait une juridiction non spécialement désignée » (Com., 11 mai 2017, n° 15-21913). La précision pourrait faire penser qu'*a contrario*, si elle désignait l'une des juridictions spécialisées, la clause pourrait recevoir application (c'est l'analyse de C. GRIMALDI, article précité, n° 6). Tout cela n'est pas clair. Notons cependant que la question ne présentera d'intérêt que si l'une des parties ouvre le débat : il s'agirait d'une question dont le juge ne peut en principe se saisir d'office (art. 77 CPC).

qualification de loi de police appliquée au dispositif envisagé[1], une telle clause peut réserver compétence aux juridictions d'un autre État[2]. Mais, comme il a été vu, cela ne saurait empêcher l'action « autonome » du ministre devant les juridictions françaises qui, en cas de recours, conduirait également à la compétence exclusive de la Cour de Paris. Il en va de même de la clause compromissoire[3] : si elle peut priver les juridictions spécialisées – dont la Cour d'appel de Paris – de leur compétence exclusive pour les actions engagées par les opérateurs économiques, elle ne peut empêcher l'action parallèle du ministre devant ces dernières[4]. De nouvelles questions d'articulation entre ces deux procédures parallèles surgiraient alors et aucune solution ne semble permettre d'y répondre de manière certaine[5]. La contrariété de décisions n'est donc pas totalement à exclure.

Enfin la question de la sanction de la méconnaissance des règles de spécialisation, déjà rencontrée en matière de pratiques anticoncurrentielles, s'est posée et a été tranchée dans le même sens. La Cour de cassation juge qu'il s'agit d'une question de pouvoir sanctionnée par une fin de non-recevoir. La Cour d'appel saisie du recours contre une décision d'une juridiction de première instance non spécialisée – qui doit être la Cour d'appel du ressort de cette juridiction et non la Cour de Paris[6] – doit relever d'office « l'excès de pouvoir » commis par le

[1] Com., 3 mars 2009, n° 07-16527 et M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », *RLC*, n° 2010/22, p. 31. V. récemment, de manière explicite : CA Paris, 18 septembre 2018 *DES, El Wassila Coscmetic, Beauté Shope c/ Clarins,* n° 16/05579. Dès lors qu'il est saisi, le juge français est donc tenu d'en faire application, quelles que soient les stipulations des parties.

[2] À condition que la clause soit valable et qu'elle englobe cette matière (v. Civ., 1ère, 22 octobre 2008, n° 07-15823).

[3] Dont la possibilité est admise, nonobstant la nature extracontractuelle du contentieux, dès lors que la sentence ne porte pas d'atteinte à l'ordre public (par ex. : Civ., 1ère, 21 octobre 2015, n° 14-25080).

[4] Ce que confirme la jurisprudence qui relève que le ministre n'agit « ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci » (par ex. : Com., 1er juillet 2016, n° 15-21811.). Un auteur approuve et explique cette solution : si le tribunal arbitral a le pouvoir de trancher un litige « en revanche, il ne [lui revient pas] de réguler la concurrence au moyen d'injonctions à l'encontre des parties privées » (P. THÉRY, article précité). Cette fonction régulatrice et ces pouvoirs appartiennent aux seules juridictions spécialisées.

[5] Sur lesquelles v. C. GRIMALDI, article précité, n° 6. La plupart de ces questions pourraient se poser dans toutes les hypothèses de procédure parallèle identifiées mais c'est ici qu'elles risquent d'être le plus nombreuses.

[6] Cette solution résulte d'un important revirement de mars 2017 (Com., 29 mars 2017, n° 15-17659 et 15-24241). Antérieurement, la Cour jugeait que seule la Cour de Paris était investie du pouvoir de statuer sur les jugements rendus en application de l'ancien art. L. 442-6, y compris par des juridictions non spécialisées. Cette solution conduisait à des conséquences extrêmes pour les plaideurs qui, se fiant à la lettre de l'art. D. 442-3 (qui désigne la Cour d'appel de Paris pour les recours contre les décisions *des seules juridictions désignées*), engageaient leur recours contre les jugements rendus par des juridictions non spécialisées devant les cours d'appel de leur ressort et non devant celle de Paris. Dénuées de pouvoir, les cours non spécialisées devaient se contenter de déclarer irrecevable l'action. Le plus souvent, le délai pour exercer un nouvel appel étant arrivé à échéance, les plaideurs se trouvaient dans l'impossibilité de faire annuler des jugements rendus par des juridictions dénuées de pouvoir. Sur les effets de ce revirement v. *AJ Contrat,* 2017, p. 217, obs. B. RUY ; *JCP G*, 2017, 498, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; P. LE MOING, « Spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives de concurrence : les conséquences du revirement jurisprudentiel du 29 mars 2017 », *Concurrences,* n° 4-2017, art. n° 84885.

juge de première instance et annuler son jugement[1]. Cette solution, encore contraire à la lettre du texte, produit les mêmes lourdes conséquences pour le demandeur[2].

Malgré les critiques et difficultés et les risques d'enlisement, de chicane et de stratégies dilatoires qu'elle comporte, la spécialisation reste de droit positif. Jusqu'à récemment, elle permettait au moins que le contentieux interne des pratiques restrictives de concurrence relève, au stade du recours, de la compétence de la seule Cour d'appel de Paris sous contrôle de la Cour de cassation. C'est ainsi là où elle a été le plus froidement accueillie que l'entreprise d'unification et de spécialisation pouvait paraître aboutie. C'était compter sans une récente intervention du tribunal répartiteur des compétences.

iii. Amorce prétorienne d'une remise en cause de la spécialisation

246. Circonstances. C'est une demande indemnitaire, formulée par une société de conseil, prestataire du groupe SNCF (EPIC), qui a donné au Tribunal des conflits l'occasion d'amorcer la remise en cause de la compétence exclusive des juridictions judicaires pour connaître du contentieux des pratiques restrictives.

La demanderesse avait fondé son action sur l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (dont le contenu est repris par l'actuel art. L. 442-1, II) et en avait saisi le tribunal de commerce de Paris. Ayant été déboutées de l'exception d'incompétence soulevée devant ce dernier et de l'appel immédiat dont elles avaient saisi la Cour d'appel de Paris, SNCF et SNCF Réseau ont formé un pourvoi en cassation. Saisie de ce pourvoi contre l'arrêt confirmant la compétence de la juridiction judiciaire, la Première chambre civile a décidé, en application du mécanisme de prévention des conflits[3], de renvoyer l'affaire au juge répartiteur[4].

Bien que leurs homologues de la Chambre commerciale aient encore, quelques mois auparavant, implicitement reconnu la compétence des juridictions judiciaires pour en connaître[5], les magistrats de la Première chambre civile posent la question suivante au

[1] Com., 29 mars 2017, précité. V. déjà Com., 24 septembre 2013, n° 12-21089 et Com., 31 mars 2015, n° 14-10016 sur lequel v. P. THÉRY, « La sanction d'un appel mal dirigé, liste de souhaits pour le Père Noël », *RTD civ.,* 2015, p. 931. La juridiction de première instance non spécialisée saisie par erreur devrait elle aussi relever d'office son défaut de pouvoir et l'irrecevabilité de l'action mais, sauf à ce que le demandeur ait agit de manière tardive, il aura la possibilité d'introduire une nouvelle action devant la juridiction spécialisée territorialement compétente.
[2] Son prononcé entraîne rupture du lien d'instance et ne donne pas lieu à désignation de la juridiction compétente par le juge mal saisi (art. 96 CPC). Par ailleurs, la saisine d'une juridiction dénuée de pouvoir n'a aucun effet sur la prescription (art. 2241 et 2243 C. civ.) et l'appel déclaré irrecevable est, depuis le 1er septembre 2017, insusceptible de réitération (art. 911-1, al. 3 CPC).
[3] Applicable en présence d'une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse. V. art. 35 décret n° 2015-233 du 27 février 2015 *relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.*
[4] Civ. 1ère, 9 septembre 2020, n° 19-21955.
[5] V. Com., 20 novembre 2019, n° 18-11966.

Tribunal : l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie intentée par une société à l'encontre d'un EPIC relève-t-elle de la compétence des juridictions judiciaires ? Pour justifier cette question – dont la réponse pourrait sembler évidente au regard du fondement de l'action[1] et de la nature délictuelle de la responsabilité invoquée – les Hauts magistrats prennent soin de se référer à la jurisprudence par laquelle le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont reconnu, notamment en matière de contentieux contractuel ou indemnitaire consécutif à la commission d'une pratique anticoncurrentielle, « un effet attractif de compétence au contrat administratif »[2].

247. Solution : l'entrée du juge administratif dans le contentieux des pratiques restrictives. Rappelons en préambule que le Tribunal juge, de manière générale, que les litiges nés de l'activité d'un EPIC relèvent de la compétence du juge judiciaire « à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, tels la règlementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique »[3]. Par suite, il juge que la demande indemnitaire formulée contre un EPIC en réparation du préjudice causé par la commission d'une pratique anticoncurrentielle qui lui est imputée relève de cette compétence judiciaire[4].

Pourtant, pour aborder la question qui lui est posée dans l'affaire étudiée, le Tribunal se réfère à la présence de clauses exorbitantes dans le contrat litigieux pour le qualifier de contrat administratif. Cela lui suffit à conclure que la demande étant « relative à la cessation de la relation contractuelle résultant de ce contrat administratif, alors même que la société se prévaut des dispositions du 5° du I de [l'art. L. 442-6 C. com.], désormais reprises en substance à l'article L. 442-1 du même code », « le litige ressortit, en conséquence, à la compétence de la juridiction administrative »[5]. Poursuivant l'extension du champ de compétence du cette dernière et de l'effet attractif du contrat administratif – en dépit du fondement de l'action, de la nature délictuelle de la responsabilité invoquée, de l'esprit et de la lettre des textes[6] – le juge

[1] L'art. L. 442-6 dans sa version applicable précisait, en son III, que « l'action est introduite *devant la juridiction civile ou commerciale compétente* » (nous soulignons). L'actuel art. L. 442-4 reprend cette formule.
[2] Il est fait référence aux arrêts CE, 19 décembre 2007 *Sté Campenon-Bernard,* n° 268918 et TC, 16 novembre 2015 *Région Ile-de-France,* n° 4035 sur lesquels v. § I de la présente Section.
[3] TC, 29 décembre 2014 *Époux Blanckeman c/ VNF,* n° 3416.
[4] TC, 4 novembre 1991 *CAMIF,* n° 02676. C'est probablement en considération de cet état de la jurisprudence que les magistrats de la Chambre commerciale de la Cour de cassation n'avaient pas trouvé utile, quelques mois auparavant, de soulever la question de la compétence du juge judiciaire pour connaître de l'action en réparation formulée à l'encontre d'un EPIC auquel était imputée la rupture brutale d'une relation commerciale établie.
[5] TC, 8 février 2021 *SNCF et SNCF Réseau c/ Sté Entopia Conseil,* n° 4201.
[6] Outre la lettre de l'art. L. 442-4 (qui vise les seules juridictions civiles et commerciales) relevons que la réserve de l'art. L. 420-7 (qui précise que les dispositions du Titre II consacré aux pratiques anticoncurrentielles, qui organisent la compétence des juridictions judiciaires, sont applicables « sous réserve des règles de partage des compétences entre les ordres de juridictions ») n'est nullement applicable aux dispositions du Titre IV relatives aux pratiques restrictives. L'atteinte à la lettre et à l'esprit des textes est donc double. Comp. P. BLANQUET,

répartiteur permet l'entrée des juridictions administratives dans un contentieux jusqu'alors réservé à des juridictions judiciaires spécialisées. Reste à savoir si[1] et comment le juge administratif fera application de l'article L. 442-1 du Code et devant quel juge le ministre devra porter son action lorsque la rupture d'un contrat administratif est en cause[2].

L'insertion d'une dimension administrative dans le contentieux des pratiques restrictives sanctionnées par amende civile n'a pas été organisée qu'au sein des prétoires. Le législateur y a aussi contribué par une récente réforme dont il convient de faire une brève présentation avant d'en venir au recensement des conséquences que ces différents éléments ont produit sur le terrain de la compétence juridictionnelle, notamment au stade du recours.

2. Octroi récent d'un pouvoir de sanction au ministère de l'Économie

248. Sanction administrative des pratiques restrictives. Bouleversant le système de mise en œuvre du droit des pratiques restrictives sanctionnées par amende civile, la loi DDADUE du 3 décembre 2020 a doté la DGCCRF d'un véritable pouvoir de sanction en la matière. Celle-ci dispose dorénavant du pouvoir d'assortir les injonctions qu'elle adresse aux opérateurs auxquels elle impute de telles pratiques d'une astreinte dont le montant journalier peut atteindre 0,1% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise en cause. Si cette dernière ne se conforme pas à l'injonction, la DGCCRF peut procéder à la liquidation de l'astreinte – dont le montant final ne peut excéder 1% du chiffre d'affaires mondial réalisé sur l'exercice précédent[3] – au terme d'une procédure dont le contradictoire consiste en l'octroi à l'entreprise de la faculté d'adresser des observations à ses services sous soixante jours[4].

Cette extension des pouvoirs de la DGCCRF, vivement critiquée[5], marque encore un retour du pôle ministériel dans un champ où ne lui avait été, jusqu'alors, octroyé qu'un pouvoir

« Pratiques restrictives de concurrence et contrat administratif : de la tectonique des blocs de compétence », comm. sous TC, 8 février 2021, n° 4201, *DA,* n° 6, juin 2021, comm. 27.

[1] Il n'est pas certain que le juge administratif accepte de faire application des dispositions du Code de commerce en présence d'une clause exorbitante octroyant à la personne publique partie au contrat la faculté d'en décider unilatéralement la résiliation pour motif d'intérêt général. Il pourrait décider que le dispositif relatif à la rupture brutale d'une relation commerciale serait inapplicable dans ce cadre, au profit de la mise en œuvre du seul droit des contrats administratifs. V. à ce sujet l'analyse de P. BLANQUET, article précité.

[2] Le revirement ne concerne pour l'heure que les actions en réparation. Or lorsque le ministre exerce des actions partagées, il le fait en représentation des parties : la solution devrait donc s'imposer à lui. Reste à voir si le champ du revirement sera étendu à d'autres actions (cessation, nullité, restitutions). S'il était étendu à l'action tendant au prononcé d'une amende, il ne s'agirait alors plus d'une amende civile telle que le prévoit le texte.

[3] Art. L. 470-1, III C. com.

[4] Art. L. 470-2, IV C. com.

[5] V. notamment L. IDOT, « Le projet de loi DDAUE, un texte « omnibus » », *Europe,* n° 11, novembre 2020, alerte 62 ; C. GRIMALDI, « Nouvel article L. 470-1, III, du Code de commerce : la longue descente aux enfers du droit de la distribution », précité ; J.-B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Actualité du droit de la franchise 2020 », *CCC,* n° 2, févier 2021, étude 3, spéc. n° 13 et M. BEHAR-TOUCHAIS, « Confier la sanction des pratiques

d'impulsion. Dorénavant, sans avoir besoin de convaincre le juge de la nécessité d'entrer en voie de condamnation, la DGCCRF peut sanctionner l'entreprise à laquelle elle impute des pratiques restrictives de concurrence via une procédure qui offre bien peu de garanties au mis en cause. Après le juge administratif, la sanction administrative et les pouvoirs coercitifs du pôle ministériel ont ainsi fait leur entrée dans ce champ refondu. Le tout renforce encore le besoin que soit organisé un système lisible et efficace de contrôle juridictionnel en la matière. C'est pourtant à un énième éclatement – qui conduit au contraire à rendre le système illisible et à porter de nouvelles atteintes aux objectifs initiaux – qu'ont conduit ces différentes évolutions.

B. L'éclatement récent du contentieux des pratiques restrictives

249. Échec consommé. Les évolutions qui viennent d'être évoquées ont constitué les causes d'un éclatement du contentieux des pratiques envisagées dont la centralisation entre les mains de juridictions judiciaires spécialisées avait, pourtant, été maintenue jusqu'à un passé récent. Après en avoir pris la mesure générale (1), nous nous focaliserons sur les conséquences que ce mouvement a emportées au stade du recours où il a conduit à l'octroi d'une compétence potentielle à une pluralité de juridictions issues des deux ordres (2).

1. Causes et mesure

250. Mouvement prétorien et intervention législative. Dans les champs jusqu'ici été étudiés, nous avons relevé que l'éparpillement contentieux et les atteintes aux espoirs originaires d'unification et de spécialisation avaient essentiellement eu pour source des mouvements – voire des politiques – jurisprudentiels. Ces mouvements ont tantôt été engagés à l'encontre de l'esprit et de la lettre des textes (que l'on songe à certaines solutions adoptées en matière de *private enforcement*) et ont, bien souvent, été permis, voire rendus nécessaires par l'abstention du législateur (le contentieux des micro-PAC en fournit une bonne illustration).

En matière de pratiques restrictives de concurrence, l'analyse est différente. Si un mouvement prétorien a amorcé une atteinte à l'unification du contentieux et à la spécialisation de certaines juridictions organisées par le législateur[1] ; ce dernier a, par son intervention récente, expressément et définitivement consommé l'échec en octroyant un pouvoir de sanction aux

restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », précité, qui dénonce notamment la méthode utilisée par le ministère de l'Économie pour obtenir le vote d'une loi prévoyant un champ très large d'application de ce pouvoir (spéc. n° 9).

[1] La solution adoptée le 8 févier 2021 a été confirmée quelques mois plus tard. V. TC, 5 juillet 2021 *EPIC Pais de Fontainebleau Tourisme*, n° C4213, sur laquelle v. R. AMARO, « Compétence du juge administratif pour connaître de l'action pour rupture brutale d'une association contre un EPIC », *LEDICO,* septembre 2021, n° 200f8, p. 3.

services du ministère de l'Économie sous contrôle du juge administratif[1]. C'est ainsi par son action – et non plus seulement par son abstention – qu'il a directement porté atteinte aux objectifs qu'il avait initialement fixés, ce qui soulève quelques questions quant à la cohérence de son œuvre. Les conséquences sont nombreuses.

251. Pluralité d'autorités compétentes au « premier degré ». De ces deux interventions, il résulte que, dans un certain nombre d'hypothèses, différentes autorités et, parfois même, différentes juridictions, devront être parallèlement saisies d'une même affaire.

D'abord, ce sera probablement le cas lorsque seront concomitamment poursuivis par les demandeurs à l'action – opérateurs victimes et services du ministère de l'Économie (ou seulement ces derniers) – d'une part, la réparation du préjudice découlant de la rupture, réputée abusive, d'une relation commerciale durable organisée par un contrat administratif et, d'autre part, la condamnation du cocontractant public (qui peut être un EPIC) à une amende. La première de ces demandes devra être portée devant une juridiction administrative de droit commun alors que la seconde devra l'être devant l'une des seize juridictions judiciaires spécialisées. En effet, les décisions du Tribunal concernent, pour l'heure, le seul contentieux indemnitaire (donc les « demandes partagées ») relatif à une rupture brutale et il est douteux – mais non impossible – que la compétence des juridictions administratives concerne l'action du ministre tendant au prononcé d'une amende[2]. Celle-ci devrait donc demeurer de la compétence exclusive des juridictions spécialisées. Au regard des critères mobilisés par les juges répartiteurs des compétences, il est en revanche fort probable que la compétence administrative sera étendue à l'ensemble des demandes partagées relatives aux autres types de pratiques restrictives[3]. Cette extension conduirait à multiplier les hypothèses dans lesquelles la pluralité d'actions parallèles s'avèrera nécessaire.

Ensuite, la pluralité interviendra nécessairement lorsque la DGCCRF aura pris l'initiative de prononcer des injonctions assorties d'astreinte et qu'en parallèle, la victime prétendue des pratiques en cause et/ou la DGCCRF engageront une action judiciaire tendant à obtenir la nullité d'un contrat, la cessation de la pratique et/ou la réparation du préjudice. Seront

[1] L'art. L. 470-1, III, 1, al. 5 C. com. prévoit ainsi que « la décision prononçant la mesure d'injonction et celle prononçant la liquidation de l'astreinte journalière sont motivées. Elles sont susceptibles d'un recours *de pleine juridiction* et le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner leur suspension *dans les conditions prévues à l'article L. 521-1 du code de justice administrative* » (nous soulignons). Le renvoi au contentieux administratif et, donc, à la compétence des juridictions administratives est expressément prévu par le texte.

[2] La solution inverse, qui consisterait à juger que les juridictions administratives sont compétentes pour le tout, reviendrait à renverser la qualification légale d'amende civile au profit de celle d'amende administrative.

[3] Comp. l'analyse de P. BLANQUET, article précité.

concomitamment saisies une autorité gouvernementale et une juridiction de première instance : en principe, un tribunal judiciaire ou de commerce spécialisé mais potentiellement un tribunal administratif de droit commun si la pratique est imputable à une personne publique partie à un contrat administratif.

Les coûts supplémentaires, longueurs et difficultés procédurales qui naîtront de l'engagement de ces procédures parallèles viendront s'ajouter au risque de contrariété de décisions. Ces solutions emportent, par ailleurs, de lourdes conséquences au stade du recours juridictionnel.

2. Conséquences au stade du recours

252. Pluralité de juridictions de recours : échec de l'entreprise de spécialisation. Au stade du recours, l'éclatement du contentieux crée les mêmes risques liés à la saisine potentielle de deux juridictions issues d'ordres différents dans le cadre d'une même affaire. Les observations qui viennent d'être faites à ce sujet sont parfaitement transposables à cette hauteur de la procédure.

Par ailleurs, dans l'ordre judiciaire, alors que l'appel dirigé contre la décision de l'un des seize tribunaux spécialisés relève de la compétence d'une juridiction spécialisée sur le plan national – la Cour d'appel de Paris – celui exercé contre le jugement d'un tribunal administratif relève, en application du droit commun, de la compétence de l'une des neuf cours administratives d'appel. Quant au recours exercé contre la décision de la DGCCRF, il relève de la compétence de l'un des quarante-deux tribunaux administratifs dont aucune spécialisation n'est organisée.

Ainsi, les différents aspects contentieux d'une même affaire pourront relever, sur recours, de la compétence d'une unique juridiction d'appel spécialisée dont les décisions sont rendues en dernier ressort ou de celle de juridictions administratives de droit commun – de premier degré ou d'appel – dont les décisions sont, pour certaines, susceptibles d'appel et, pour les autres, rendues en dernier ressort. La différence de traitement est lourde, étant entendu que toutes ces juridictions de recours ont vocation à exercer un pouvoir de réformation[1] dont nous verrons qu'il implique un haut degré de maîtrise de la matière litigieuse. Elle laisse d'autant plus

[1] C'est le cas pour toute cour saisie de l'appel dirigé contre un jugement de première instance mais également des tribunaux administratifs saisis d'un recours contre la décision de la DGCCRF. En effet, bien qu'assez prolixe sur la question du contrôle juridictionnel des astreintes prononcées puis liquidées par les services de la DGCCRF, l'article L. 470-1, III du Code de commerce prévoit néanmoins que les décisions sont, en la matière, « susceptibles d'un recours de pleine juridiction ». Un tel recours implique un pouvoir de réformation, nous y reviendrons.

perplexe que des auteurs et praticiens ont pu relever que les juridictions administratives ne témoignent ni d'une grande connaissance ni d'un intérêt particulier pour la matière envisagée[1].

Bien que décriée par certains observateurs, la spécialisation du contentieux est toujours de droit positif et elle constituait, jusqu'à récemment, le cadre exclusif d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence sur le plan national. Sa remise en cause soudaine et profonde interroge. Elle constitue, dans le même temps, une énième atteinte à l'espoir d'unification du contentieux de la concurrence.

253. Pluralité de juridictions de recours : échec de l'entreprise d'unification. Dorénavant, seule une partie du contentieux des pratiques restrictives de concurrence relève, sur recours, de la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris sous le contrôle de la Cour de cassation. Tout le contentieux indemnitaire et contractuel impliquant un contrat administratif risque, à terme, de lui échapper. Le contentieux relatif aux injonctions et astreintes prononcées puis liquidées par la DGCCRF en la matière lui échappe d'ores et déjà. Or on peut craindre qu'il ait vocation à s'étendre pour, peu à peu, absorber le contentieux judiciaire relatif au prononcé d'une amende civile : doté d'un pouvoir de sanction conséquent qu'il peut exercer sans en appeler à une quelconque autre autorité, le ministère de l'Économie pourrait être tenté de délaisser l'emprunt des voies judiciaires pour obtenir le prononcé d'une amende civile, au moins dans les affaires d'une ampleur limitée. Tout ceci accroîtrait encore le champ de compétences des juridictions administratives de droit commun sous contrôle du Conseil d'État.

Même là où elle avait le plus longuement résisté aux critiques et tentatives de remise en cause, l'unification du contentieux de la concurrence a ainsi fini par céder. On peut y voir un ultime signe de la désorganisation qui caractérise le droit positif et du sentiment d'insatisfaction qui naît de son observation.

254. Conclusion de section. Tant en matière de *private enforcement* que de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence, le législateur a mobilisé et récemment adapté des outils issus du droit civil en vue d'améliorer l'efficacité et l'effectivité du droit de la concurrence. Initialement, les dispositifs refondus relevaient, tant en premier ressort qu'au stade du recours, de la compétence exclusive de juridictions judiciaires spécialisées. Pourtant, cet équilibre a de nouveau cédé le pas à un énième éparpillement du contentieux.

[1] V. J.-B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, qui expliquent que les juges administratifs ne montrent pas un grand intérêt et « n'y connaissent a priori pas grand-chose en matière de déséquilibre significatif ».

C'est d'abord un mouvement jurisprudentiel qui a conduit à ce qu'une partie du *private enforcement* échappe à la compétence des juridictions spécialisées et soit octroyée à celle des juridictions administratives de droit commun. En matière de pratiques restrictives, alors que, malgré les critiques, l'unification au sein de juridictions judiciaires avait été maintenue, de récentes décisions du Tribunal ont invité le juge administratif à faire son entrée dans ce contentieux. Surtout, en confiant un pouvoir de sanction au pôle gouvernemental et en en soumettant l'exercice au contrôle des juridictions administratives, le législateur a lui-même récemment organisé un retour de l'administration et de « son juge » dans ce champ, consommant pleinement l'éclatement d'un contentieux qui en avait jusqu'alors été préservé.

Y compris dans ces champs dont la refonte récente fut initiée sur la base d'outils civilistes et de la spécialisation de certaines juridictions judiciaires, le droit positif est marqué par un état d'éclatement qui se vérifie, sur le plan contentieux, tant en premier ressort qu'au stade du recours. Nouvelle illustration, s'il en était besoin, que le désordre règne.

Conclusion du Chapitre 2

255. En vue de renforcer l'efficacité de l'arsenal de protection de la libre concurrence, le législateur a développé de nouveaux outils. Outre les interrogations d'ordre substantiel qu'il soulève, ce mouvement a perturbé l'équilibre institutionnel qui avait résulté, en 1986, de la volonté de faire du pôle indépendant l'acteur majeur de mise en œuvre du droit de la concurrence, sous le contrôle d'une juridiction judiciaire unique et spécialisée : la Cour d'appel de Paris.

A d'abord été organisé un retour en force du pôle gouvernemental qui s'est vu octroyer d'importants pouvoirs (injonction, astreinte, transaction, amende) dans différents champs, nouveaux ou renouvelés, du droit de la concurrence (micro-PAC, délais de paiement et transparence tarifaire et même, récemment, pratiques restrictives). A ensuite été constitué un véritable pôle juridictionnel parmi les autorités nationales de concurrence de « premier ressort ». Des juridictions de premier degré se sont ainsi vu confier des pouvoirs de mise en œuvre de deux champs refondus de la matière (*private enforcement* et pratiques restrictives).

Dans la préparation de ces différentes réformes, le législateur a accordé une inconstante importance aux modalités de contrôle juridictionnel des actes adoptés sur la base de ces procédures et pouvoirs nouveaux et, notamment, à la désignation du juge chargé de l'opérer ; question dont l'importance ne pouvait pourtant être ignorée eu égard à la vigueur des débats

dont elle avait fait l'objet lors de la préparation de l'Ordonnance de 1986. Alors qu'il a parfois tenté de poursuivre les efforts d'unification et de spécialisation du contentieux de la concurrence, il a vu son œuvre anéantie par des mouvements jurisprudentiels (notamment en matière de *private enforcement*) voire même, parfois, par ses propres réformes ultérieures (c'est le cas en matière de pratiques restrictives). Dans d'autres champs, le législateur est resté silencieux sur la question, l'abandonnant ainsi à un droit commun à bien des égards inadapté (c'est le cas en matière de micro-PAC, de délais de paiement et de transparence tarifaire).

Cette inconstance a contribué à renforcer l'état d'éclatement qui caractérise le contentieux de la concurrence. Dans ces champs nouveaux, les recours relèvent encore de la compétence alternative – parfois-même concurrente – de juridictions issues des deux ordres dont certaines seulement sont spécialisées. L'observation de cet état du droit positif laisse perplexe eu égard à l'objectif, souvent réaffirmé, de spécialiser ce contentieux en l'unifiant au sein d'un même ordre, voire d'une même juridiction de recours.

CONCLUSION DU TITRE I

256. Dès l'élaboration de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, venue poser les bases du droit moderne de la concurrence, les questions institutionnelles ont pris une importance majeure. Au terme de vifs débats au cours desquels les luttes politiques et de pouvoirs ont pris la place qu'aurait dû occuper la rigueur juridique, Gouvernement et législateur ont affiché une volonté d'unifier le contentieux de la concurrence au sein des juridictions judiciaires. Compétence a alors été octroyée à la seule Cour d'appel de Paris pour connaître des recours exercés contre les décisions de l'autorité indépendante placée au cœur du nouveau dispositif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : le Conseil de la concurrence.

Pourtant, au lendemain de la réforme, l'incomplétude de l'œuvre législative a conduit la doctrine à présenter l'unification comme un projet voué à l'échec. Dès l'origine, une part du contentieux échappait à la compétence des juridictions judiciaires (en matière de contrôle des concentrations notamment). Ce morcellement a ensuite été aggravé par un mouvement de reconquête au terme duquel le juge administratif s'est réapproprié une part du contrôle des décisions adoptées par les autorités nationales dans des champs traditionnels de la matière.

Puis, en ce début de XXIe siècle, des réformes ont été engagées en vue d'enrichir l'arsenal de protection de la libre concurrence. Ont été développés ou refondus ce qui a été qualifié de champs nouveaux de la matière. Sur le plan institutionnel, ces évolutions ont provoqué un bouleversement de l'équilibre instauré en 1986. D'importants pouvoirs ont d'abord été octroyés au pôle gouvernemental (ministère de l'Économie) dans des champs dont il avait pourtant été écarté (micro-PAC, délais de paiement, transparence tarifaire puis pratiques restrictives). Des juridictions judiciaires spécialisées se sont ensuite vu confier la mise en œuvre d'un volet indemnitaire et contractuel du droit de la concurrence (le *private enforcement*) et d'un dispositif de lutte contre les pratiques restrictives initialement fondés sur des outils d'inspiration civiliste.

Au fil de ces réformes, le législateur a accordé une inconstante attention à la question du contrôle juridictionnel des actes adoptés par les diverses autorités chargées de la mise en œuvre de ces outils nouveaux et, notamment, à la désignation du juge compétent pour l'opérer. Cette carence a souvent permis le déploiement de mouvements jurisprudentiels conquérants et/ou rendu nécessaire l'application d'un droit commun inadapté. Le tout a conduit à un véritable éclatement du contentieux de la concurrence qu'une volonté initiale, plusieurs fois réaffirmée, souhaitait pourtant voir unifié. Cette inadéquation entre l'objectif affiché, la méthode mobilisée et le résultat obtenu laisse perplexe. Reste à en mesurer les conséquences concrètes.

TITRE II : LES CONSÉQUENCES NUISIBLES DE L'ÉCLATEMENT DU CONTENTIEUX

257. Éclatement au stade du recours juridictionnel. Il a été vu que l'ensemble des actes adoptés, en « premier ressort », par les différentes autorités nationales de concurrence devaient pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel. Malgré quelques incertitudes sur lesquelles il nous faudra revenir, il semble que le droit positif – « spécial » ou « commun » – assure systématiquement l'existence d'un tel recours, ce dont il faut se satisfaire.

Le paysage au sein duquel est exercé ce recours appelle davantage de réserve. À rebours des volontés initiales d'unification et de spécialisation, nous avons constaté que des juridictions appartenant aux deux ordres avaient vocation à en connaître. Cet état du droit comporte les risques communs à tout éclatement d'un contentieux : contrariété de décisions, difficiles accessibilité et lisibilité du droit pour le justiciable sur lequel pèse la charge d'identifier la juridiction compétente, allongement des délais de procédure, pour ne viser qu'eux. La crainte née de ce premier constat est amplifiée par l'appartenance de ces juges à des degrés différents. Dans certaines hypothèses, c'est à une juridiction d'appel, qui statue en premier mais en dernier ressort, que le droit spécial attribue compétence. Dans d'autres, c'est la juridiction suprême de l'ordre administratif qui est désignée. Enfin, il est des situations où, en application d'un droit spécial ou par recours au droit commun, les juridictions de première instance des deux ordres – ou certaines d'entre elles – se voient attribuer compétence. En sus des interrogations que cela peut faire naître quant au droit au double degré de juridiction, voire au principe d'égal accès à la justice, il est indéniable que l'office « classique » et les pouvoirs d'une juridiction d'appel diffèrent, au moins pour partie, de ceux d'une juridiction de premier degré.

Si l'unité fait défaut au « premier degré » d'application du droit de la concurrence, le stade du recours n'offre ainsi, *a priori,* pas de cadre propice à son rétablissement et à la réduction des risques susceptibles de résulter de son absence.

258. Recherche d'éventuelles conséquences procédurales : problématique. La crainte légitime de l'observateur s'étend ainsi au terrain processuel. Le droit de la concurrence – qui doit être « un » – est un droit téléologique[1] qui poursuit des objectifs précis sans égard au champ

[1] Comme l'est tout droit économique : L. BOY, « L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et efficacité du droit économique,* Larcier, 2011, p. 335. V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.,* 2001, p. 610 : « le droit de la régulation se rapproche davantage du droit de la concurrence, dont on sait que le raisonnement téléologique est de principe, que du droit public, pour lequel l'exigence hiérarchique de légalité et de conformité à la norme supérieure est première » et déjà J. BOULOUIS, « Rapport sur le juge communautaire », *in Le rôle du*

de son application. Alors ne souffre-t-il pas d'être mis en œuvre par des juridictions dont les cadres procéduraux d'intervention, voire même l'office, diffèrent ? Le contrôle exercé par ces différents juges est-il uniforme et satisfaisant ? Le droit processuel répond-il aux spécificités de la matière et, dans l'affirmative, le fait-il de manière équivalente quel que soit le juge amené à se prononcer ? Par ailleurs, les droits et libertés fondamentaux dont doivent jouir les justiciables sont-ils toujours suffisamment garantis ? Le droit au double degré de juridiction, en principe toujours garanti en matière répressive[1], l'est-il de la même manière au profit de tout opérateur ayant fait l'objet d'un acte coercitif quels qu'en soient la nature, la forme et l'auteur ?

259. Recherche d'éventuelles conséquences procédurales : méthode. Répondre à ces questions implique de s'intéresser aux modalités suivant lesquelles doivent être exercés les recours contre les actes et décisions des autorités de « premier ressort », puis à celles qui régissent leur traitement par le juge saisi ; autrement dit, à la mise en œuvre du contrôle juridictionnel.

En vue d'identifier d'éventuelles disparités et lacunes que produirait, sur le terrain procédural, l'éclatement de ce contentieux entre diverses juridictions, dont plusieurs sont de droit commun – en tout cas non spécifiquement organisées pour en connaître – la démarche consistera en une analyse comparative de ces recours. Sans poursuivre une exhaustivité qui serait vaine, nous aurons, pour ce faire, recours à des notions et outils fondamentaux du droit processuel.

Nous mobiliserons, d'une part, la théorie de l'instance[2]. Elle permettra de nous intéresser à la composition du lien juridique d'instance qui naît de l'exercice de chacun des recours envisagés ainsi qu'aux principes qui gouvernent l'établissement puis le traitement, par le juge, de la matière qui la compose ; ce qui renvoie aux principes directeurs du procès[3].

---

juge en présence de problèmes économiques, précité, p. 252 et s., spéc. p. 254, qui relève « un très large recours à la méthode dite téléologique ».

[1] V. art. 2 du Protocole additionnel n° 7 à la Conv. EDH.

[2] Bien que notre approche implique de structurer l'analyse autour de concepts du droit processuel, elle ne justifie pas d'entrer dans des débats notionnels. Nous retiendrons que le lien d'instance désigne le rapport de droit de nature légale qui se crée, par la demande introductive d'instance ou l'introduction d'un recours, entre les différents participants. De ce lien découlent des droits et obligations à la charge de chacun des intervenants à l'instance. La création du lien d'instance permet le traitement de la matière litigieuse qui en constitue « la substance » et qui n'est autre que le litige auquel le procès a pour objet de mettre fin. Sur la théorie de l'instance et la définition du lien d'instance v. H. VIZIOZ, « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », *in Études de procédure,* Dalloz, rééd. 2011, p. 150 (brefs développements) ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile,* PUF, 2014, n° 162 et s. ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès,* PUF, 3e éd., 2020, n° 192 et s. et n° 356 et s. ; E. JEULAND, *Droit processuel général,* LGDJ, 4e éd., 2018, n° 501 et s. La notion d'instance semble avoir une forte connotation civile, elle est pourtant utilisée par le CJA qui consacre un livre entier à son introduction (v. art. L. 411-1 et s. et R. 411-1 et s.) et la doctrine spécialiste du contentieux administratif s'y réfère de plus en plus.

[3] Sur les origines et la signification de cette notion v. la présentation générale et les références proposées par S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 182-184 ; v. aussi G. CORNU, « Les principes directeurs du

Nous aurons, d'autre part, recours à la notion d'office du juge. Elle nous permettra d'analyser le contrôle opéré par le juge sur les actes dont il est saisi à l'occasion de ces différents recours ainsi que les pouvoirs dont il dispose pour trancher le litige dont ils sont l'objet[1].

Des spécificités propres à certains recours commanderont d'adapter quelque peu la structure mais, *in fine,* ce sont toujours ces outils qui serviront de base à l'analyse

260. Recherche d'éventuelles conséquences procédurales : structure. Ont été identifiés trois acteurs habilités à adopter des actes et décisions de mise en œuvre, au premier degré, du droit de la concurrence sur le plan interne : l'Autorité de la concurrence, le ministère de l'Économie et le juge (ou « les juges »). Chacun intervient dans un ou plusieurs champs et à des fins déterminées sur lesquelles nous reviendrons. Ils le font par l'adoption d'actes ou décisions dont certains peuvent être qualifiés d'administratifs alors que d'autres sont juridictionnels[2]. La clarté du propos invite néanmoins à le structurer autour du seul critère tenant à la qualité de l'auteur de l'acte objet du recours. Celui-ci assure une meilleure lisibilité en même temps qu'il permet d'illustrer encore l'état d'éclatement du droit positif en vue d'en rechercher les conséquences.

Seront ainsi successivement étudiées les modalités procédurales encadrant les recours exercés contre les actes[3] des autorités nationales de concurrence relevant des trois pôles – indépendant, gouvernemental et juridictionnel – à savoir, ceux de l'Autorité de la concurrence (Chapitre 1), ceux du ministère de l'Économie et de sa DGCCRF (Chapitre 2) et enfin ceux de l'autorité judiciaire pris en ses deux ordres : juridictions judiciaires et administratives (Chapitre 3).

---

procès par eux-mêmes, fragments d'un état des questions », *in Études offertes à Pierre Bellet,* Litec, 1991, p. 83. En contentieux administratif v. O. GOHIN, « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », *RDP,* 2005, p. 171 et M. DEGUERGUE, « Les principes directeurs du procès administratif », *in* P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif,* t. 2, Dalloz, 2011, p. 549.

[1] De nouveau, sans entrer dans des débats sémantiques, nous désignerons par office du juge les *pouvoirs dont dispose le juge de recours pour trancher le litige* dont il est saisi mais également *le contrôle qu'il doit préalablement opérer* avant la mise en œuvre desdits pouvoirs, principalement en matière de contentieux objectif.

[2] On retrouve là une *summa divisio* séculaire qui a donné lieu à de nombreux débats et travaux et dont le maniement n'est pas toujours aisé, y compris dans le champ de notre étude d'ailleurs. Nous y reviendrons *infra.*

[3] Par souci de fluidifier le propos, nous nous contenterons bien souvent de nous référer aux « actes » ou aux seules « décisions ». Pour des précisions et mises en garde sur cette distinction v. *supra*, n° 41.

Chapitre 1 : Le recours contre un acte de l'Autorité de la concurrence

261. Activité coercitive et activité régulatoire. L'Autorité de la concurrence intervient aujourd'hui dans la mise en œuvre de deux corps de règles qui, bien que poursuivant un objectif commun de préservation d'une concurrence libre et équitable, répondent à des logiques quelque peu différentes.

Le dispositif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles – champ historique de compétence du pôle indépendant – repose clairement sur une logique coercitive s'illustrant par une intervention répressive *ex post*[1]. En revanche, le dispositif de contrôle des concentrations économiques – qui lui est confié depuis 2008[2] – relève, lui, davantage d'une logique régulatoire en ce qu'il repose sur la mise en œuvre du couple contrôle préventif *ex ante* - dispositif répressif *ex post,* le second ayant pour objet d'assurer l'effectivité du premier[3]. En outre, l'adoption de plus en plus régulière d'actes de droit souple poursuivant des objectifs de pédagogie et de prévisibilité de son action confirme pleinement son insertion dans cette seconde logique.

262. Structure. Pour procéder à l'étude des recours exercés contre les actes et décisions du pôle indépendant, c'est autour de ce critère fonctionnel que le propos sera structuré : l'étude des recours contre les actes coercitifs adoptés par l'Autorité de la concurrence (Section 1) précèdera ainsi celle des recours contre les actes régulatoires adoptés par celle-ci (Section 2). Cette structure ne saurait toutefois être adoptée sans qu'il ne soit tenu compte de ses limites. Le déploiement de dispositifs hybrides, qu'il est délicat de classer parmi ces catégories, impose que l'on y consacre quelques développements préalables. L'objectif sera alors de proposer une clef de répartition qui rendra possible leur insertion dans l'organisation dichotomique du présent chapitre (Section préliminaire).

---

[1] Pour rappel, l'Autorité de la concurrence peut notamment : prendre, même d'office, des mesures conservatoires (art. L. 464-1), ordonner la cessation des pratiques illicites et imposer des mesures correctives de nature structurelle ou comportementale (art. L. 464-2, al. 1), accepter et rendre obligatoires des engagements proposés par les parties (art. L. 464-2, al. 1) ou encore infliger une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 10% du chiffre d'affaires hors taxe le plus élevé réalisé par l'entreprise ou l'association d'entreprises en cause sur un exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre (art. L. 464-2, al. 2 et s.).

[2] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie.*

[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *Ex Ante-Ex Post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *in* M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Science-Po/Dalloz, 2006, p. 33.

Section préliminaire : Les actes hybrides de l'Autorité de la concurrence

263. Brouillage croissant. Parmi les évolutions qu'a connues le droit de la concurrence ces deux dernières décennies, figure le développement de dispositifs hybrides situés à la frontière entre les activités coercitive et régulatoire de l'Autorité de la concurrence. À lire la doctrine[1] et certaines initiatives législatives récentes[2], tout porte à croire que cette dynamique va se poursuivre, ce qui pourrait conduire à une forme de brouillage ou de renversement de la logique sur laquelle reposent certains pans de la matière. En outre, la délicate classification de ces dispositifs et des actes à l'adoption desquels ils aboutissent est susceptible de soulever des difficultés sur le terrain contentieux. C'est dans cette perspective que nous les aborderons.

Pour ce faire, trois des principaux dispositifs hybrides en vigueur serviront de base à l'analyse. Nous tenterons de les rattacher à l'une ou l'autre des catégories d'actes et procédures identifiées (§ I) puis dirons quelques mots des conséquences qui devraient en résulter sur le terrain du contrôle juridictionnel (§ II).

§ I – Proposition de critères de classification

264. Choix des critères. La comparaison des dispositifs hybrides retenus et des dispositifs et actes « traditionnels » de l'Autorité de la concurrence – qui ne soulèvent pas de difficulté particulière quant à leur classification et feront l'objet des sections suivantes – conduit à proposer deux critères en application desquels un rattachement de premiers à l'une des deux catégories dont relèvent les derniers peut être tenté.

Il s'agit, d'abord, du moment et des modalités de déclenchement de la procédure, ce qui renvoie à l'opposition entre dispositifs *ex ante* et *ex post* (B). Ensuite, l'identification de l'objectif prioritaire poursuivi par les sanctions prévues par chacun peut permettre d'affiner l'analyse (C).

---

[1] V. par ex. T. PICOT, « Injonctions structurelles et position dominante : les « glissements progressifs » de l'abus », *LPA*, 2012, n° 230, p. 5 ; E. CLAUDEL, « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer - 1er volet. L'injonction structurelle : une loi pour l'outre-mer, un terrain d'expérimentation pour la métropole ? », *RTD com.,* 2013, p. 506.

[2] V. par ex. art. 39 du projet « loi Macron » (*loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances* adoptée, après censure de certaines de ses dispositions, le 6 août 2015) qui prévoyait d'étendre le dispositif d'injonction structurelle préventive en vigueur pour l'outre-mer à l'ensemble du territoire. Cette disposition a été censurée par la décision Cons. const., n° 2015-715 DC du 5 août 2015, mais la volonté du législateur et de l'Autorité de la concurrence est sur ce point très claire. V. E. CLAUDEL, « La loi Macron au crible du contrôle de constitutionnalité : feu l'injonction structurelle ? », *RTD com.,* 2015, p. 699. Le projet de *Digital Market Act* comporte, lui aussi, plusieurs dispositifs témoignant d'une approche *per se* et *ex ante* du droit de la concurrence appliquée au numérique. En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 (dite « loi DDADUE »), l'art. L. 464-2 C. com. permet à l'Autorité d'imposer des mesures correctives de nature structurelle lorsqu'elles s'avèrent proportionnées et nécessaires pour faire cesser effectivement une infraction constatée. Toutefois, dans ce cas, le constat d'un abus est nécessaire : le dispositif n'est donc pas *ex ante.*

Avant d'exposer puis de mettre à l'épreuve ces critères, il faut procéder à une brève présentation des trois dispositifs qui serviront de base à ces développements (A).

A. Présentation des dispositifs étudiés

265. Engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles. La procédure d'engagements est le dispositif le moins récent des trois envisagés[1]. Elle permet à une entreprise à laquelle l'Autorité de la concurrence fait part de « préoccupations de concurrence » de proposer des engagements de nature à y mettre un terme (art. L. 464-2, I, al. 1 C. com.). Si elle les estime suffisants, l'Autorité a la faculté de les rendre obligatoires[2] : aucune notification des griefs ni procédure de sanction n'est alors déclenchée. Dès lors qu'elle accepte de s'engager dans cette voie, ça n'est que dans l'hypothèse où l'entreprise manque à l'un des engagements rendus obligatoires que l'Autorité recouvre son pouvoir de sanction (art. L. 464-2, I, al. 2 et s.).

Le dispositif aboutit donc au prononcé d'une décision par laquelle l'Autorité de la concurrence rend obligatoires des engagements – structurels ou comportementaux – proposés par une entreprise dont le comportement et/ou les actes étaient susceptibles de donner lieu à l'ouverture d'une procédure de sanction pour entente illicite ou abus de position dominante[3]. L'hybridité provient de là. La prise d'engagements permet à l'entreprise d'échapper à la procédure de sanction – elle est en ce sens une véritable alternative, voire un dispositif préventif – mais la fait tout de même entrer dans un « régime répressif » qui n'est « pas sans lien avec la procédure de sanction »[4] : l'entreprise restreint sa liberté en s'engageant à mettre un terme à sa pratique et à modifier son comportement, voire sa structure. Faute d'engagements suffisants ou en cas d'inexécution de ceux rendus obligatoires, elle est mise en cause dans une véritable procédure de sanction[5]. La procédure présente un aspect préventif mais ne peut être totalement détachée de cette dimension répressive. Elle est à la frontière des fonctions coercitive et régulatoire de l'Autorité.

---

[1] Pour une étude récente, qui présente une dimension comparative et qui traite des engagements tant en droit des concentrations qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles v. M. LAVAL, *La procédure d'engagements en droits européen, français et allemande : étude comparée,* thèse Université Paris Nanterre, 2020.

[2] Il s'agit d'une simple faculté pour l'Autorité : Com., 2 septembre 2020, n° 18-18501, 18-18582 et 18-19933. V. aussi CA Paris, 21 avril 2022, n° 20/169537, qui juge irrecevable le recours immédiat formé contre la décision par laquelle l'Autorité refuse des engagements et renvoie l'affaire à l'instruction ; dans la même affaire, le Conseil d'État a jugé que, faute d'être détachable de la procédure principale, une telle décision de refus est insusceptible de recours devant la juridiction administrative (CE, 1er juillet 2022, n° 448061).

[3] L'art. L. 464-2, I, al. 1 C. com. vise bien des « préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 (…) ».

[4] M. CRESPY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, précité, n° 537.

[5] Sur la base de ce constat, un auteur a proposé un rapprochement entre les procédures d'injonction ou d'engagements d'une part et la mise en demeure d'autre part (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 537).

266. Injonctions structurelles prononcées sans constat d'infraction. Le dispositif permettant à l'Autorité d'enjoindre à une entreprise qui opère sur un marché ultramarin, en dehors de toute procédure de sanction et sans constat préalable de la commission d'une infraction, de procéder une « cession d'actifs » lorsqu'elle « constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective » repose sur une logique comparable, du moins à certains égards[1].

En effet, c'est lorsqu'une entreprise (ou un groupe d'entreprises) détient une position dominante sur le marché ultramarin en cause et qu'il en résulte des « préoccupations de concurrence » au regard de ses pratiques tarifaires que l'Autorité peut prendre l'initiative de lui en faire part. Alors l'entreprise dispose d'un délai de deux mois pour proposer, « dans les conditions prévues à l'article L. 464-2 », des engagements de nature à y mettre un terme. En cas de contestation, en l'absence de réponse ou si les engagements proposés sont insuffisants, l'Autorité peut, par décision motivée adoptée au terme d'une procédure contradictoire, prononcer un certain nombre de mesures pouvant aller jusqu'à de telles injonctions structurelles[2]. La démarche est encore teintée d'un aspect préventif : les entreprises sont mises en garde sur les préoccupations concurrentielles qu'engendre leur comportement en dehors de toute procédure de sanction. Mais en cas d'échec, cette première phase alternative, « négociée », laisse place au prononcé unilatéral de mesures dont le caractère coercitif, voire répressif, peine à être dissimulé[3].

267. Contrôle des rapprochements entre distributeurs ou centrales d'achat. En troisième lieu, un dispositif de contrôle préventif des regroupements à l'achat, appelé de ses vœux par

---

[1] Art. L. 752-27 C. com. encore récemment modifié par la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 précitée (« loi DDADUE » qui en assouplit les conditions et en étend le champ d'application).

[2] Elles constituent toutefois la solution de dernier recours. L'art. L. 752-27, II dispose : « Si l'entreprise ou le groupe d'entreprises conteste le constat établi dans les conditions prévues au I ou ne propose pas d'engagements ou si les engagements proposés ne lui paraissent pas de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence, un rapport est notifié par l'Autorité de la concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises, qui peut présenter ses observations dans un délai de deux mois.
L'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée, prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause et à l'issue d'une séance devant le collège, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder six mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les prix ou les marges élevés constatés. *Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder, dans un délai qui ne peut être inférieur à six mois, à la cession d'actifs, y compris de terrains, bâtis ou non, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective*. L'Autorité de la concurrence peut sanctionner l'inexécution de ces injonctions dans les conditions prévues à l'article L. 464-2 (…) » (nous soulignons).

[3] Nonobstant le cadre (aucune procédure de sanction engagée) et les modalités (aucun constat préalable d'une pratique illicite) du prononcé d'une telle mesure ; ce qui a fait l'objet de critiques et inquiétudes : D. BOSCO, « Une nouvelle injonction structurelle décomplexée », *CCC,* n° 1, janvier 2013, repère 1 ; E. CLAUDEL, « Régulation de la distribution par les autorités de concurrence : quels objectifs ? », *RLDA,* 2013, supplément au n° 83, p. 9 ; R. SAINT-ESTEBEN, « L'injonction structurelle : rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *Concurrences,* n° 2-2013, art. n° 51486. V. enfin V. LUREL, « Le retour de l'État régulateur en outre-mer », *Concurrences,* n° 2-2013, art. n° 51494, qui explique expressément qu'il s'agit d'un « schéma de négociation préalable, de recherche d'engagements volontaires des opérateurs avant d'arriver aux sanctions ».

l'Autorité de la concurrence[1], a été introduit par la « loi Macron » puis modifié par la « loi Egalim 1 »[2]. Ses premières applications abouties datent de fin 2020[3].

Il fait obligation aux distributeurs parties à un accord qui vise à négocier, de manière groupée, l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs, d'en informer l'Autorité de la concurrence au moins quatre mois avant sa mise en œuvre dès lors que leur chiffre d'affaires total dépasse certains seuils[4]. À réception, l'Autorité peut, de sa propre initiative ou à la demande du ministre chargé de l'économie, établir un bilan concurrentiel à l'occasion duquel les tiers intéressés peuvent lui adresser des observations[5]. Si, au terme de ce bilan, il apparaît que l'accord emporte des atteintes à la concurrence, les parties doivent proposer à l'Autorité des engagements de nature à y remédier. Pour ce faire, cette dernière se réfère au régime applicable aux pratiques anticoncurrentielles (art. L. 464-2) et veille à ce que les engagements soient de nature à « mettre un terme » aux « préoccupations de concurrence » révélées par le bilan[6]. À défaut d'engagements suffisants, elle peut engager une procédure de sanction en procédant à une notification de griefs d'entente illicite ou d'abus de position dominante (art. L. 462-10, II, al. 4). En parallèle, elle dispose du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires (art. L. 464-10, III) : il s'agit là de pallier l'absence d'effet suspensif du dispositif en le rapprochant de celui applicable au contrôle des concentrations[7].

---

[1] V. avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 *relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.*

[2] 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.*

[3] V. Aut. conc. décision n° 20-D-13 du 22 octobre 2020 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever* (sur laquelle v. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Rapprochement à l'achat : l'Autorité de la concurrence, pour la première fois, apprécie la validité d'un rapprochement à l'achat dans le secteur de la grande distribution alimentaire, sur le fondement des textes issus de la loi EGalim », *Concurrences,* n° 1-2021, art. n° 98970) et décision n° 20-D-22 du 17 décembre 2020 *relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Carrefour et Tesco* (sur laquelle v. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Rapprochement à l'achat : l'Autorité de la concurrence, sur le fondement des textes issus de la loi EGalim, rend obligatoires les engagements pris par deux géants de la grande distribution qui ont conclu des accords de rapprochement à l'achat », *Concurrences,* n° 2-2021, art. n° 100263).

[4] V. art. L. 462-10, I, al. 1 C. com. : « Doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins quatre mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs ». Sur les seuils v. art. R. 462-5 C. com.

[5] L'objet du bilan est de veiller à ce que l'accord ne soit pas de nature à porter une atteinte sensible à la concurrence (au sens des art. L. 420-1 et L. 420-2 C. com.) et/ou d'apprécier s'il apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser d'éventuelles atteintes à la concurrence (art. L. 462-10, II).

[6] V. par ex. la décision du 17 décembre 2020 précitée, spéc. § 124 et s. On aurait pu imaginer que l'Autorité se réfera au régime des engagements applicable à la procédure de contrôle des concentrations.

[7] A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, articles précités : « il faut y voir là une manifestation du caractère hybride de la procédure imaginée par la loi *Egalim*, inspirée tantôt par celle existante en matière de concentrations, tantôt par celle relative aux pratiques anticoncurrentielles ».

La procédure emprunte ainsi à la fois au système préventif de contrôle des concentrations[1] et au dispositif répressif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Elle est, elle aussi, à la croisée des chemins entre les fonctions coercitive et régulatoire de l'Autorité. Il faut alors tenter de la rattacher à l'une ou l'autre : deux critères peuvent être mobilisés pour ce faire.

B. Le critère du moment et des modalités de déclenchement de la procédure

268. Engagements et injonctions structurelles : réactions au constat de préoccupations de concurrence. Concernant les procédures d'engagements et celles pouvant conduire, en outre-mer, au prononcé d'injonctions structurelles, c'est l'Autorité de la concurrence qui est à l'initiative. Son choix est motivé par des préoccupations de concurrence qu'elle éprouve en raison d'éléments dont elle dispose[2]. Alors, au lieu d'approfondir l'instruction des actes ou comportements qui sont l'objet de ses suspicions et de mener à son terme une procédure de sanction, elle permet comme alternative aux entreprises d'adopter divers engagements – structurels ou comportementaux – de nature à y mettre un terme. La première gagne en économie de temps et de moyens. Les secondes échappent à la lourdeur et aux risques liés à la mise en cause dans une procédure répressive. La protection de la concurrence y trouve son compte dès lors que les engagements sont suffisants et bien exécutés.

Ainsi, bien que ces dispositifs interviennent *avant* l'édiction de tout acte de mise en accusation et engagement d'une procédure répressive – dont ils constituent une alternative – c'est le constat d'actes ou comportements litigieux, bien que non encore établis, qui justifient leur déclenchement par l'Autorité. L'intervention est donc *ex post* : aucune obligation spécifique autre que le respect de la législation en vigueur ne pèse *a priori* sur les entreprises. C'est leur comportement qui justifie la mobilisation, dans un cadre contentieux (ou « pré-contentieux »), de l'arsenal de protection de la concurrence[3].

À cet égard, bien qu'alternatifs, ces dispositifs peuvent être rapprochés de la mission coercitive de l'Autorité de la concurrence : l'obstruction, la passivité ou l'insuffisance des entreprises mises en garde a pour effet direct de conduire à l'ouverture d'une procédure répressive.

---

[1] En témoigne encore le renvoi, par l'art. L. 462-10, II, al. 4, au III de l'art. L. 462-5. Ce dernier texte prévoit les modalités d'autosaisine de l'Autorité de la concurrence pour prononcer les sanctions contre toute entreprise qui aurait manqué à son obligation de notification d'une opération de concentration ou qui aurait réalisé l'opération avant le terme de la procédure de contrôle (art. L. 430-8, I et II). Il s'agit du « *gun-jumping* » sur lequel v. *infra*.

[2] Obtenus à l'occasion d'une plainte ou d'une enquête menée par les services de l'Autorité et/ou de la DGCCRF.

[3] Pour reprendre une sous-distinction proposée par un auteur, on pourrait avancer qu'il s'agit d'un « *ex post* autonome » pour lequel « l'*ex ante* n'est alors que le cadre général du système juridique » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *Ex Ante-Ex Post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », précité).

269. Contrôle des regroupements à l'achat : automaticité et caractère préventif. La logique est différente en matière de contrôle des regroupements à l'achat dans le secteur de la distribution. Le devoir d'information qui pèse sur les parties doit être impérativement exécuté *avant* réalisation de l'accord. Ce sont elles qui doivent prendre l'initiative. L'objectif est de permettre à l'Autorité d'opérer un contrôle *a priori* et éventuellement d'imposer la modification, voire de faire obstacle à des accords qui présentent des risques concurrentiels intrinsèques ; cela avant leur mise en œuvre sur le marché. C'est d'ailleurs parce qu'il y a « des trous dans la raquette », parce que ces opérations risquées ont toutes les chances d'échapper au régime du contrôle des concentrations que ce dispositif particulier a été instauré comme complément nécessaire[1].

On retrouve ainsi, à l'instar du régime de contrôle applicable aux concentrations, les caractéristiques d'un « véritable *ex ante* »[2] : à l'inverse des dispositifs précédents, une fois l'obligation d'information préalable exécutée par les entreprises, la passivité et le silence de l'Autorité de la concurrence valent acceptation. Aucune procédure répressive à l'horizon. La démarche est d'abord *préventive* et *régulatoire*. C'est dans un second temps qu'elle peut muter.

C. Le critère de l'objectif premier de la sanction

270. Engagements et injonctions structurelles : la sanction comme réaction à l'échec du processus alternatif. Afin d'affiner l'analyse et de confirmer les rattachements auxquels nous sommes parvenus en application du premier critère, un second tenant à l'objectif prioritaire des sanctions prévues par chacun des dispositifs étudiés peut être mobilisé.

Concernant la procédure d'engagements et le dispositif spécifique à l'outre-mer, la sanction[3] fait suite à l'échec du processus alternatif prévu par la loi. Ce n'est que faute d'engagements suffisants ou en cas d'inexécution de ceux rendus obligatoires que l'Autorité peut revenir sur le terrain répressif[4]. Dans la première hypothèse, la sanction est prononcée si elle parvient à imputer à l'entreprise en cause une pratique illicite ayant produit des effets anticoncurrentiels sur le marché. Dans la seconde, elle fait suite au constat de l'inexécution d'engagements qui avaient pour objet d'éviter la survenance de telles pratiques. C'est là son objet exclusif.

[1] A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, article précité (note. sous Aut. conc. décision n° 20-D-13).
[2] M.-A. FRISON-ROCHE, article précité, n° 62, qui qualifie ainsi le dispositif de contrôle des concentrations.
[3] Pour rappel, dans le cadre de l'art. L. 752-27 C. com., les mesures qu'est habilitée à prononcer l'Autorité ne sont pas qualifiées de sanction. Nous avons néanmoins expliqué qu'elles en présentent tous les attributs, v. *supra*.
[4] V. art. L. 464-2, I, al. 2 et s. et L. 752-27, II, C. com.

271. Contrôle des regroupements à l'achat : la sanction pour garantir l'effectivité du dispositif préventif. En matière de contrôle des regroupements à l'achat, les textes ne se contentent pas d'octroyer à l'Autorité de la concurrence un pouvoir de sanction consécutif à la méconnaissance d'engagements acceptés ou au constat de la commission d'une pratique illicite. Ils l'habilitent à adopter des mesures conservatoires (art L. 462-10, III) et renvoient au dispositif de répression du *gun-jumping* applicable au contrôle des concentrations : faute pour les entreprises de l'avoir informée de leur projet quatre mois avant sa réalisation ou en cas de méconnaissance d'une mesure conservatoire ou suspensive qu'elle avait ordonnée, l'Autorité semble pouvoir engager une procédure de sanction sur fondement des paragraphes I et II de l'article L. 430-8[1]. Ici, la sanction a pour objet premier d'assurer l'effectivité du dispositif préventif. Il s'agit d'un « *ex post* d'intendance, en pure et neutre charge de rendre effectif l'*ex ante* »[2]. L'inspiration et les emprunts au système de contrôle des concentrations, sur lequel nous reviendrons, sont évidents. Le tout renforce le rattachement du dispositif à la fonction régulatoire de l'Autorité.

Reste à saisir les effets de ces rattachements suggérés sur le terrain du recours juridictionnel.

§ II – Modalités de contrôle juridictionnel

272. Conséquences au contentieux. Les analyses et rattachements auxquels nous ont conduit les critères proposés structureront le second temps de ce préliminaire. L'étude des modalités de contrôle juridictionnel des dispositifs et actes hybrides à « dominante coercitive » (A) précèdera celle des modalités de contrôle des dispositifs et actes hybrides à « dominante régulatoire » (B). Pour ne pas trop empiéter sur la suite du chapitre, les propos seront succincts et accompagnés de renvois à des développements plus conséquents proposés aux sections suivantes.

A. Dispositifs et actes hybrides à dominante coercitive

273. Compétence spéciale de la Cour d'appel de Paris. Sur le terrain de la compétence, le recours contre les actes et décisions pris à l'occasion d'une procédure d'engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles et contre ceux adoptés dans la mise en œuvre du dispositif spécifique à l'outre-mer ne pose pas difficulté : en application du Code de commerce,

[1] L'art. L. 462-10, II, al. 4, renvoie au III de l'art. L. 462-5. Ce dernier texte prévoit les modalités d'autosaisine de l'Autorité de la concurrence pour prononcer les sanctions contre toute entreprise qui aurait manqué à son obligation de notification d'une opération de concentration ou qui aurait réalisé l'opération avant le terme de la procédure de contrôle (art. L. 430-8, I et II C. com.). Il s'agit du « *gun-jumping* » sur lequel v. *infra.*
[2] M.-A. FRISON-ROCHE, article précité, n° 34.

tous font partie des matières confiées à la compétence dérogatoire de la Cour d'appel de Paris[1]. En pratique, les difficultés concernent davantage la recevabilité du recours et, notamment, les types de décision qui sont susceptibles d'en faire l'objet[2].

274. Recours « en annulation ou en réformation » et « procédure négociée ». Concernant le type de recours ouvert contre les actes adoptés au terme de ce premier type de procédure hybride, la solution paraît, de prime abord, encore limpide. L'article L. 464-8 du Code de commerce prévoit, comme pour toutes décisions adoptées par l'Autorité de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, qu'ils peuvent faire l'objet d'un « recours en annulation ou en réformation ».

La section suivante sera l'occasion d'analyser cette formule puis d'étudier l'interprétation qu'en font la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. Nous verrons alors que le caractère négocié de la procédure ayant abouti à l'adoption d'un acte faisant l'objet d'un recours est susceptible d'avoir d'importants effets tant sur le contrôle opéré par le juge qui en est saisi que sur les pouvoirs dont il est investi. Or les dispositifs hybrides à dominante coercitive étudiés sont tous deux susceptibles de donner lieu à l'adoption d'un acte négocié et, à ce titre, de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel amoindri dont nous présenterons les modalités.

B. Dispositifs et actes hybrides à dominante régulatoire

275. Compétence par défaut du juge administratif ? Concernant le dispositif de contrôle des rapprochements à l'achat, aucune disposition n'est consacrée au recours juridictionnel. Eu égard à l'interprétation stricte qui est faite de la compétence dérogatoire de la Cour d'appel de Paris[3], il devrait relever de la compétence des juridictions administratives. L'incertitude porte alors sur le point de savoir si les tribunaux de premier ressort sont compétents en application du droit commun (art. L. 311-1 CJA) ou si le Conseil d'État dispose d'une compétence exclusive, en premier et dernier ressort, en application de l'article R. 311-1, 4° du même Code. Cette dernière solution impliquerait que le juge considère que les décisions adoptées, dans ce cadre spécifique, par l'Autorité de la concurrence, relèvent de sa « mission de contrôle ou de régulation ». Compte tenu de la proximité de ce dispositif et de celui relatif au contrôle des concentrations – dont le contentieux relève, sur fondement de cette disposition, de la

[1] L'art. L. 464-8 vise, indistinctement, les décisions de l'Autorité mentionnées aux art. L. 464-2 et L. 752-27.
[2] V. encore CA Paris, 21 avril 2022, n° 20/16963 et CE, 1er juillet 2022, n° 448061, précités, concernant le recours formé contre la décision par laquelle l'Autorité refuse des engagements et renvoie l'affaire à l'instruction.
[3] Sur laquelle v. *supra*, n° 129 et s.

compétence exclusive du Conseil d'État – cette consécration paraît opportune. Il est en toute hypothèse probable que le juge aura prochainement à se prononcer sur cette question.

276. Hybridité du dispositif et variation possible du type de recours ouvert. La matière manque encore pour que le type de recours ouvert contre les actes adoptés dans ce cadre soit traité avec certitude. Il est toutefois possible d'avancer que ceux des actes de l'Autorité qui relèvent de la qualification de sanction doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle de pleine juridiction confié à un juge doté d'un pouvoir de réformation. Ceux qui revêtent une simple dimension préventive pourraient en revanche être abandonnés à un strict contrôle de légalité. Mais il s'agit là de propos prospectifs dont l'approfondissement nous conduirait à empiéter avec excès sur la suite du chapitre. Il convient par conséquent d'entamer l'étude des modalités suivant lesquelles sont exercés puis traités les recours exercés contre les actes de l'Autorité de la concurrence qui relèvent indiscutablement de sa fonction coercitive ou de sa fonction régulatoire. On y trouvera alors des éléments permettant d'enrichir les propos assez sommaires qui viennent d'être consacrés au contrôle des dispositifs et actes hybrides de cette même Autorité.

Section 1 : Le recours contre les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence

277. Compétence de la Cour d'appel de Paris et procédure spéciale. Nul besoin de revenir sur des éléments déjà longuement étudiés. Rappelons simplement que la Cour d'appel de Paris a, dès 1987, été désignée comme juridiction exclusivement compétente pour connaître du recours contre les actes adoptés par l'ancien Conseil, actuelle Autorité de la concurrence, dans son office de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. En droit positif, le Code de commerce dresse la liste des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours devant cette Cour[1].

[1] *A priori* seules les décisions expressément visées sont susceptibles de recours devant la Cour de Paris (v. CA Paris, 12 décembre 2006, n° 2006/00048, « les articles L. 464-7 et L. 464-8 […] énumèrent une liste limitative des décisions du Conseil de la concurrence qui sont susceptibles de recours »). Les autres décisions que l'Autorité est susceptible de prendre ne devraient pas l'être. Il nous semble que ce n'est qu'une application du droit commun : ces autres mesures correspondraient à des « mesures d'administration judiciaire » ou « d'ordre interne » (expression utilisée par M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.,* ouvrage précité, n° 450, p. 446) : décision de renvoi, de sursis à statuer, de jonction ou de disjonction d'affaires etc. qui sont, en droit commun, insusceptibles de recours (art. 537 CPC). Reste toutefois l'hypothèse rare de décisions qui seraient détachables de la procédure menée devant l'Autorité et relèveraient, à ce titre, de la compétence du juge administratif.
L'art. L. 464-7 C. com. vise les décisions concernant les *mesures conservatoires* (art. L. 464-1). L'art. L. 464-8 vise celles par lesquelles sont acceptés et rendus obligatoires des *engagements* ou prononçant une *sanction pécuniaire et/ou une injonction* (au terme d'une procédure classique, de transaction ou de clémence, v. art. L. 464-

Les concernant, est organisée une procédure dérogatoire au droit commun de l'appel civil (art. R. 464-10 C. com.). Par-delà l'octroi de cette compétence dérogatoire, c'est là l'un des éléments essentiels du système organisé en 1987. Reste que le droit commun retrouve sa vocation subsidiaire et régit les éléments non couverts par les dispositions spéciales du Code de commerce[1]. Ce recours est ainsi exercé devant une juridiction spécialisée et suit une procédure partiellement dérogatoire[2]. En outre, l'octroi de cette compétence spéciale à une juridiction d'appel n'est pas sans effet : législateur et juges refusent de reconnaître la qualité de juridiction à l'Autorité de la concurrence. Par conséquent, les décisions rendues, sur recours, par la Cour d'appel de Paris le sont en premier[3] et dernier ressort ; ce que confirme la lecture du Code qui prévoit le pourvoi en cassation comme seul recours ouvert à leur encontre[4]. Jurisprudence et doctrine semblent s'en accommoder et considèrent que ce système est conforme au droit au double degré de juridiction prévu par la Convention EDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[5]. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question.

C'est donc à l'aune du droit spécial du Code de commerce et du droit commun du procès civil qu'il convient d'appréhender le recours exercé contre les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence. Après avoir traité des éléments composant l'instance à laquelle il donne lieu (§ I), il faudra s'intéresser aux modalités de leur traitement, soit à l'office du juge saisi (§ II).

---

2 et L. 464-3, v. aussi les injonctions spécifiques prévues par l'art. L. 725-27 pour certains territoires) ainsi que celles qui ordonnent le *non-lieu* à poursuivre la procédure (art. L. 464-6 et L. 464-6-1), le *rejet* ou *l'irrecevabilité* de la saisine (art. L. 462-8). Enfin, les art. L. 464-8-1 et R. 464-29 prévoient un recours contre les décisions du rapporteur général en matière de protection du secret d'affaires (art. L. 463-4).

[1] Com., 3 mars 2009, n° 08-14435 et 08-14464, « 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 » or « il n'et expressément dérogé qu'au titre VI du livre II du Code de procédure civile ».

[2] Ce qui le démarque des autres recours que nous serons conduit à envisager qui relèvent, faute de disposition spécifique, du seul droit commun.

[3] Le refus de reconnaître la qualité de juridiction à l'Autorité de la concurrence conduit à ce que ses actes ne puissent être qualifiés de jugement de première instance. Les décisions de la cour d'appel constituent donc le premier acte juridictionnel rendu au cours du processus ; elles sont rendues, au sens strict, en premier ressort.

[4] V. art. L. 464-8, al. 3 C. com.

[5] V. CA Paris, 28 janvier 1997, *BOCCRF*, n° 24, 31 décembre 1997 et CA Paris, 14 janvier 2003, *BOCCRF*, n° 2, 27 février 2003 qui jugent, sans motivation particulière, que les moyens des parties reposant sur l'atteinte du droit au double degré de juridiction sont « dénués de fondement ». Le Professeur Vogel avance simplement que ce recours spécifique « n'empêche pas de qualifier la cour d'appel de Paris de second degré de juridiction » (L. VOGEL, *Traité de droit des affaires, t. 1 : Du droit commercial au droit économique*, LGDJ, 2020, n° 1130) ou encore que « cette spécificité n'empêche pas pour autant de qualifier la Cour d'appel de Paris de second degré de juridiction » (*Traité de droit économique, t. 1.2 : Droit de la concurrence – Droit français*, précité, n° 536). Ces explications laissent perplexe à l'observation de la constance avec laquelle juge et législateur refusent de reconnaître la qualité de juridiction à l'Autorité de la concurrence. Elle pourrait être justifiée par une conception du « tribunal » inspirée de celle retenue par la Cour EDH. Il faut néanmoins convenir que tout cela est peu clair.

§ I – Éléments de l'instance de recours

278. Étude du lien d'instance. En toutes matières, la demande en justice, qui implique la saisine d'un juge, donne naissance à un lien juridique spécifique ; le « lien juridique d'instance »[1]. Dans l'étude de la composition de ce lien, sont classiquement distingués les éléments subjectifs – qui renvoient aux « personnes qui agissent » – des éléments objectifs qui renvoient, eux, à « la matière litigieuse »[2]. Pour entamer notre démarche comparative, nous adopterons ce schéma.

Concernant les éléments subjectifs, la question des acteurs de l'instance de recours contre les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence a déjà fait l'objet d'études. Des évolutions récentes commandent toutefois de renouveler l'analyse afin d'apprécier le degré d'accessibilité au prétoire de la Cour de Paris en droit positif (A). Concernant la matière de l'instance, l'interrogation est double : il s'agit de rechercher *par qui* cette matière est alimentée – opération intimement liée à l'identification des acteurs de l'instance – puis de rechercher *de quoi* elle est composée : quels en sont les éléments ? Comment sont-ils déterminés ? Il s'agit en somme d'étudier les principes qui gouvernent l'établissement de cette matière litigieuse (B).

A. Acteurs de l'instance de recours

279. La délicate notion de partie à l'instance. S'intéresser aux acteurs d'une instance juridictionnelle conduit instinctivement à en identifier les parties, lesquelles sont appelées à y occuper les rôles principaux, à l'exception de celui de juge. L'instance noue en effet une « relation triangulaire »[3] entre les parties et le juge. Les parties seraient donc toutes personnes impliquées dans ce lien, à l'exception du juge, et à l'exclusion des tiers qui n'y sont, par définition, pas impliqués. La chose semble simple. Pourtant, « la notion de partie est sans doute l'une des notions les plus complexes en matière procédurale »[4], en particulier dans le contentieux économique où elle « paraît quelque peu malmenée »[5].

Sur certains points, la Cour d'appel de Paris semble, en apparence en tout cas, ne pas s'écarter du droit judiciaire privé commun et fait ainsi, par exemple, application des dispositions du Code

[1] Sur la définition et les débats relatifs, notamment, à la nature de ce lien v. les références proposées *supra.*
[2] Nous reprenons ici la présentation de S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER ouvrage précité, n° 162 et s. D'autres auteurs adoptent une présentation similaire, v. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* LexisNexis, 11e éd., 2020, p. 481 et s.
[3] S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, ouvrage précité, p. 329.
[4] *Ibid*. V. aussi E. JEULAND, préface de la thèse de L. VEYRE, *La notion de partie en procédure civile*, IRJS Editions, 2019 : « Il n'est pas de question de procédure aussi facile en apparence qui soit aussi complexe en réalité ».
[5] F. BUSSY, « La notion de partie l'instance en procédure civile », *D.*, 2003, p. 1376, ce qui pousse d'ailleurs l'auteur à exclure ce contentieux- du champ de son étude.

de procédure civile relatives à l'intervention[1]. Mais ce sont alors les nombreuses difficultés communes à toute procédure qui resurgissent[2] et viennent s'ajouter à celles propres au contentieux économique. C'est à l'ensemble de ces éléments qu'il faut nous consacrer.

280. Recension des acteurs. Les difficultés relatives à la recension des acteurs de l'instance de recours seront étudiées en trois temps. D'abord, devront être identifiés les critères au regard desquels la qualité de partie est reconnue à certains d'entre eux (1) avant que ne soient étudiées les tergiversations auxquelles a donné lieu la reconnaissance de cette qualité à l'Autorité de la concurrence (2). Enfin, il nous faudra nous intéresser à d'autres acteurs qui, bien que dépourvus de cette qualité, doivent être distingués des « véritables tiers » (3). Ces développements permettront d'apprécier le caractère plus ou moins « ouvert » de ce recours[3], ce qui constituera un bon point de départ pour l'étude des conditions d'établissement de la matière qui le compose.

1. Partie au recours et demandeur : qualités réservées aux « parties en cause »

281. Action attitrée. Nous n'insisterons pas sur les conditions de forme qui encadrent l'exercice du recours après avoir simplement précisé qu'il est exercé par déclaration écrite déposée en triple exemplaire au greffe de la juridiction sous un mois après notification de la

[1] CA Paris, 22 février 2005 *STAL,* n° 2004/14592 : « les dispositions des articles 328 à 330 du nouveau Code de procédure civile, auxquelles il n'est pas dérogé par le décret du n° 97-849 du 19 octobre 1987 et qui ne sont pas incompatibles avec la nature propre du contentieux de la concurrence, sont applicables aux procédures suivies devant la Cour sur les recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence ».

[2] V. en procédure civile : L. VEYRE, thèse précitée, n° 4 : « Être ou ne pas être partie, telle est donc la question que l'on se pose […]. C'est en effet cette interrogation sur la détermination ou l'identification des parties qui vient en premier à l'esprit lorsque l'on regarde les nombreuses difficultés relatives à la notion de partie en procédure civile. Songeons, entre autres exemples, à l'intervenant volontaire accessoire, aux personnes entendues dans une procédure collective, aux personnes concernées par une action de groupe, à l'adversaire du requérant lors d'une procédure sur requête ou d'une injonction de payer, ou encore aux autorités de marché admises à former des observations lors des recours contre leurs décisions » ; J. THÉRON, « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.,* 2014, p. 231. En contentieux administratif : B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir,* LGDJ, 1959, et les difficultés relevées par F. BLANCO, *Contentieux administratif,* PUF, 2019, n° 662 et s. Les difficultés existent à l'échelle du droit processuel, v. E. JEULAND, ouvrage précité, n° 63 et s.

[3] Source de désaccords en doctrine : M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 302-304, évoque un recours plutôt « ouvert » rejoignant la position de J. PRADEL, « Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence », *RSC,* 1988, p. 106, alors que M. Delicostopoulos défend l'idée que ce recours est un « modèle d'une accessibilité restreinte » au prétoire du juge, (C. S. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire. Contentieux de la concurrence et de la bourse,* LDGJ, 2002, n° 201 et s.).

décision de l'Autorité qui en est l'objet[1]. Les formes dématérialisées semblent irrecevables[2]. La structuration des écritures est imposée aux parties assistées ou représentées[3], non à celles qui se défendent seules[4]. La déclaration contient plusieurs mentions prescrites à peine de nullité[5] et doit, à peine de caducité relevée d'office, être notifiée par LRAR, dans les cinq jours de son dépôt au greffe, aux parties auxquelles la décision de l'Autorité a été notifiée, à l'Autorité et au ministre de l'Économie[6]. Sous la même sanction, le demandeur doit joindre à la déclaration, dès son dépôt ou par observations écrites déposées au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision, l'exposé de ses moyens et les pièces et documents qui y sont mentionnés[7]. Il doit, toujours dans ces délais et sous la même sanction, notifier copie de ses observations et de la liste des pièces et documents produits par LRAR aux mêmes personnes[8] qui disposent, à compter de cette notification, d'un mois pour exercer un éventuel recours incident[9]. Il doit, enfin, notifier une copie des pièces et documents à l'Autorité et au ministre[10].

[1] Il existe des spécificités lorsque le recours a pour objet une décision se prononçant sur une demande de mesures conservatoires formulée devant l'Autorité (art. L. 464-1 C. com.). Nous aurons l'occasion d'en relever certaines. Notons d'ores et déjà que ce recours, prévu par l'art. L. 464-7, doit être exercé dans les dix jours de la notification de la décision de l'Autorité par voie d'assignation à une audience préalablement indiquée par le premier président (art. R. 464-20). L'assignation comporte les mêmes mentions que la déclaration et suit les mêmes règles et délais de notification au greffe de la juridiction et aux autres parties. La Cour doit se prononcer dans le délai d'un mois.

[2] Com., 13 septembre 2017, n° 16-16707 qui approuve la Cour d'appel d'avoir refusé de tenir compte de la déclaration de recours faite par le RPVA (la Cour de cassation ne se prononce pas sur le moyen qu'elle déclare irrecevable car nouveau mais ne remet en tout cas pas en cause l'analyse de la Cour d'appel sur ce point).

[3] Les conclusions doivent être structurées et récapitulatives depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2017-823 du 5 mai 2017 *relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et aux recours exercés devant le premier président de la cour d'appel de Paris contre certaines décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence* (art. R. 464-25-1). La Cour refuse de statuer sur les prétentions et moyens qui ne sont pas détaillés et repris dans les dernières écritures selon les formes requises. Le lendemain de l'adoption de ce décret, le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 *relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile* est également venu accroître les exigences relatives à la rédaction des conclusions en droit commun de l'appel (v. art. 954 CPC).

[4] Ce que permet l'art. R. 464-26 C. com., en dérogation au principe de la représentation obligatoire qui gouverne la procédure d'appel de droit commun (art. 899 CPC).

[5] V. art. R. 464-12 C. com.

[6] Art. R. 464-13 et R. 464-15 C. com. tel que modifié par le décret du 5 mai 2017 précité. Antérieurement, la notification à l'Autorité et au ministre incombait au greffe de la Cour (art. R. 464-15 ancien). Cette obligation nouvelle mise à la charge du demandeur rapproche encore le régime de cette déclaration de celui de l'assignation qui est, en procédure civile, la modalité d'introduction d'une instance de premier degré de droit commun. Elle l'éloigne en revanche du principe qui gouverne le contentieux administratif où la dominance inquisitoire conduit à faire peser cette charge sur la juridiction saisie par requête.

[7] Art. R. 464-15 C. com. tel que modifié par le décret du 5 mai 2017 précité. Auparavant, les art. R. 464-12 et R. 464-13 prévoyaient, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, que les pièces et documents devaient être déposés en même temps que la déclaration et les moyens déposés dans les deux mois de la notification de la décision critiquée.

[8] Art. R. 464-15, al. 3 C. com.

[9] Art. R. 464-16 : toutes les conditions de forme, de notification et de délai sont alors applicables au demandeur à titre incident. Notons que le point de départ de ce délai a été modifié par le décret du 5 mai 2017 précité, antérieurement il courait à compter de la notification de la déclaration d'appel.

[10] Art. R. 464-15, al. 4, il doit justifier de cela auprès du greffe. Les sanctions et délais restent les mêmes.

Pour le reste, le recours se déroule dans le cadre d'une instance introduite par la formulation d'une demande en justice qui n'appartient qu'aux titulaires d'un droit d'action[1]. Or, ce contentieux relève « des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie »[2]. Il s'agit donc d'une action attitrée. Le demandeur devra, avant de justifier d'un *intérêt* à agir, justifier de sa *qualité* pour le faire afin que son action soit jugée recevable. Présentons brièvement le premier avant de nous arrêter plus longuement sur la seconde.

282. Intérêt à agir. En premier lieu, toute partie à la procédure devant l'Autorité qui a vu une partie au moins de ses demandes rejetées a intérêt pour engager un recours contre sa décision. Suivant ce principe, outre la partie condamnée, l'auteur de la saisine qui voit la procédure se solder par une acceptation d'engagements a intérêt au recours car une telle décision pourrait valoir rejet de ses demandes[3] ou déboucher sur des engagements « susceptibles de produire des effets juridiques sur sa situation personnelle »[4]. S'il parvient à en convaincre le juge, son recours sera déclaré recevable car l'acceptation d'engagements se traduit par le prononcé d'un non-lieu[5] ; or il est acquis que les décisions de non-lieu sont susceptibles de recours devant la Cour de Paris[6]. De même, l'auteur d'une plainte rejetée par l'Autorité dans les conditions de l'article L. 464-8, alinéa 2[7] ou dans celles de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce[8] devrait pouvoir justifier sans mal d'un intérêt au recours[9]. Bien que le recours exercé contre de telles décisions, par lesquelles l'Autorité fait usage de l'opportunité des poursuites dont elle est titulaire, puisse paraître quelque peu illusoire[10], leur exercice reste possible.

---

[1] C'est ici le droit commun du procès civil qui s'applique : « L'exercice de l'action en justice par la formulation d'une demande en justice introduit l'instance », S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 259.

[2] C'est la réserve posée par l'art. 31 CPC au principe en vertu duquel il suffit de justifier d'un intérêt à agir.

[3] CA Paris, 16 octobre 2007 *Bijourama,* n° 06/17900, qui admet la recevabilité du recours de la partie ayant initialement saisi le Conseil au motif que « la décision d'acceptation d'engagements, en mettant fin à la procédure, ne fait pas droit à ses demandes ».

[4] CA Paris, 6 novembre 2007 *Canal 9,* n° 06/18379.

[5] V. qui confirme le rejet, sans en contester la recevabilité, du recours exercé contre une décision d'engagements : Com., 12 mai 2015 *Cogent*, n° 14-10792.

[6] V. art. L. 464-8, al. 1er. Bien que la procédure d'engagements soit un « outil de régulation, et non une procédure de sanction » (CA Paris, 1er juin 2010, n° 08/21057, rendu sur renvoi après cassation partielle par Com., 4 novembre 2008, n° 07-21275) ce recours permet d'assurer qu'aucun manquement aux principes généraux de procédure n'a altéré les débats au terme desquels l'Autorité a accepté les engagements.

[7] Lequel permet à l'Autorité, depuis la transposition de la directive européenne dite « ECN + » par l'ordonnance n° 2021-658 du 26 mai 2021, de rejeter une saisine lorsqu'elle considère que les faits dénoncés ne constituent pas une « priorité ». Il s'agit là d'une véritable opportunité des poursuites confiée à l'Autorité. Pour un premier rejet de plainte sur ce fondement v. Aut. conc., décision n° 22-D-19 du 20 octobre 2022 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des timbres postaux.*

[8] Qui permet à l'Autorité d'adopter une décision de non-poursuite de la procédure nonobstant l'existence probable de pratiques illicites dès lors qu'elles sont le fait d'entreprises qui détiennent une faible part de marché (faculté hybride entre opportunité des poursuites et application de l'adage *de minimims non curat praetor*).

[9] L'art. L. 464-8 classe ces décisions parmi celles susceptibles de faire l'objet d'un recours.

[10] G. CANIVET, « L'écueil bureaucratique du droit de la concurrence », *in Mélanges L. Idot,* 2022, vol. 1, p. 193 et s., spéc. note 57, p. 201.

La qualité à agir est, elle, d'abord attribuée aux parties en cause et au ministre de l'Économie.

283. Qualité réservée aux « parties en cause ». L'article L. 464-8 du Code de commerce attribue aux « parties en cause » qualité pour exercer le recours qu'il envisage[1]. Bien que certains aient relevé la relative originalité que présente le caractère attitré de cette action[2], il demeure utile de noter que la formule va au-delà de la seule exigence d'un intérêt qui donne qualité à agir en droit commun du procès civil et administratif[3]. Il faut avoir été partie en « première instance », lors de la procédure administrative, pour être recevable à initier, en qualité de partie, le recours juridictionnel. Nous verrons que cette exigence s'étend en principe à toute personne privée qui aspire à devenir partie au recours et *a fortiori* à celui qui prétend exercer un recours incident[4].

L'identification des opérateurs titulaires de cette qualité implique de rechercher les destinataires de la notification des griefs lors de la procédure devant l'Autorité car c'est elle qui « confère […] la qualité de partie en cause »[5]. Sont visés à ce titre « les intéressés »[6] qui sont, « outre les parties saisissantes[7], les personnes à qui sont présumées imputables les pratiques incriminées »[8]. S'il est peut-être précoce de parler de présomption à ce stade de la procédure, il s'agit de toutes personnes contre lesquelles l'action a été mise en mouvement.

[1] Un lien peut être fait avec l'art. 546 CPC qui réserve le droit d'appel « à toute partie qui y a intérêt ».
[2] M. COLLET, thèse précitée, p. 302-304 ; l'auteur raisonne sur le terrain du seul intérêt à agir et conclut que « l'appréciation de l'intérêt à agir, tant dans le contentieux boursier que dans celui de la concurrence, n'est donc pas d'une particulière sévérité ».
[3] En procédure civile, l'exigence d'une qualité est dérogatoire (v. art. 30 CPC). Il en est de même en contentieux administratif où l'on parle en principe de « l'intérêt donnant qualité à agir » (F. BLANCO, ouvrage précité, n° 553 et s.). Sur les évolutions de son appréciation v. F. MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif », *AJDA,* 2014, p. 1530. Sauf exceptions, l'existence d'une décision administrative préalable conditionne la recevabilité de toute action. Dans le cadre de nos propos, le recours est chaque fois porté contre une décision de sanction ou, *a minima*, contre une transaction, cette condition ne pose donc pas difficulté. Pour une présentation générale « classique » v. F. BLANCO, ouvrage précité, n° 347-352 et n° 571-574, pour une lecture renouvelée v. A. MEYNAUD-ZEROUAL, *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif,* LGDJ, 2020, n° 107-116.
[4] Prévu par l'art. R. 464-16 C. com.
[5] L. VOGEL, ouvrage précité, n° 487.
[6] Art. L. 463-2, al. 1er : « Sans préjudice des mesures prévues à l'article L. 464-1, le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint désigné par lui notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement (…) ».
[7] Il faut néanmoins que ces personnes soient ensuite jointes à la saisine de l'Autorité : en défense (donc contre leur gré) ou en se joignant à la saisine initiée par autrui. En effet, la partie destinataire de la notification des griefs qui ne s'est pas jointe à la saisine de l'Autorité initiée par le ministre ou une autre partie n'est pas « partie en cause » et n'a donc pas qualité pour exercer le recours : CA Paris, 7 mai 2002, n° 01/06033 et 01/06091.
[8] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 419.

284. Droit d'action du pôle ministériel[1]. Que le recours ait pour objet une décision définitive, au fond, de l'Autorité ou une décision se prononçant sur une demande de mesures conservatoires, la loi octroie qualité à agir à des représentants du pôle ministériel. Dans le premier cas, c'est au ministre de l'Économie qu'est reconnue cette qualité, dans le second, au commissaire du Gouvernement devant l'Autorité[2]. La notion de « pôle ministériel » (ou « gouvernemental ») prend ici tout son sens : malgré la ventilation confuse des rôles opérée par les articles L. 464-7 et L. 474-8 du Code de commerce[3], cela « n'entraîne guère de différence par rapport aux justiciables » dans la mesure où c'est « le directeur de la DGCCRF qui exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement » et c'est ce même directeur qui représente le ministre dans l'exercice du recours envisagé par le second texte[4]. Lorsqu'il exerce ce recours, le représentant du pôle ministériel est tenu aux mêmes obligations que les parties : il doit formuler et motiver des prétentions propres et ne peut se contenter de solliciter la confirmation de la décision de l'Autorité, le rejet d'un recours ou l'aggravation des sanctions prononcées[5]. En outre, même lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, le ministre peut présenter des observations orales[6].

Ce droit d'action du pôle ministériel est justifié par la volonté que les considérations d'intérêt général – dont la satisfaction est au cœur de la fonction de l'Autorité – ne soient pas écartées du débat dans le cadre de l'instance de recours. Il a été regretté que ces représentants de l'exécutif ne soient dépositaires que d'une fraction de l'intérêt général et qu'aucun d'eux ne soit parfaitement indépendant et/ou impartial ; ce qui constitue une garantie insuffisante contre le risque de « privatisation du contrôle de l'Administration »[7]. Le ministre dispose néanmoins d'un rôle important : il peut agir tant en défense qu'en demande et ainsi élargir la matière dont est saisie la Cour d'appel, empêchant qu'elle ne soit saisie des seuls éléments que les parties

[1] Nous aurions pu inclure à ce paragraphe des développements sur le ministère public. Toutefois, il ne bénéficie pas d'un véritable droit d'action mais simplement d'un droit d'intervention et fera donc l'objet de développements au sein du paragraphe consacré aux autres acteurs de l'instance.
[2] Désigné par le ministre chargé de l'économie (art. L. 461-2, al. 3 C. com.). Cette fonction est « ordinairement exercée par le directeur général de la [DGCCRF] », M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 356. C'est aujourd'hui le cas, v. arrêté du 19 avril 2018 *portant nomination de commissaires du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence,* JO n° 0098 du 27 avril 2018.
[3] V. O. DOUVRELEUR, « Une voie de recours « sui generis » : le recours des décisions du Conseil de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 1988, doctr. 1, p. 179 et J.-J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand-LGDJ, 2002, n° 718.
[4] Art. R. 464-26, al. 2 C. com. ; v. J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 718.
[5] CA Paris, 17 juin 2003 : recours contre la décision n° 02-D-57, *BOCCRF*, n° 2003-10, 29 septembre 2003 cité par T. FOSSIER et M. SALTIEL, « Parties et tiers en droit répressif de la concurrence : leur statut devant la cour d'appel de Paris », *Concurrences*, n° 1-2011, art. n° 33854 et Com., 14 janvier 1992, *BOCCRF*, 1er février 1992.
[6] À sa demande ou à celle du premier président (art. R. 464-19 et R. 464-21). Sur cette faculté offerte au ministre v. *infra.*
[7] T. PERROUD, « La Cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », *DA,* n° 5, mai 2017, étude 9.

privées ont bien voulu lui soumettre[1]. Certains ont vu dans ce droit d'action une solution « acrobatique » qui « revient à offrir à l'État (personne morale) la possibilité de contester une décision émanant de l'État »[2]. La formule témoigne de la difficulté d'insérer ces autorités indépendantes dans le schéma institutionnel classique. Reste que le ministre, à l'instar des parties en cause, bénéficie d'un tel droit d'action. Voyons le statut réservé à l'Autorité.

2. Partie au recours et demandeur : tergiversations autour de l'Autorité

285. Évolutions. La qualité de partie à l'instance de recours était, jusque récemment, simplement refusée à l'Autorité de la concurrence. Dès lors, il conviendra de rappeler le principe et les arguments qui motivaient cette solution (a) avant de présenter les raisons et modalités de l'accession récente, incomplète et quelque peu contrainte de l'Autorité à cette qualité (b).

a. L'exclusion initiale de l'Autorité de la concurrence de la qualité de partie

286. Le constat. Dès l'origine, le décret du 19 octobre 1987 excluait le Conseil de la concurrence de la qualité de partie à l'instance[3]. La formule actualisée de l'article R. 464-11 du Code de commerce était à cet égard sans ambiguïté : « l'Autorité de la concurrence n'est pas partie à l'instance ». La faculté lui a toutefois été attribuée de formuler des observations orales et/ou écrites[4] puis même de former, par la voie de son président, un pourvoi en cassation contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris annulant ou réformant l'une de ses décisions[5]. Le juge judiciaire a fait une application stricte de ces dispositions[6].

287. L'analyse. Les fondements et explications théoriques possibles sont multiples. En s'en tenant à une analyse processuelle comparative entre juges judiciaire et administratif, il faut rappeler que si le second a pour habitude d'entendre en son prétoire l'autorité auteur de l'acte

[1] Par ex. en demandant l'aggravation d'une sanction à l'encontre d'une entreprise n'ayant pas exercé de recours principal, v. CA Paris, 8 avril 2009, n° 2008/01092.
[2] M. COLLET, thèse précitée, p. 307, toutefois l'auteur note que celle solution n'est pas choquante car « elle prend en compte une divergence d'intérêt – celui de l'État représenté par le gouvernement et celui porté par l'autorité administrative indépendante – que la loi, en créant un tel organisme, avait, d'une certaine manière, par avance consacré : si ces organismes avaient simplement vocation à prendre les décisions qui, sans eux, auraient été prises à l'identique par le gouvernement, leur création aurait été superflue ».
[3] Art. 9 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 *relatif aux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence*.
[4] V. art. R. 464-18 et R. 464-19 anciens C. com.
[5] Art. L. 464-8 C. com. tel que modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 *portant modernisation de la régulation de la concurrence.*
[6] V. par ex. Com., 27 janvier 1998 *ITM France*, n° 96-11080. Le parallèle peut être fait avec la jurisprudence concernant l'ancienne COB : en l'absence de texte l'y habilitant, la Cour lui a toujours refusé la faculté d'exercer un quelconque recours, notamment en cassation (par ex. Com., 15 mars 1994, n° 91-19076).

objet d'un recours[1], le premier s'est plusieurs fois placé sur le terrain du procès équitable et de l'égalité des armes pour refuser que cet auteur y soit partie[2]. Se mêle à ces cultures contentieuses différentes l'ambiguïté qui a un temps plané sur la jurisprudence[3] et la doctrine privatistes – et plane du reste toujours sur une partie de cette dernière[4] – quant à la nature des autorités de régulation et de concurrence et des actes qu'elles adoptent[5]. En outre, la démonstration a déjà été faite qu'en l'absence de texte spécifique, le juge judiciaire – à l'inverse de son homologue administratif[6] – refuse la qualité de partie à tout organisme dépourvu de la personnalité morale[7], ce qui est le cas des AAI et donc de l'Autorité de la concurrence. Il s'agit davantage d'une observation que d'une explication dont la pertinence a été discutée[8]. Elle reste un élément supplémentaire à la compréhension de cet état du droit antérieur, mais n'a toutefois pas suffi à convaincre les autorités et juridictions communautaires.

---

[1] C'est le cas pour tout recours pour excès de pouvoir dans lequel, même lorsque le requérant ne vise pas « d'adversaire » dans sa requête, il appartient au juge « de déterminer lui-même l'auteur de l'acte litigieux, qui aura alors la qualité de « défendeur » » (F. BLANCO, ouvrage précité, n° 663). V. P.-A. JEANNENEY, M. COUSIN, « La place des autorités de marché dans le procès fait à leurs décisions : à la recherche de cohérences », *Concurrences,* n° 3-2007, art. n° 13808 : « Cette différence d'approche entre le contentieux administratif et la procédure civile s'explique sans doute par une conception différente de la notion de partie. Cette notion a, en droit administratif, un contenu objectif : elle désigne la personne qui a un intérêt au maintien, à l'annulation ou à la réformation de l'acte. En procédure civile, la partie est celle qui fait valoir, de façon plus subjective, une "prétention" à l'encontre d'une autre partie ».

[2] V. CA Paris, 9 avril 2002 *SA Geodis Oversas et autres,* n° 01/19885, qui juge que « lorsque la décision fait l'objet d'un recours de plein contentieux devant une juridiction d'appel, la procédure régissant le recours doit respecter le principe de l'égalité des armes et de l'effectivité du recours, garantissant l'exercice des droits de la défense » et considère que la procédure de recours « est irrémédiablement viciée » par le dépôt d'observations par le Conseil de la concurrence. Cette jurisprudence est également appliquée dans d'autres champs, par ex. en matière disciplinaire (concernant le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques : Civ. 1ère, 10 septembre 2015, n° 14-10111, *Procédures,* 2015, n° 320, obs. Y. STRICKLER).

[3] Parmi les arrêts souvent cités : CA Paris, 23 février 1988, *Gaz. Pal.,* 15-17 mai 1988, note J.-P. MARCHI ; 21 décembre 1988, *BOCCRF*, 29 décembre 1988, qui qualifie la décision du Conseil de la concurrence de décision des « premiers juges » et 9 avril 2002, n° 01/19885 précité. V. encore CA Paris, 22 septembre 2004 *Sté Mayenne Viande,* n° 04/14608, qui relève « la nature propre du contentieux de la concurrence ».

[4] V. F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA,* 2013, p. 113. L'auteur plaide pour la reconnaissance du caractère juridictionnel des organes répressifs des AAI et explique que « le droit positif est […] quasiment prêt » à cela.

[5] Cette ambiguïté a ravivé un débat séculaire relatif à la distinction de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel, nous y reviendrons.

[6] V. sur cela A. DEBET, « Autorités administratives indépendantes et personnalité morale », *in La personnalité morale,* Travaux de l'association Henri Capitant*,* journées nationales 2007, t. XII, Dalloz, 2010, p. 17.

[7] V. C. CHAUVET, « La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes », *RDP*, 2007, n° 2, p. 379 ; l'auteur résume son propos par cette formule : « la méthode du juge judiciaire est simple et pourrait se résumer en une formule : personnalité juridique ou texte spécial ».

[8] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 103 et s. qui explique que l'absence de personnalité juridique est, y compris pour le juge judiciaire, un obstacle qui « n'apparaît pas dirimant » à la reconnaissance de la qualité de partie ; il ne le serait que pour la possibilité de saisir le juge par l'exercice d'un droit d'action.

b. L'inclusion contrainte de l'Autorité de la concurrence dans le lien d'instance

288. Injonction européenne fondée sur le principe d'effectivité. En 2010, saisie de diverses questions par une juridiction belge[1], la CJUE profite de l'occasion pour adopter une solution de principe relative au statut procédural des autorités de concurrence dans les instances de recours contre leurs décisions[2]. Elle pose ainsi la question de savoir si « une autorité de concurrence nationale a le droit, en vertu [des] dispositions du règlement [1/2003], de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure judiciaire concernant une décision dont elle est l'auteur »[3].

Pour y répondre, la Cour procède en deux temps. Elle juge d'abord que la possibilité pour une autorité de déposer des observations, prévue par l'article 15 §3 du règlement, « ne vise pas la participation d'une telle autorité aux procédures judiciaires en tant que partie défenderesse »[4]. Mais elle se réfère ensuite à l'article 35 §1 du règlement[5] qui fait peser sur les États la charge d'assurer l'application effective des articles 101 et 102 TFUE par les autorités nationales. Or poursuit-elle, le fait d'empêcher l'autorité de participer aux instances de recours contre ses décisions « en tant que partie au litige, et partant de l'empêcher de défendre la décision qu'elle a adoptée dans l'intérêt général comporte le risque que la juridiction soit entièrement « captive » des moyens et arguments développés par la ou les entreprises requérantes » ; risque accru par la technicité de la matière qui conduirait à compromettre « l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE »[6]. En conséquence « l'obligation incombant à une autorité nationale d'assurer l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE exige que celle-ci dispose de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont [elle] est l'auteur »[7].

Ainsi, l'application effective du droit européen de la concurrence – qui serait mise à mal si la juridiction de recours était captive des débats et arguments des seules parties privées – commande que les autorités nationales se voient attribuer des prérogatives dans l'instance de

[1] Les questions portaient sur le statut procédural de l'autorité belge de la concurrence dans les instances de recours contre ses décisions et sur le statut et la portée des observations qu'elle pouvait déposer en application de l'art. 15, § 3 du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002. À l'époque, le droit belge ne prévoyait aucune possibilité pour l'autorité nationale de formuler des observations en cours d'instance et donc *a fortiori* d'y être partie.
[2] CJUE, 7 décembre 2010 *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en-Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC),* aff. C-439/08.
[3] § 52 de l'arrêt.
[4] § 55 de l'arrêt.
[5] « Les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les [actuels art. 101 et 102 TFUE] de telle sorte que les dispositions du présent règlement soient effectivement respectées ».
[6] § 58 de l'arrêt.
[7] § 59 de l'arrêt.

recours dont font l'objet leurs décisions afin de « participer activement à la défense » de celles-ci ; « cette défense ayant pour fonction de garantir l'effectivité de leur mission »[1]. Cet arrêt, dont l'apport essentiel a été intégré aux considérants de la directive dite « ECN+ »[2], a constitué un « jalon important »[3] dont devaient se saisir les États membres pour construire le statut procédural de leurs autorités de concurrence : principe d'autonomie procédurale oblige.

289. Réception en droit interne : la qualité de partie (pleinement ?) reconnue à l'Autorité. Consacrant un mouvement initié en jurisprudence[4] le Gouvernement a, par décret du 29 juin 2012[5], modifié l'article R. 464-11 du Code de commerce en réaction à la jurisprudence *VEBIC*. Le texte dispose désormais, de manière sommaire, que « l'Autorité de la concurrence est partie à l'instance selon les modalités prévues [par les dispositions du Code] ».

Il en résulte qu'en droit positif l'Autorité a – systématiquement semble-t-il[6] – la qualité de partie à l'instance et dispose en principe de toutes les prérogatives qui y sont attachées, que le droit européen soit, ou non, applicable. Elle dispose ainsi notamment de l'importante faculté d'étendre la saisine du juge à d'autres éléments que ceux invoqués par les parties en cause.

La reconnaissance de cette qualité devant la Cour de Paris ne s'est pas faite sans encombre[7]. La procédure civile repose sur une conception subjective de l'action en justice[8], chacun disposant

---

[1] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 125.
[2] Directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018, cons. 71.
[3] T. PERROUD, thèse précitée, n° 1577.
[4] La Cour d'appel de Paris, confortée par la Cour de cassation, avait anticipé l'évolution en reconnaissant à l'Autorité de la concurrence la qualité de « partie défenderesse » disposant « de tous les droits inhérents à cette qualité ». V. CA Paris, 13 janvier 2011 *Cemex Bétons Sud-Est*, n° 2010/04297 ; l'enjeu était en l'espèce la reconnaissance de la possibilité pour l'Autorité de conclure en réaction à des arrêts de la Cour EDH intervenus en cours d'instance et susceptibles d'avoir des conséquences sur la solution à venir.
[5] Décret n° 2012-840 du 29 juin 2012 *relatif aux recours exercés devant la Cour d'Appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence.*
[6] « Si la participation active de l'autorité à l'instance peut être considérée comme une simple « *faculté* », sa présence semble cependant obligatoire lorsqu'est en cause l'une de ses décisions. De la sorte, si la participation active à l'instance reste soumise à la libre appréciation de l'autorité de régulation, elle doit néanmoins être présente à l'instance et est généralement représentée par son président », M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 140 qui se réfère notamment à CA Paris, 23 septembre 2010 *Sté Digicel Antilles,* n° 2010/00163 ; 16 juin 2009 *Sté Colas Midi Méditerranée,* n° 2008/01540 qui juge que « sans être partie à l'instance, l'Autorité de la concurrence *doit être présente* à la procédure dont tous les actes lui sont notifiés » (lecture combinée des art. R. 461-1, al. 2, R. 461-2, al. 1, R. 464-15 et R. 464-18 C. com.) confirmé par Com., 21 juin 2011, n° 09-67793 et CJUE, 7 décembre 2010 *VEBIC,* précité qui juge (§ 60) « qu'il appartient aux autorités de concurrence nationales de mesurer la nécessité et l'utilité de leur intervention au regard de l'application du droit de la concurrence de l'Union ».
[7] Elle permet néanmoins d'affirmer que le recours a lieu « entre parties », bien que son objet soit un acte, contrairement à ce qui était soutenu antérieurement. V. J.-J. MENURET, thèse précitée, notamment n° 784 et G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ Com.,* 1992, p. 185, qui soutiennent que « le contentieux du Conseil de la concurrence n'introdui[t] pas un litige entre parties » et qu'il « ne saurait par conséquent y avoir à proprement parler de *défendeur* dans l'instance ».
[8] Des auteurs qualifient même l'action de « droit subjectif processuel » ayant pour fonction d'obtenir « le respect ou la reconnaissance » d'un « droit subjectif substantiel », L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 317. V. cependant, rejetant cette conception, C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile,*

d'un droit d'action dans la seule limite de la défense de son intérêt propre et légitime[1]. Or les prérogatives reconnues à l'Autorité le sont expressément dans un objectif de préservation de l'ordre public économique – elle « intervient dans un contentieux objectif avec pour objectif la protection du marché »[2] – et sont en conséquence limitées à ce qui lui permet de défendre la décision adoptée dans son office de protection du marché et de la libre concurrence. En résulte une forme « d'instrumentalisation » de cette qualité procédurale qui permet, dans le même temps, d'octroyer à l'Autorité davantage de prérogatives que ce qui est d'ordinaire octroyé à une partie dès lors que cela favorise la défense de sa décision et donc de l'ordre public économique[3], tout en excluant *a priori* certains « droits inhérents à cette qualité »[4] . Que l'on songe notamment à la possibilité de former une demande reconventionnelle[5].

C'est à l'aune de ces spécificités et donc bien « selon les modalités prévues » par la loi que cette qualité de partie est reconnue, de manière quelque peu limitée, à l'Autorité de la concurrence[6]. Certains préfèrent y voir « une simple assimilation, même incomplète » plutôt que la pleine reconnaissance de « cette qualité qui ouvrirait des portes qu'il faudrait à l'avenir fermer »[7]. L'accession à cette qualité devait lui permettre de sortir du statut hybride et incertain qui lui était réservé par le droit antérieur. Il est surprenant que la faculté de formuler des observations sans devoir, *a priori,* s'inscrire dans ce statut nouveau lui ait été laissée. Nous y reviendrons.

Dalloz, 35e éd., 2020, n° 145, qui concèdent toutefois (n° 137) qu'« en procédure civile, la place du contentieux objectif est plus modeste », reconnaissant ainsi le caractère majoritairement subjectif de l'action et du procès civils.

[1] L'action n'existe ainsi qu'au profit de celui qui a un intérêt légitime (et personnel) au succès ou au rejet d'une prétention (art. 31 CPC tel qu'interprété par une jurisprudence constante).

[2] C. LEMAIRE, « Qualité de partie à l'instance – Arrêt Vebic : Le pouvoir règlementaire reconnaît à l'Autorité de la concurrence la qualité de « partie à l'instance » dans le contentieux devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions dont elle l'auteur », comm. sous décret n° 2012-840, *Concurrences*, n° 4-2012, art. n° 49426.

[3] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 143, qui explique que la faculté reconnue à l'Autorité de se pourvoir en cassation résulte de « l'obligation d'effectivité » et serait indépendante de sa présence à l'instance en qualité de partie.

[4] Formule employée notamment par CA Paris, 13 janvier 2011 *Cemex Bétons Sud-Est*, n° 2010/04297 ; prise au pied de la lettre, elle renvoie à de très nombreuses prérogatives et obligations pour le juge. Pour une présentation détaillée v. L. VEYRE, thèse précitée, n° 173-177.

[5] Qui est la demande par « laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention adverse » (art. 64 CPC). Si une telle demande est parfaitement envisageable dans un contentieux subjectif, elle l'est moins dans le contentieux « objectif » des décisions de l'Autorité de la concurrence qui tend à « la protection du marché » (v. C. LEMAIRE, article précité). Si la remarque est tout à fait juste appliquée à l'Autorité qui, lorsqu'elle intervient en qualité de défenderesse, doit se contenter de « défendre » sa décision et donc de prétendre au rejet des prétentions adverses ; elle doit être nuancée concernant les autres parties privées. Le recours pouvant conduire à la réformation de la décision litigieuse, il n'est pas à exclure que certaines demandes reconventionnelles puissent être formulées ; elles prennent en fait la forme de recours incidents (v. art. R. 464-16).

[6] « Cet ajout n'est peut-être pas anodin » remarque un auteur qui explique, en commentant l'art. R. 464-11 C. com., que « le jeu de cette *lex specialis* exclu[t] celui du droit commun de la procédure civile », D. BOSCO, « Mise en conformité du Code de commerce avec la jurisprudence VEBIC, une réforme en trompe l'œil ? », *CCC,* n° 11, novembre 2012, comm. 260. Selon l'auteur, l'Autorité ne dispose que des facultés expressément visées par le Code : « dépôt d'observations écrites et orales, notification des décisions de la cour, guère plus » (respectivement prévues par les art. R. 464-19, R. 464-21 et R. 464-28 C. com.).

[7] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 149.

Au préalable, intéressons-nous aux personnes autres que les parties en cause, le ministère et l'Autorité, qui sont susceptibles de devenir acteurs de l'instance de recours envisagée.

3. Les autres acteurs de l'instance

290. Les intervenants volontaires. L'intervention est « la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires » (art. 66, al. 1 CPC). L'intervenant est donc un tiers devenu partie à une instance en cours, ici par sa propre volonté. On parle alors d'intervention volontaire (art. 66, al. 2 CPC). Elle peut être faite à titre principal lorsque son auteur élève une prétention qui lui est propre (art. 328 CPC) ou accessoire lorsqu'il se contente d'appuyer les prétentions d'une partie (art. 329 CPC). L'intervention fait partie des rares demandes incidentes et nouvelles recevables en cause d'appel (v. art. 554 CPC).

Dans le cadre de l'instance qui naît de l'exercice d'un recours juridictionnel contre un acte coercitif de l'Autorité, le Code de commerce ouvre l'intervention à titre principal à ceux « qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence » et dont « les droits ou les charges » risquent d'être affectés par le recours, auquel ils n'étaient par hypothèse pas parties originaires (art. R. 464-17). L'action demeure attitrée, réservée aux « parties en cause devant l'Autorité »[1] qui doivent l'exercer par déclaration d'intervention écrite et motivée dans les mêmes conditions de délai, de forme et de notification que le demandeur initial ou à titre incident[2].

Nous partageons les doutes exprimés par un auteur quant à l'usage de la notion d'intervention par le législateur[3]. Il est en effet établi, tant en procédure civile[4] qu'en contentieux administratif[5] et tant en première instance qu'en cause d'appel, que l'intervention permet à *un tiers* qui n'était par définition ni représenté ni partie à la procédure d'y intervenir. Il est étonnant de mêler la qualité d'intervenant à celle de partie « en première instance », bien que cette première phase ne soit pas judiciaire. Peut-être aurait-il été plus clair d'envisager une voie spécifique ou une forme de recours provoqué à l'instar de l'appel provoqué lequel est – comme le recours dont il est ici question – ouvert à toute partie en première instance mais non intimée[6].

---

[1] V. CA Paris, 21 décembre 2017, n° 15/16738 qui juge irrecevable l'intervention à titre principal d'une association qui n'était pas partie en cause devant l'Autorité après avoir jugé recevable son intervention à titre accessoire.
[2] Art. R. 464-17, al. 2 qui renvoie aux art. R. 464-12 et R. 464-17 puis art. R. 464-17, al. 3 à 6 C. com.
[3] C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 203.
[4] En première instance : art. 66, al. 1er CPC : « Constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre *un tiers* partie au procès engagé entre les parties originaires » ; en cause d'appel : art. 554 CPC : « Peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui *n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité* » (nous soulignons).
[5] F. BLANCO, ouvrage précité, n° 810.
[6] Art. 549 à 551 CPC.

Au côté de cette intervention principale attitrée organisée par le droit spécial, la jurisprudence a, sur fondement du Code de procédure civile, admis la recevabilité de l'intervention devant la Cour de Paris de personnes non mises en cause devant l'Autorité dès lors « que la répression des pratiques anticoncurrentielles y trouve son compte »[1]. L'intervention n'est alors possible qu'à titre accessoire[2] et permet à son auteur d'appuyer les prétentions d'une autre partie dès lors qu'il fait la démonstration de l'intérêt qu'il a à voir la décision objet du recours maintenue ou, au contraire, annulée ou réformée[3]. L'objet du litige ne peut donc être modifié par cette forme d'intervention. Elle permet néanmoins de renforcer les prétentions des parties au litige et ouvre le prétoire, entre autres, aux associations de consommateurs. Notons qu'à la différence du juge judiciaire, le juge administratif ne reconnaît pas systématiquement la qualité de partie à l'intervenant à titre accessoire[4]. Un auteur explique cela par l'absence de prétention propre soumise au juge par ce type d'intervenant[5], ce que conteste une partie de la doctrine privatiste[6]. Ce débat dépasse le cadre de notre étude mais le constat que l'intervention accessoire ne modifie en rien l'objet du litige ou la matière litigieuse invite en effet à la prudence sur la reconnaissance pleine et entière de cette qualité à son auteur[7].

291. Les mis en cause. L'intervention peut aussi être contrainte et résulter de la mise en cause d'un tiers par une partie à une instance engagée (art. 66, al. 2 CPC). En notre matière, cette mise en cause n'est pas à l'initiative d'une partie mais du premier président ou de son délégué et peut concerner toute partie en cause devant l'Autorité dont les droits ou charges risquent d'être affectés par la décision à venir (art. R. 464-17, al. 8 C. com.). Cette voie n'appelle pas de commentaire particulier. Elle permet à la Cour d'assurer que sa décision sera opposable à toutes les personnes concernées[8] et que les personnes visées par une saisine de l'Autorité qui s'est

[1] T. FOSSIER, M. SALTIEL, article précité, n° 22.
[2] V. *contra* T. FOSSIER, M. SALTIEL, article précité, n° 22, qui avancent que l'intervention volontaire principale « destinée à élever une prétention en propre » serait possible. Analyse depuis démentie en jurisprudence : CA Paris, 21 décembre 2017, n° 2015/17638. Ce n'est qu'une application du droit commun : l'art. 329, al. 2 CPC réserve l'intervention principale au titulaire du droit d'agir relativement à la prétention soulevée or dans notre matière, ce droit d'agir est réservé aux parties en cause.
[3] C'est le cas d'une entreprise qui a un intérêt patrimonial au maintien d'une décision qui met fin à l'exclusivité d'un concurrent : CA Paris, 4 février 2009 *Apple et France Télécom, CCC,* n° 4, avril 2009, comm. G. DECOCQ.
[4] V. par ex. CE, sect., 25 juillet 2013 *OFPRA*, n° 350661, sur lequel v. *AJDA*, 2013, p. 1969, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU.
[5] A. MEYNAUD-ZEROUAL, thèse précitée, n° 25-26.
[6] L. VEYRE, thèse précitée, n° 88-90, qui estime que l'intervenant accessoire émet une prétention et qu'il acquiert ainsi la qualité de partie à l'instance.
[7] Des spécialistes du droit judiciaire privé avancent ainsi que l'intervenant accessoire n'est pas une partie « au sens plein du terme » (S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 211) ou n'est qu'une « partie de second rang » (F. BUSSY, « La notion de partie en procédure civile », précité, n° 10).
[8] On songe par exemple au recours engagé par une entreprise contre une décision d'injonctions commune à d'autres entreprises. Si les injonctions viennent à être modifiées ou annulées, il convient qu'elles le soient à l'égard de toutes personnes à l'encontre desquelles elles avaient été prononcées.

soldée par une décision d'irrecevabilité ou de rejet faisant l'objet d'un recours puissent y être entendues[1]. Elle ne conduit pas, en principe, à conférer la qualité de partie à d'autres que les parties en cause devant l'Autorité[2] . Le caractère attitré du recours demeure.

292. Les bénéficiaires du droit d'être entendu. Au rang des acteurs de l'instance de recours, la faculté est maintenue, au profit de l'Autorité et du ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie, de déposer des observations écrites ou de formuler des observations orales à l'audience[3]. Cette faculté permet au ministre d'assurer que les considérations d'intérêt général sont portées à l'instance, même lorsqu'il n'en a pas pris l'initiative. Elle est rendue nécessaire par les possibles divergences qui peuvent exister entre l'intérêt de l'État porté par le Gouvernement et l'intérêt de ce même État porté par l'autorité indépendante[4]. Le premier reposerait sur la défense de l'intérêt général dans son ensemble, le second uniquement sur celle d'une « fraction économique » de cet intérêt. Le ministre participe ainsi de cet imbroglio formé par les différents acteurs non impartiaux de l'instance, censés être dépositaires de l'intérêt général[5].

Son maintien au profit de l'Autorité interroge encore davantage dans la mesure où elle est systématiquement partie à l'instance[6]. Cette faculté lui était initialement reconnue « pour éclairer la Cour d'appel sur les points de fait, de droit ou d'économie qui lui sont présentés »[7] et avait ainsi « pour objectif de faciliter la compréhension des difficultés et spécificités de cette matière nouvelle, fortement influencée par l'économie, avec laquelle les magistrats de l'ordre judiciaire n'étaient pas tous familiarisés »[8]. Elle permettait aussi, face au refus de reconnaître le statut de partie à l'Autorité, de faire entendre sa voix et de porter la contradiction aux arguments des parties privées. Elle faisait pourtant l'objet de nombreuses craintes et réserves,

[1] Dans une telle hypothèse, les personnes visées dans la saisine de l'Autorité n'ont bien souvent pas été entendues devant elle et ne peuvent, au sens strict, être qualifiées de « partie en cause ». Toutefois, puisque l'instance devant la Cour pourrait conduire à leur renvoi devant l'Autorité en vue du prononcé de sanctions, la mise en cause leur permet d'être entendues par la Cour. V. par ex. CA Paris, 22 mai 2001, *BOCCRF*, n° 9, 23 juin 2001.
[2] Ce qui pourrait, là aussi, faire douter de l'opportunité de ce recours à la notion d'intervention.
[3] Art. R. 464-18, R. 464-19 et R. 464-21 C. com.
[4] M. COLLET, thèse précitée, p. 307.
[5] T. PERROUD, « La Cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », précité.
[6] V. art. R. 464-11 C. com. et *supra.*
[7] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 465 qui renvoient à CA Paris, 4 juillet 2006, sur déc. n° 05-D-59.
[8] Commentaire sous Com., 21 juin 2011, n° 06-97793 *in* COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2011.*

notamment au regard des garanties du procès équitable[1] et la jurisprudence lui réservait un contrôle rigoureux[2]. Par ce mécanisme l'Autorité devenait « gardienne…d'elle-même »[3].

Si, dorénavant, la qualité de partie est reconnue à l'Autorité à la manière de ce qui est fait, en contentieux administratif, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ; elle doit se voir attribuer cette seule qualité et les charges qu'elle implique. Ce statut hybride ou *sui generis* de tiers disposant du droit d'être entendu ou de faire des observations[4] – qui la situe à mi-chemin entre tiers et partie – et son maintien malgré la reconnaissance, au moins formelle, de cette qualité témoignent encore de la difficulté d'insérer ce contentieux dans le schéma de l'instance de droit commun. Cette solution est, en tout état de cause, inopportune et crée un risque certain quant aux garanties du procès équitable[5]. Il convient par conséquent de l'abandonner pour cantonner l'Autorité à sa qualité de partie au recours. Nous reviendrons sur ces éléments *infra.*

293. Le ministère public : partie jointe. Les dispositions du Code de commerce impliquent, comme c'est d'ailleurs le cas en droit commun, que le ministère public puisse « intervenir »[6] à l'instance de recours. En l'absence de disposition spécifique, c'est en application des articles 424 et suivants du Code de procédure civile qu'il peut le faire. Ces dispositions prévoient qu'il est « partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi ». Malgré le vocabulaire utilisé, le ministère public ne peut, dans ce cadre, être véritablement considéré comme une partie[7]. Il veille à ce que la loi soit appliquée d'une manière conforme à l'intérêt général qu'il représente[8]. Ce rôle, que certains ont dit « relativement passif »[9], l'est d'autant plus en notre matière où ses interventions sont rares, faute de moyens suffisants.

---

[1] V. J.-C. FOURGOUX, « La liberté et son contrôle dans le cadre de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 1987, p. 772, qui explique « le Conseil n'a pas à commenter sa décision » qui « doit se suffire à elle-même » ; F. BUSSY, « Nul ne peut être juge et partie », *D.*, 2004, p. 1745 *;* P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA,* 2010, p. 920.

[2] V. CA Paris, 9 avril 2002 *Géodis Overseas France*, qui annule la décision n° 01-D-63 du Conseil de la concurrence au motif qu'il avait, dans ses observations, développé des arguments et éléments aggravants non compris dans sa décision initiale, violant ainsi le principe de l'égalité des armes et de l'effectivité du recours.

[3] E. CLAUDEL, « La procédure d'*amicus curiae* : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences,* n° 4-2012, art. n° 49314.

[4] Sur les débats entourant cette qualité processuelle spécifique v. L. VEYRE, thèse précitée, p. 321-355.

[5] Notamment au regard du prince de l'égalité des armes en application duquel la Cour EDH exige « qu'aucune partie ne se voie conférer une position privilégiée, y compris s'il s'agit de l'État ou d'un service public tel que le ministère public », J.-P. DINTILHAC, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », *in* COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2003*, *L'Égalité,* La Documentation française, p. 131. La Cour de cassation juge, elle aussi, que la double qualité de partie et d'expert est susceptible de créer un déséquilibre incompatible avec ce principe (v. Civ. 3ème, 2 juillet 2003, n° 02-70047). Sur tout cela v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1.

[6] Art. R. 464-27 C. com., art. 421 et 424 et s. CPC.

[7] Notamment car sa révocation est prévue (art. L. 111-6 COJ *in fine*) ce qui n'est pas envisageable pour une partie qui est « par principe […] une personne partiale », L. VEYRE, thèse précitée, n° 533.

[8] N. FRICERO, « Le ministère public, partie principale et partie jointe », *CDE,* n° 5, septembre 2015, doss. 37.

[9] P. FLORES, *v°* « Ministère public », *Rép. proc. civ.,* 2014, n° 195.

Certains ont suggéré qu'un parquet spécialisé se voit attribuer cette fonction[1], il nous faudra revenir sur ces propositions dans le volet prospectif de la recherche. À ce stade, le ministère public n'appelle pas davantage de développements.

294. La Commission européenne : un *amicus curiae* un peu particulier[2]. En application de l'article 15 du Règlement 1/2003, la Commission peut, d'office ou à la demande du juge, intervenir à l'instance en qualité d'*amicus curiae* dès lors que « l'application cohérente de l'article [101 ou 102 TFUE] l'exige »[3]. Dans ce cadre, remarqué pour son aspect « interventionniste »[4], la Commission doit « jouer un rôle non négligeable de conseil ou d'expert, mais elle ne saurait être autorisée pour autant à donner des instructions »[5]. Son intervention doit être communiquée aux parties qui bénéficient du droit de porter la contradiction[6]. L'outil a longtemps été délaissé, on a parlé de « bilan en demi-teinte »[7]. Les évolutions récentes devraient en renforcer l'usage, principalement en matière de *private enforcement,* ce qui n'est pas l'objet des présents développements. Nous y reviendrons.

295. Appréciation du caractère ouvert du recours. *In fine*, un nombre potentiellement important de personnes peut devenir acteurs de l'instance de recours engagée contre un acte coercitif de l'Autorité de la concurrence. Il convient toutefois de distinguer, notamment les acteurs privés et publics. Les premiers sont tenus par le caractère attitré du recours : seules les parties en cause lors de la phase administrative peuvent l'exercer ou être attraites à l'instance dès son introduction. Il en va de même pour l'auteur du recours incident ou l'intervenant à titre principal de sorte que toute personne qui, de son initiative, entend être intégrée au lien d'instance en vue de formuler des prétentions propres doit justifier de cette qualité. Les autres

---

[1] V. G. CANIVET, F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, rapport précité, n° 103 et S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS *et al., Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, précité, n° 334 (qui plaident plus largement pour la reconnaissance de la qualification de juridiction)

[2] C'est à travers le prisme de l'*amicus curiae* que cette faculté d'intervention de la Commission est souvent envisagée par la doctrine. Reste qu'elle correspond mal à la conception française de cette figure de « l'ami de la Cour » qui confère à celui-ci un rôle « d'informateur désintéressé » exclusivement requis par le juge (D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise,* Dalloz, 1995, p. 109 et s. et les réf. proposées *infra*). La possibilité pour la Commission d'intervenir d'office et sa mission coercitive en matière de pratiques anticoncurrentielles font douter des caractères strictement désintéressé et informatif de son intervention. Les habits de l'*amicus curiae* « à la française » pourraient ne pas lui convenir si bien que cela. Nous reviendrons sur ces questions (v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1 – Sect. 1).

[3] Art. 15 (3) du règlement du 16 décembre 2002 précité. L'intervention par dépôt d'observations écrites peut être « imposée » à la juridiction qui doit en revanche donner son autorisation pour que des observations orales soient formulées à l'audience. Sur cette question v. Communication n° 2004-C 101/04 du 27 avril 2004 *sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE*.

[4] E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence » *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence,* précité, p. 285.

[5] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 861.

[6] V. art. R. 490-6 C. com. qui pose le cadre de cette intervention de la Commission.

[7] E. CLAUDEL, « La procédure d'*amicus curiae* : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », précité.

ne pourront y être intégrés qu'en vue de soutenir les prétentions d'une partie (intervention accessoire) ou à l'initiative du juge (mise en cause). À leur égard, à rebours de la position défendue par certains[1], il nous semble juste de considérer que ce recours est quelque peu fermé : toute personne qui y a intérêt ne peut prétendre devenir un acteur plein et entier de l'instance, comme c'est pourtant le cas en droit commun[2], surtout en matière de recours objectif[3]. Les acteurs publics sont, eux, multiples et nous avons vu les interrogations auxquelles cet imbroglio donne lieu.

On peut alors avancer qu'à l'égard des acteurs privés, le caractère attitré de l'action demeure rigoureux sauf décision du juge de mettre en cause des personnes n'ayant pas participé à la phase administrative de la procédure. Cet élément rapproche le recours étudié du régime de l'appel. En outre, ces acteurs ne devraient pouvoir tenir la Cour d'appel de Paris « captive » de leurs prétentions et arguments car le prétoire est largement ouvert à plusieurs dépositaires de l'intérêt général – à tout le moins de fractions de celui-ci – dont les prérogatives tendent à assurer que la mission première de l'Autorité – la protection du marché et de la libre concurrence – ne soit pas relayée au second plan au stade du recours. C'est toutefois au prix d'un certain forçage des catégories du procès civil que ces interventions sont rendues possibles.

Venons-en, maintenant, aux éléments objectifs de cette instance de recours.

B. Matière de l'instance de recours

296. Matière litigieuse et théorie de l'instance. « L'instance permet le traitement d'une matière litigieuse qui en constitue le contenant, la substance »[4]. La matière litigieuse est à la fois le contenu et la raison d'être du procès et donc de l'instance. L'instance permet aux justiciables de soumettre à un juge, dans des formes préétablies, les éléments qui sont la source

[1] M. COLLET, thèse précitée, p. 302-304 ; J. PRADEL, « Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence », précité, p. 106.
[2] Du moins pour l'accès au juge de première instance. L'exercice des voies de recours est, lui, par principe réservé aux parties à l'instance de premier degré. Le recours envisagé – bien qu'il ne soit pas un appel – est sur ce plan plus proche du droit des voies de recours que du régime de recevabilité d'une demande adressée à un premier juge.
[3] Des auteurs ont relevé la particularité tenant à ce que ce recours repose sur une action attitrée alors que son caractère objectif, majoritairement admis en doctrine, aurait dû conduire à ce que « tout intéressé » soit recevable à l'exercer. V. M.-C. BOUTARD-LABARDE et Y. GAUDEMET, « Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », *LPA,* 1990, n° 50, p. 7, spéc. n° 6. V. aussi M. DUMARÇAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles,* LexisNexis-Litec, 2010, spéc. p. 300, qui relève que « même généreuse, la lecture des articles L. 464-8 et R. 464-8 du code de commerce permet *a priori* difficilement d'assimiler l'ensemble des tiers intéressés aux « parties en cause » titulaires du droit d'introduire un recours en annulation ».
[4] S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 177, qui citent F. CARNULETTI, *Sistema di diritto procesuale civile,* Pedova Cedam, 1936-1939.

d'un litige afin qu'il se prononce dessus et y mette fin grâce aux outils et pouvoirs dont il dispose[1].

Ainsi décrit, l'équilibre semble être le suivant : les parties sont libres de soumettre au juge les éléments qu'elles sélectionnent – lesquels constituent la matière litigieuse – et celui-ci doit rechercher les outils – les sources juridiques – qui lui permettront d'apporter une solution au litige[2]. La chose n'est toutefois pas si simple : derrière cet équilibre sommaire, presque caricatural, se trouve une forme de « coopération » entre le juge et les parties qui fait peser sur chacun des obligations à l'égard des différents éléments de l'instance[3].

Par ailleurs, des spécificités tiennent aux instances ici envisagées[4] : elles sont des instances *de recours* contre un *acte coercitif*. Le juge ne part pas « de rien » : il est saisi d'un acte unilatéral dont l'auteur est une autorité administrative et qui est le fruit de l'appréciation d'une situation litigieuse par cette dernière, appréciation critiquée par l'une au moins des parties. L'acte et la question de sa légalité sont ainsi au cœur de l'instance ce qui renvoie, selon les catégories du contentieux administratif, à un contentieux objectif[5]. En outre, les actes dont il est question tendent à mettre fin, à empêcher et/ou à sanctionner des comportements néfastes à une saine et libre concurrence poursuivant ainsi des objectifs d'intérêt général – ou d'une fraction de celui-ci. Il pourrait être craint que ces considérations soient reléguées au second plan si on laissait aux seuls acteurs privés la liberté de fixer le contenu de la matière soumise au juge.

Ces spécificités pourraient avoir des conséquences ou commander des aménagements sur le contenu et les modalités d'établissement de la matière des instances étudiées. Le droit positif les appréhende-t-il ? Le fait-il de manière satisfaisante quels que soient l'auteur de l'acte objet

---

[1] En droit judiciaire privé, la matière litigieuse est classiquement présentée comme renvoyant aux notions d'objet et de cause qui permettent de répondre à deux questions : celle de savoir *ce qui est au demandé* au juge et celle de savoir *pourquoi ceci lui est demandé.* Toutefois, ces notions ainsi que leur usage ne se retrouvent pas dans les mêmes termes en contentieux administratif ni, d'ailleurs, en procédurale pénale (v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 378 et s.). Pour cette raison, nous avons renoncé à structurer notre propos autour de ces deux notions sur lesquelles nous nous appuierons néanmoins.

[2] C'est la conception traditionnelle, longtemps attachée à la procédure civile et à son caractère prétendument accusatoire en application duquel seules les parties sont habilitées à déterminer les éléments constitutifs de l'instance et à en fixer le rythme afin que le juge, sorte d'arbitre passif, se contente d'appliquer le droit en vue de résoudre le litige qui lui est soumis. Sur la remise en cause de cette conception en procédure civile et, plus largement, de cette dichotomie des procédures v. R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE,* n° 29, 1977-1978, p. 11 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 202-206 ; E. JEULAND, ouvrage précité, n° 264, qui explique qu'il s'agit en vérité de « différence de degré » entre les procédures ; J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé,* LGDJ, 7e éd., 2019, n° 263 et s.

[3] Sur ce principe v. L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 512 et s.

[4] Ces spécificités sont d'ailleurs en partie communes à tous les recours étudiés au cours de la recherche : tous ont pour objet un acte, souvent unilatéral mais possiblement conventionnel, adopté par une autorité, administrative (v. *infra,* Partie I – Titre II – Chap. 1 et 2) ou juridictionnelle (v. *infra,* Partie I – Titre II – Chap. 3).

[5] O. GOHIN, F. POULET, *Contentieux administratif,* précité, n° 240-241 et s.

du recours et le juge qui en est saisi ? À ce stade, répondre à ces interrogations implique de ne s'intéresser au contenu de la matière des instances de recours contre les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence (2) qu'après avoir étudié les conditions de son établissement (1).

1. Établissement de la matière litigieuse

297. Risque de « captivité » du juge. Après avoir présenté le rôle prépondérant laissé aux parties (a) et l'intervention limitée du juge dans le processus d'établissement de la matière de l'instance de recours (b) – facteurs de risque que cette matière soit souverainement délimitée par les parties privées et que la juridiction reste captive de cette démarche subjective – il nous faudra présenter puis commenter l'option adoptée par le législateur pour atténuer ce risque (c).

a. Le rôle prépondérant des parties quant aux éléments de fait et de droit

298. Procédure civile, principe d'initiative et principe dispositif. Le recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence est porté devant la Cour d'appel de Paris, juridiction judiciaire qui a la charge de faire application d'un double corpus de règles procédurales. D'une part, le recours et sa procédure sont régis par les principes fixés en 1987, intégrés à l'Ordonnance de 1986, plusieurs fois modifiés puis codifiés depuis[1]. D'autre part, pour les éléments non régis par ces dispositions, la Cour doit faire application de celles des dispositions du Code de procédure civile qui ne sont ni expressément écartées, ni incompatibles avec le droit spécial[2].

Les principes directeurs du procès civil sont par conséquent applicables, notamment ceux relatifs à l'établissement de la matière de l'instance[3]. Il en est ainsi du principe d'initiative[4] qui commande que seules les parties peuvent introduire l'instance ; le juge ne pouvant, sauf exception, se saisir d'office. Ce principe n'appelle pas de commentaire particulier, il régit

[1] En droit positif, v. art. L. 464-7, L. 464-8 et R. 464-10 et s. C. com.
[2] Com., 3 mars 2009, n° 08-14435 et 08-14464.
[3] Ce que la doctrine étudie classiquement à travers la présentation de la distribution des rôles entre les parties et le juge. V. J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 263 et s. ; S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 185 et s.
[4] Principe longtemps confondu avec le principe dispositif (v. par ex. E. BLANC, « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP G*, 1973, 2559) duquel la doctrine le distingue aujourd'hui clairement notamment depuis les travaux de Motulsky (v. H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron. XVII, reproduit *in Écrits. Études et notes de procédure civile,* Dalloz, 1973, réimp. 2009, p. 275 et s., spéc. p. 290). Sur ces évolutions v. C. CHAINAIS, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », *in* L. FLISE, E. JEULAND (dir.), *Le procès est-il encore la chose des parties ? Actes des cinquièmes rencontres de procédure civile,* IRJS Éditions, 2015, p. 21 et C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. Mayer, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 446.

l'introduction de l'instance de recours envisagée et ne souffre aucune exception[1]. Les parties sont seules à pouvoir l'introduire[2] et peuvent décider d'y mettre fin[3].

Il en va de même du principe dispositif, qualifié par certains de « droit fondamental de procédure »[4] et qui se traduit, en procédure civile, par le fait « que les parties ont, dans le cadre du procès, la maîtrise des faits » ou, autrement dit, « de la cause de la demande et de l'objet de la demande »[5]. Leurs charges s'arrêteraient là. Cette présentation quelque peu caricaturale est de plus en plus remise en cause en procédure civile générale[6]. Elle l'est encore davantage en notre matière, ce qui justifie quelques développements spécifiques. Ce principe porte sur deux éléments : la détermination de *l'objet du litige* et celle de sa *cause*. Des auteurs évoquent une « dimension substantielle » du principe pour désigner le premier et une « dimension technique et procédurale » pour désigner le second[7]. Présentons-les brièvement.

299. Principe dispositif et détermination de l'objet. L'objet du litige peut être défini comme « la chose demandée » visée par l'ancien article 1351 du Code civil et sur laquelle doit se prononcer le juge (art. 5 CPC). C'est la fin, l'objectif économique et social recherché par les parties et qui a motivé leur action. Dans le procès civil, cet objet est « déterminé par les prétentions respectives des parties » (art. 4, al. 1 CPC) – la dimension substantielle du principe dispositif en constitue le noyau dur – et le juge ne peut s'en départir, il doit « se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé » (art. 5 CPC). Les prétentions des parties sont fixées par « l'acte introductif d'instance » ou, plus largement, par les conclusions

[1] Aucune confusion ne doit être commise à cet égard. Si l'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence a pu faire couler beaucoup d'encre, elle ne concerne que la procédure administrative qui se déroule devant elle et aucunement les instances juridictionnelles qui naissent de l'exercice du recours contre ses décisions.

[2] Art. 1 CPC. Si le recours contre les décisions se prononçant sur une demande de mesure conservatoire est introduit par voie d'assignation (art. R. 464-20 C. com.), celui exercé contre les décisions au fond l'est par simple déclaration – ce qui a conduit certains à la comparaison avec la requête, forme classique d'introduction d'une instance devant les juridictions administratives (v. J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 793). Outre le fait que le parallèle mériterait aussi d'être fait avec la procédure d'appel civil de droit commun qui est introduite par déclaration unilatérale ou requête conjointe (art. 900 CPC) notons que c'est bien, en droit positif, celui qui initie l'instance qui supporte la charge d'en informer les autres parties à peine d'irrecevabilité (art. R. 464-13 C. com.) non le juge, comme c'est pourtant le principe en contentieux administratif.

[3] Notamment par la voie du désistement dont le régime est fixé par les art. 385 et 394 et s. CPC.

[4] F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil,* thèse Pau, 2014, v. notamment n° 28.

[5] F. BRUS, thèse précitée, n° 2. Il est classiquement enseigné que dans le procès civil, la maîtrise des parties se limite aux éléments de faits : « *Da mihi factum, dabo tibi jus* ». Puisque la Cour connaît le droit (« *Jura novit curia* ») les parties n'ont à leur charge que l'établissement des éléments de faits. La lecture des art. 12 et 13 CPC laisse d'ailleurs penser que le droit est le domaine réservé du juge.

[6] On trouve trace de cette remise en cause dès le début du siècle dernier ; v. A. TISSIER, « Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme », *RTD civ.,* 1906, p. 625.

[7] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 515. Pour les origines et l'héritage probablement germanique (mais aussi italien) de cette construction v. F. FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Motulsky », *in Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? Actes du colloque de Caen du 20 janvier 2012, Procédures,* 2012, n° 3, p. 36.

du demandeur, « par les conclusions en défense »[1] et par d'éventuelles demandes incidentes (art. 4, al. 2 CPC). Sous réserve qu'elles soient soumises au juge dans les conditions de forme et de délai requises, ces prétentions viendront compléter, modifier, enrichir l'objet du litige en cours d'instance[2]. Le juge n'a à cet égard aucun rôle à jouer. Il est soumis à un « principe de neutralité » et « enfermé » dans l'objet du litige tel qu'il résulte des prétentions des parties[3]. Le droit spécial ne présente sur ce plan aucune spécificité : l'objet y est à peine évoqué[4], les modalités de sa détermination relèvent donc du droit commun. La prédominance des parties laisse peu de place au juge.

300. Principe dispositif et obligation d'invoquer le droit. La détermination de la cause renvoie, elle, à la dimension technique et procédurale du principe dispositif. La cause[5] est le « pourquoi », les éléments sur lesquels se fonde une partie pour justifier sa prétention. « Or, ce sur quoi repose une demande, c'est « le fait » qui est à l'origine de la démarche ; c'est ce fait qui conduit les plaideurs à solliciter le juge »[6]. La cause est factuelle : après avoir délimité l'objet du litige par la formulation de leurs prétentions, les parties ont « la charge d'alléguer les faits propres à les fonder » (art. 6 CPC) et il leur incombe « de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de [leurs] prétention[s] » (art. 9 CPC). La « charge de l'allégation » qui pèse sur les parties dans le procès civil comporte donc, *a priori*, des éléments exclusivement factuels qui constituent la cause[7].

Ici encore, les conséquences de cette conception factuelle de la cause tendent à être atténuées, voire remises en cause et notre contentieux spécifique participe de ce mouvement. Les parties, qui ont toujours la pleine maîtrise des éléments factuels, doivent procéder à une forme de sélection pour soumettre au juge ceux de nature à fonder leurs prétentions[8]. Ce sont les moyens.

---

[1] Les conclusions du défendeur ne modifient l'objet du litige qu'à condition qu'il y adopte une « attitude offensive » et sollicite davantage que le simple rejet des prétentions du demandeur.

[2] Ce qui a longtemps été présenté comme principe « d'immutabilité du litige » a évolué vers une « mutabilité contrôlée de l'objet du litige », les prétentions nouvelles n'étant recevables qu'à condition de présenter un lien suffisant avec les prétentions originaires (v. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil,* précité, n° 324 et s.)

[3] Expressions empruntées à C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 527 et s.

[4] Il est simplement imposé que cet objet soit mentionné dans l'acte introductif d'instance. V. art. R. 464-12, 2° C. com. pour la déclaration de recours contre les décisions au fond et R. 464-20, al. 2 pour l'assignation par laquelle est introduit le recours contre une décision statuant sur une demande de mesures conservatoires.

[5] Si la notion « brille par son absence dans le Code de procédure civile » (S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 178) on y retrouve des traces de la conception qu'en avait Motulsky (H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. 235 reproduit *in Écrits. Études et notes de procédure civile*, précité, p. 101). V. X. LAGARDE, « L'adieu à la cause, relire Motulsky », *in* J. FOYER, C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile,* Economica, 2006, p. 307 et s.

[6] S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 276.

[7] Du « fait matériel, brut, indépendamment de sa qualification juridique » (S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, ouvrage précité, n° 277).

[8] On parle de « faits concluants ». Ainsi, chaque partie doit alléguer ces faits en démontrant qu'ils correspondent aux conditions d'application de la règle de droit dont elle souhaite bénéficier des effets. Le défendeur doit, lui,

Des échanges entre elles surgiront les éléments factuels de la matière litigieuse sur lesquels le juge peut requérir des explications (art. 8 CPC) mais par lesquels il est lié[1]. Il est encore enfermé dans cet ensemble qui lui est soumis par les parties.

Mais bien souvent, le rôle de ces dernières ne s'arrête pas là : soit qu'elles y aient intérêt[2], soit qu'elles y soient contraintes[3], les parties invoquent des moyens de droit. De surcroît, le développement jurisprudentiel d'un principe de concentration des moyens qui contraint les parties à invoquer « l'ensemble des moyens qu'[elles] estime[nt] de nature à fonder » leurs prétentions dès la première demande[4] conduit à un « nécessaire renouvellement du rôle des parties au regard du droit »[5]. Si elles veulent que leurs prétentions soient appréciées à l'aune de tous les moyens de droit susceptibles de les fonder, elles doivent les invoquer dès la première procédure. Elles ne pourront le faire dans une nouvelle procédure ni reprocher au juge, sauf exception, de ne pas avoir complété leurs écritures sur ce point.

Si elles sont encouragées, voire parfois contraintes de le faire en application du droit commun, les parties ont désormais, dans le cadre du recours étudié, obligation d'invoquer des moyens de droit dès lors qu'elles sont assistées ou représentées par avocat[6] ; ce qui est bien souvent le cas

---

alléguer d'éventuels faits nouveaux par rapport à ceux allégués par le demandeur et qui permettraient de le libérer d'une obligation invoquée à son encontre. Il peut aussi avoir intérêt à contester les faits invoqués par ce dernier afin de démontrer que les conditions d'application de la règle invoquée par lui ne sont pas réunies. Enfin, lorsqu'il forme une demande reconventionnelle, le défendeur endosse le rôle de demandeur et subit les mêmes charges que celui-ci. V. E. JEULAND, ouvrage précité, n° 249.

[1] Il ne doit tenir compte que des faits qui émergent du débat entre parties (art. 7, al. 1er), que ces dernières les aient spécialement invoqués ou simplement évoqués dans leurs pièces et écritures (art. 7, al. 2 CPC).

[2] Ainsi, « le simple désir de gagner le procès incite à suggérer au juge une solution de droit déterminée », H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », précité, n° 5. V. aussi P. BERTIN, « L'indication du fondement juridique de la demande : un atout superflu ? », *Gaz. Pal.,* 1987, 2, p. 839.

[3] Soit *directement*, par la soumission à l'obligation de produire des « écritures qualificatives » qui constitue, notamment depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 (sur lequel v. G. BOLARD, « Les écritures qualificatives », *JCP G,* 2000, doctr. 214) le principe pour toute procédure engagée par assignation (art. 56, 2° CPC : parmi les mentions obligatoires prévues à peine de nullité figure « un exposé des moyens en fait et en droit »), pour toute procédure devant le Tribunal judiciaire (art. 768 : à peine de nullité « les conclusions doivent formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée (…) ») et pour toute procédure d'appel (art. 954). Cette obligation gouverne aussi la procédure devant le Tribunal de commerce dès lors que les parties sont représentées ou assistées par avocat (art. 446-2, al. 2 CPC). Soit *parce qu'elles sont assistées ou représentées par avocat* ; l'invocation d'éléments juridiques relève alors d'une obligation déontologique : G. BOLARD et G. FLECHEUX, « L'avocat, le juge et le droit », *D.,* 1995, p. 221, spéc. n° 5 et s. La remarque vaut d'autant plus au regard de la multiplication des actions en responsabilité professionnelle engagées contre les avocats ayant fait perdre à leur client une chance de gain du procès en omettant de soulever, dès la première instance, l'ensemble des moyens de droit de nature à fonder leurs prétentions comme l'impose la jurisprudence (Ass. Pl., 7 juillet 2009 *Césaréo*, n° 04-10672).

[4] Ass. Pl., 7 juillet 2009 *Césaréo*, précité.

[5] C. BLÉRY, « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors du procès) », *in Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron,* LGDJ, 2009, p. 112.

[6] Art. R. 464-25-1 C. com. créé par le décret n° 2017-823 du 5 mai 2017, précité (art. 16).

en pratique[1]. Sont alors exigées de ces parties des écritures qualificatives au sein desquelles doivent figurer « leurs prétentions et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de [leurs] prétentions est fondée ». Ceux non repris dans les dernières écritures produites sont réputés abandonnés[2].

Les parties jouent ainsi un rôle prépondérant dans l'établissement de la matière de l'instance, tant sur les éléments factuels que juridiques. Le risque existe alors que la Cour soit « enfermée » dans ces seuls éléments pour forger son appréciation et que les éléments d'intérêt général qui ont motivé la décision objet du recours soient relayés au second plan par des parties poursuivant principalement, sinon exclusivement, leur intérêt propre. Reste à voir si les pouvoirs confiés au juge quant à la preuve des faits et aux moyens de droit sont de nature à l'endiguer.

b. Le rôle limité du juge quant à la preuve des faits et aux éléments de droit

301. Direction de l'instance par le juge. Le rythme de l'instance est moins au cœur du présent propos que ne l'est son contenu. Il n'est toutefois pas sans intérêt de noter qu'à rebours de ce qui a été longtemps avancé en contemplation du caractère accusatoire de la procédure civile, l'instance y est dirigée par le juge. Si « les parties ont la disposition du litige », elles n'ont pas « celle de l'instance, elles ne font *que la conduire* »[3] « sous les charges qui leur incombent » (art. 2 CPC) et sous la réserve des importants pouvoirs du juge. Ce dont on peut conclure qu'« alors que le procès est « la chose des parties » l'instance semble plus particulièrement être celle du juge qui ne se contente pas de la surveiller *mais bien de la diriger* »[4].

Comme il le fait pour tout procès civil, le juge de la Cour d'appel de Paris dirige l'instance de recours et en fixe un rythme qui peut être qualifié de soutenu[5]. La mise en état n'est cependant pas confiée à un conseiller expressément désigné pour ce faire. C'est le premier président qui mène l'instruction et qui en fixe le rythme[6] – le cas échéant en concertation avec les parties – sans que n'intervienne à proprement parler d'ordonnance de clôture[7]. Cette instruction moins

[1] Surtout depuis que l'Autorité se focalise sur les dossiers d'ampleur en laissant aux services de la DGCCRF le soin d'instruire et souvent de poursuivre les micro-PAC.
[2] Art. R. 464-25-1 C. com.
[3] S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 303, nous soulignons.
[4] S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 303, nous soulignons et E. JEULAND, ouvrage précité, n° 265-268.
[5] Le juge a le pouvoir, voire l'obligation de relever les sanctions tirées de la méconnaissance des délais légaux (par ex. art. R. 464-13 et R. 464-15 C. com.) et fixe le rythme des échanges entre les parties en leur imposant des délais (art. R. 464-18). Ce n'est là qu'une application particulière de pouvoirs généraux qu'il tient de l'art. 3 CPC (« Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires »).
[6] V. notamment art. R. 464-18 C. com.
[7] D'ailleurs, dans le cadre du recours contre des mesures conservatoires de l'Autorité de la concurrence, la Cour autorise parfois les parties à porter des arguments et conclusions « jusqu'au moment de l'audience » (v. CA. Paris., 31 octobre 2014 *GDF Suez c/ Sté Direct énergie,* n° 2014/19335).

formalisée n'est pas sans rappeler celle menée devant les juridictions administratives. Par-delà les pouvoirs dont il dispose quant à son rythme, voyons ceux dont dispose le juge quant à la détermination du contenu de l'instance.

302. Coopération en matière de preuve des faits. Si les parties ont la charge exclusive de l'allégation des faits à l'égard de laquelle le juge n'a d'autre pouvoir que de solliciter des explications, elles ont également celle d'établir la preuve des faits qu'elles invoquent au soutien de leurs prétentions et qui sont nécessaires à leur succès (art. 9 CPC et art. 1353 C. civ.)[1].

Or, à rebours de ce qui a été un temps enseigné[2], il est aujourd'hui établi que la rigueur du principe dispositif cède sur le terrain probatoire pour laisser place à un principe de coopération entre le juge et les parties[3]. Si c'est sur ces dernières que la charge pèse[4], le juge a également un rôle à jouer : il a le pouvoir d'ordonner, même d'office, toutes mesures d'instruction légalement admissibles auxquelles les parties sont tenues d'apporter leur concours (art. 11 CPC). Ce pouvoir devient même obligation pour le juge lorsque les parties sont dans l'incapacité technique de fournir une preuve[5].

Enfin, un principe de loyauté probatoire, dont le juge est garant, a été consacré en procédure civile, d'ailleurs à l'occasion d'un contentieux de concurrence[6]. En application de ce principe, le juge saisi du recours pourrait être conduit à rejeter les moyens de preuve produits qui ont été obtenus de manière déloyale[7]. Néanmoins, à l'aune de récentes évolutions et exigences européennes – relatives à l'effectivité du droit de l'Union ou à l'émergence d'un « droit à la

---

[1] Entre les parties, les principes de répartition de cette charge sont ceux du droit commun : *onus probandi incumbi actori* : le fardeau de la preuve pèse en principe sur le demandeur ; *onus probandi ei qui dicit, non qui negat* : c'est celui qui affirme, non celui qui nie, qui supporte cette charge. Les art. 9 CPC et 1353 C. civ. prévoient que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » ; « réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

[2] Toujours en considération du caractère accusatoire du procès civil, il a été longtemps enseigné que la charge de la preuve pesait, elle aussi, sur les seules parties et que le juge, arbitre passif, n'y jouait aucun rôle.

[3] L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 512 et 532 ; L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *in Études offertes à Jacques Normand,* Litec, 2003, p. 90 ; S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », *in* M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés,* Dalloz, 2015, p. 111 et s., spéc. n° 11 et s. L'émergence de ce principe est également constatée en contentieux administratif, nous y reviendrons *infra* (L. MAYER, A. MEYNAUD-ZEROUAL, « La preuve des faits » *in* L. JANICOT et J.-C. ROTOULLIÉ (dir.), *Regards croisés sur la procédure administrative contentieuse et la procédure civile,* Lextenso, 2019, p. 47).

[4] Ce sont les parties qui « supportent le risque de voir leurs conclusions rejetées au fond si elles ne parviennent pas à apporter la preuve des circonstances qu'elles invoquent au soutien de leurs prétentions » (L. MAYER, A. MEYNAUD-ZEROUAL, article précité, p. 51).

[5] Civ. 1ère, 12 novembre 2015, n° 14-16603, sur lequel v. S. AMRANI-MEKKI, « Insuffisance de preuve et déni de justice : un principe de complétude dans l'administration de la preuve ? », *Gaz. Pal.,* 9 février 2016, p. 53.

[6] Ass. Pl., 7 janvier 2011 *Société Philips France et Société Sony France c/ Min. de l'Économie*, n° 09-14316. V. L. CADIET, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures*, 2015, n° 12, dossier 10.

[7] Les hypothèses de preuves déloyales seraient toutefois assez peu nombreuses : il s'agirait principalement des preuves recueillies à l'insu de la personne contre laquelle elles sont produites et des preuves obtenues au moyen d'un stratagème (E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve,* PUF, 2e éd., 2022, n° 373 et s.).

preuve »[1] – un auteur note que ce principe est aujourd'hui, particulièrement dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, marqué « d'une grande relativité » et qu'il « perd de son influence » ; ce qui conduit à s'interroger sur son avenir[2]. L'actualité législative ne fait que renforcer le doute[3]. De plus en plus, il s'agirait pour le juge civil de retenir une « conception procédurale » de ce principe et de le concilier avec d'autres garanties telles que les droits de la défense, l'égalité des armes et le droit à la preuve[4]. La reconnaissance d'un principe à portée *a priori* générale et absolue laisse ainsi place à un contrôle de proportionnalité[5] sous influence de la Cour EDH qui en refuse la consécration[6]. Nous verrons que ce mouvement tend à rapprocher les procédures civile et administrative contentieuse, bien qu'une différence irréductible risque, à notre sens, d'être maintenue entre eux sur ce terrain[7].

En définitive, ce système probatoire attribue donc un rôle au juge. Mais il s'agit d'un rôle de soutien, subsidiaire[8]. Les parties demeurent maîtresses des faits qu'elles intègrent à l'instance et si le juge peut leur venir en soutien pour en établir la preuve, il ne dispose d'aucun pouvoir pour en exclure certains ou en intégrer d'autres[9]. Le risque de « captivité » demeure entier. Il est quelque peu atténué par la répartition des rôles quant aux éléments de droit.

---

[1] Consacré par CEDH, 10 octobre 2006 *L. L. c/ France*, n° 7508/02. Un auteur explique que ce droit à la preuve a pour effet « sous certaines conditions, de permettre la production en justice d'éléments de preuve pourtant attentatoires à un ou plusieurs droits fondamentaux, et comme tels déloyaux », A. AYNÈS, « Le droit à la preuve sous surveillance de la Cour de cassation », note sous Civ. 1ère, 25 février 2016, n° 15-12403, *JCP G,* 2016, 583.

[2] M. MEKKI, « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.,* 2016, p. 2355.

[3] La transposition récente de la directive « ECN + » (par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021) a, semble-t-il, été l'occasion d'inscrire l'Autorité de la concurrence dans le « libéralisme probatoire ». En effet, le nouvel alinéa second de l'art. L. 463-1 C. com. prévoit que « Les pratiques dont l'Autorité de la concurrence est saisie peuvent être établies par tout mode de preuve » ; formule qui pourrait entraîner une remise en cause de la jurisprudence actuelle (v. Ass. pl., 7 janvier 2011, n° 09-14316 et 09-14667, précité).

[4] M. MEKKI, article précité, n° 11 : « depuis quelques années, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve est coloré, tant en matière civile qu'en matière pénale, d'une conception procédurale. Même lorsque les preuves ont été obtenues au mépris de la loyauté probatoire, la contradiction respectée lors des débats suffit à admettre leur recevabilité ».

[5] N. FRICERO, « La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile », *Procédures,* 2015, n° 3, dossier 14 : « la recevabilité des preuves illégales et déloyales est soumise à un critère original à savoir "la proportionnalité aux intérêts antinomiques en présence" ». V. aussi S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », précité, n° 17 et s.

[6] CEDH, 12 juillet 1988 *Schenk c/ Suisse,* n° 10862/84 : qui refuse de déclarer *in abstracto* irrecevables tous les éléments de preuve obtenus de manière illégale ou déloyale. La Cour précisera quelques années plus tard que l'appréciation du respect des principes du procès équitable doit être faite *in globo*, au regard de l'ensemble de la procédure en recherchant notamment si chaque partie a eu la possibilité de présenter sa cause et ses preuves sans être placée dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (CEDH, 27 octobre 1993 *Dombo Beheer*, n° 14448/88).

[7] V. à ce sujet C. BOILLOT, « La loyauté en procédure civile », *in* P. GONOD, H. ASCENSIO (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification,* Mare & Martin, 2019, p. 173 et L. DAILLY, « La loyauté de la preuve : principe commun de droit administratif et de droit pénal ? », même ouvrage, p. 203.

[8] N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, n° 102 et s. qui évoque un « principe de subsidiarité du recours aux pouvoirs d'instruction du juge ».

[9] V. néanmoins : J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 279 et s. qui estiment que le juge peut faire entrer des faits nouveaux dans le débat, notamment lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction qui permet de

303. Le rôle possiblement plus actif du juge quant à l'invocation du droit. Nous avons fait mention des raisons qui conduisent de plus en plus souvent les parties à invoquer des moyens de droit. Reste qu'en principe, le juge judiciaire dispose d'importants pouvoirs en la matière : il est au cœur de son office de faire application du droit, que les parties l'aient, ou non, invoqué[1] et il est par conséquent tenu de trancher le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont *applicables* »[2], sans « être lié par les indications des parties en matière de droit »[3]. Il faut alors rechercher si cette invocation de plus en plus systématique d'éléments de droit par les parties est de nature à réduire l'influence du juge sur ce terrain.

Ce dernier conserve, en toute hypothèse, le pouvoir de se départir des arguments de droit invoqués par les parties et en a même l'obligation au premier stade d'invocation du droit qui consiste en la qualification des faits et actes allégués[4]. Les parties ne sauraient donc prétendre à une qualification autre que celle prévue par la loi pour les pratiques et/ou contrats et accords divers qui sont au cœur du litige sur lequel s'est prononcée l'Autorité de la concurrence.

Toutefois, au stade de l'identification de la règle applicable, la jurisprudence pose comme simple faculté pour le juge de la relever d'office dès lors que les parties en ont invoqué une, quand bien même elle serait erronée[5]. La faculté ne devient obligation qu'en l'absence d'invocation du droit par les parties – situation rare dans le recours à l'étude – ou en présence d'un texte qui impose au juge d'appliquer d'office une règle de droit. Les principales hypothèses concernent des règles d'ordre procédural[6], les textes internes d'ordre public et, non moins important concernant notre matière, les dispositions d'ordre public issues du droit de l'Union

---

mettre au clair des circonstances de faits invoquées par les parties et qui, par la même occasion, permet d'en découvrir d'autres qui entrent alors dans le débat (via l'expertise et le rapport de l'expert notamment).

[1] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* 1948, rééd. Dalloz 2002, n° 81 ; « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *in Études de droit contemporain, Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de droit comparé*, Sirey, 1959, p. 257, reproduit *in Écrits. Études et notes de procédure civile,* 1973, rééd. Dalloz, 2009, p. 38, spéc. n° 17 et s.

[2] Art. 12, al. 1er CPC, nous soulignons. La lecture de cet article laisse à penser qu'il doit aller rechercher toutes les règles applicables et ne pas s'en tenir à celles invoquées par les parties.

[3] J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 284.

[4] Art. 12, al. 2 CPC : il doit « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

[5] Ass. pl., 21 décembre 2007 *Dauvin*, n° 06-11343. Solution largement critiquée en doctrine, v. notamment O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens », *D.*, 2008, p. 1102 ; G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G*, 2008, doctr. 156.

[6] Par ex., en droit commun, l'art. 125, al. 1 CPC fait obligation au juge de relever d'office les fins de non-recevoir « lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou l'absence d'ouverture d'une voie de recours ». Les textes spécifiques du Code de commerce fixent également des règles de forme et de délai dont la méconnaissance doit être relevée et sanctionnée d'office par le juge. V. par ex. art. R. 464-12 concernant l'irrecevabilité des observations et moyens du demandeur déposés au-delà des deux mois après notification de la décision de l'Autorité ; art. R. 464-14 concernant l'irrecevabilité de la déclaration de recours en l'absence de notification d'une copie aux parties auxquelles la décision de l'Autorité a été notifiée dans les 5 jours de son dépôt au greffe de la Cour.

européenne. En effet, la Cour de cassation a récemment fait sienne la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union[1] en imposant au juge du fond d'appliquer d'office les dispositions du droit de l'Union qui sont d'ordre public[2]. Bien que le droit de la consommation et de la responsabilité du fait des produits défectueux soient les plus souvent cités à titre d'illustration, les articles 101 et 102 du TFUE sont des dispositions d'ordre public que la CJUE impose aux juridictions nationales d'appliquer d'office[3].

Sur le terrain du droit, le juge a donc le pouvoir – parfois l'obligation – de s'émanciper des moyens invoqués par les parties. Il doit néanmoins le faire dans le respect du principe dispositif : s'il relève d'office une règle de droit – outre le fait qu'il doive la soumettre au débat contradictoire[4] – le juge doit s'assurer qu'il ne se fonde pas sur des faits hors de la matière litigieuse[5] et qu'il n'octroie pas à l'une des parties autre chose que ce qu'elle avait demandé[6]. Ces éléments conduisent à conclure que ces pouvoirs et devoirs du juge sont insuffisants pour le prémunir pleinement du risque de « capture ». Voyons si d'autres outils le permettent.

c. Le risque de captivité endigué par la présence de mutliples acteurs publics ?

304. Imbroglio de dépositaires d'une fraction de l'intérêt général… La liste a été dressée des acteurs publics recevables à agir ou intervenir devant la Cour de Paris : Autorité de la concurrence, commissaire du Gouvernement auprès de l'Autorité, ministre de l'Économie et ministère public. C'est en considération du risque de captation du débat par les parties que la Cour de justice a imposé que ce statut soit reconnu à l'Autorité et qu'elle puisse intervenir à l'instance en cette qualité[7]. Ces acteurs publics se voient octroyer l'importante possibilité d'étendre la saisine du juge à d'autres parties en cause voire à d'autres faits que ceux visés par

---

[1] V. CJUE *Pannon GSM,* 4 juin 2009, n° C-243/08 (spéc. § 32) et CJUE, 9 novembre 2010 *VB Pénzügyi Lizin Zrtpoint,* n° C-137/08 (spéc. § 56).

[2] Ch. Mixte, 7 juillet 2017, n° 15-25651 : « si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées ». Il doit procéder à cette application d'office, non seulement lorsque l'état du dossier lui offre les éléments de fait nécessaires pour faire application de ce droit mais également, à défaut d'éléments suffisants, après les avoir complétés en procédant à des recherches d'office, en demandant des explications aux parties ou en ordonnant les mesures d'instruction appropriées (v. note explicative jointe à l'arrêt).

[3] CJCE, 13 juillet 2006 *Manfredi*, n° C-295/04 à C-298/04*,* spéc. § 31. Nous partageons la crainte d'un auteur que cette charge puisse devenir très pesante pour le juge judicaire (N. HOFFSCHIR, « Office du juge et application des règles de droit d'ordre public issues de l'Union européenne : la Cour de cassation prend les devants », *Gaz. Pal.,* 2017, n° 37, p. 65).

[4] Art. 16, al. 3 CPC.

[5] Art. 7, al. 1 CPC.

[6] Art. 5 CPC.

[7] CJUE, 7 décembre 2010 *VEBIC,* sur lequel v. *supra.*

la déclaration initiale de l'une des parties[1]. Ces « voix publiques » seraient donc de nature à garantir que les considérations d'intérêt général – à l'aune desquelles les décisions de l'Autorité objet des recours sont rendues – soient portées devant la Cour.

305. …mais l'absence de voix indépendante et extérieure. Reste qu'à l'inverse du contentieux administratif dans lequel le rapporteur public donne un avis extérieur et indépendant sans recevoir d'instruction, la procédure civile – qu'elle soit de droit commun ou spécifique au contentieux concurrentiel – ne prévoit l'intervention d'aucun acteur présentant ces qualités.

Le ministère public, outre le fait qu'il intervient en pratique peu, faute de moyens de le faire de manière efficace, n'est pas indépendant ; il peut recevoir des instructions ministérielles[2]. Le ministre de l'Économie est dépositaire de l'intérêt général – en tout cas de sa dimension économique – mais son appartenance au pouvoir exécutif rompt de manière certaine son indépendance, voire même son impartialité[3]. L'Autorité ou le commissaire du Gouvernement qui siège en son sein sont dépositaires de cette même portion de l'ordre public mais ne sont pas non plus impartiaux : certes, leur indépendance empêche que toute instruction leur soit donnée mais c'est bien la légalité – voire, à certains égards, la qualité – de leur décision qui est en jeu. Un avocat explique qu'en pratique, les services de l'Autorité ont tendance à mettre un point d'honneur à défendre la justesse de leur raisonnement et la qualité de leur décision[4].

Le procès civil n'a pas été conçu pour un débat d'intérêt général. Ces considérations, sans être exclues du prétoire du juge judiciaire, ne sont en principe pas au cœur de sa saisine. Or la qualité de la justice rendue sur une question de cet ordre pourrait dépendre, notamment, de la présence d'un acteur apte à fournir un avis motivé, extérieur, indépendant et impartial[5] ; surtout dans ces champs techniques où les enjeux sont souvent colossaux. L'endiguement du risque de captation du débat judiciaire par les parties privées – nocif aux objectifs poursuivis par l'arsenal de lutte contre les pratiques attentatoires à la libre concurrence – ne paraît ainsi pas assuré de manière satisfaisante à l'occasion des recours étudiés. Cette question devra par conséquent faire l'objet

[1] Dans la limite, toutefois, du cadre dans lequel l'Autorité a rendu sa décision. Sur cela v. *infra.*
[2] Instructions que l'on rencontre en pratique dans certains secteurs régulés ; T. PERROUD (article précité) restitue le propos d'un avocat général qui explique en avoir reçues dans le cadre d'un contentieux relatif à l'énergie.
[3] Rappelons que les services du ministère de l'Économie et de la DGCCRF peuvent être à l'origine de l'instruction ayant conduit au prononcé de la décision objet du recours.
[4] O. FRÉGET, intervention lors d'un cycle de séminaires organisé par l'IRJS intitulé « Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation » ; séance du 14 février 2018 consacrée aux droits de la concurrence et des marchés financiers.
[5] M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif,* précité, n° 854 et s. ; D. CHAUVAUX et H. STAHL, « Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès », *AJDA,* 2005, p. 2116.

de réflexions dans le volet prospectif de l'étude. Pour l'heure, voyons à quelle matière litigieuse sont susceptibles d'aboutir les modalités d'établissement qui viennent d'être présentées.

2. Contenu de la matière de l'instance de recours

306. Délimitation. Le contenu de la matière de l'instance envisagée est délimité par plusieurs éléments. En premier lieu, se trouve au cœur du recours l'acte coercitif d'une autorité administrative, ce qui lui confère un caractère objectif et produit des conséquences sur l'étendue de la matière que les parties peuvent soumettre au juge. Toutefois, bien qu'objectif, ce recours est porté devant un juge auxquels de larges pouvoirs sont conférés. En définitive, si l'objet du recours contribue à limiter l'étendue de la matière que les parties peuvent soumettre au juge (a), les pouvoirs confiés à ce dernier sont, au contraire, de nature à en permettre l'extension (b).

a. Une matière limitée par le caractère objectif du recours

307. La validité ou la légalité d'un acte toujours au cœur des débats[1]. Au cœur du recours étudié se trouve l'acte d'une autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence. La question essentielle soumise au juge est celle de sa légalité. Si l'on prend la grille de lecture du contentieux administratif, on peut avancer qu'il s'agit là d'un contentieux objectif[2]/[3].

Ce caractère limite le champ de la matière, factuelle et juridique, que les parties peuvent soumettre au juge : elles ne sauraient étendre leur critique au-delà de la régularité de l'acte attaqué et des éléments factuels sur lesquels il a statué. De la même manière que l'Autorité de la concurrence ne peut se prononcer sur des questions relatives à la validité ou à l'exécution d'un contrat, la juridiction de recours ne pourra le faire davantage et les moyens des parties qui se placeraient sur le terrain contractuel ou du droit de la responsabilité sont voués à l'échec, faute pour la juridiction saisie de disposer de la compétence et/ou du pouvoir pour en connaître[4].

---

[1] C'est ici, comme nous l'avons déjà noté, un élément commun aux différents recours envisagés au cours de la recherche. Les éléments qui vont être développés seront par conséquent transposables à d'autres stades de l'analyse. Pour éviter les redites, des renvois seront donc proposés.

[2] Si on mobilise la classification matérielle de Duguit (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel,* de Boccard, 1928, 3e éd., t. II, p. 435 et s.) selon laquelle « la *juridiction objective* intervient chaque fois que la question posée au juge est une question de droit objectif, conduisant, sans prise en compte de la situation personnelle du requérant, à interroger le juge sur la conformité d'un acte juridique ou matériel à une règle de droit ». Sur cette classification, v. F. BLANCO, ouvrage précité, n° 393.

[3] Comp. J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 723 : « le recours exercé devant le juge judiciaire s'éloigne de l'action civile, pour se rapprocher du recours exercé devant les juridictions de l'ordre administratif. Car il n'est pas un recours intenté contre une personne, mais contre un acte, qui plus est de nature administrative, la décision du Conseil de la concurrence. *Il est un recours objectif de légalité* (…) » (nous soulignons).

[4] V. déjà, qui rejette un moyen tiré du droit commun des obligations : CA Paris, 13 juillet 1988 *Société Emass P.L.C. c/ Société E.M.I. P.L.C,* sur lequel v. *D.*, 1989, p. 160, note P. LE CANNU.

308. Les faits et pratiques envisagés par l'acte : limites à la matière de l'instance de recours. Le caractère objectif du recours conduit en outre à ce que seul l'acte contesté puisse faire l'objet de débats, lesquels pourront porter tant sur le contenant (question de légalité externe[1]) que sur son contenu[2], guère plus. En matière de pratiques anticoncurrentielles, ce contenu est fixé par l'acte de notification des griefs qui comporte une liste limitative des faits et personnes inclus dans le processus[3], nous y reviendrons.

309. Le phénomène de liaison du contentieux par l'adoption d'un acte préalable. Pour décrire cette délimitation, le parallèle peut être fait avec le phénomène de « liaison du contentieux » qui survient chaque fois qu'un recours juridictionnel est exercé après qu'a été adoptée une décision administrative préalable[4]. Cette liaison « peut être sommairement définie comme l'opération par laquelle les éléments constitutifs de l'objet du litige à trancher par la juridiction sont délimités et rendus identifiables »[5]. Le litige dont a à connaître le juge de recours provient bien de l'antagonisme entre ce qu'invoquaient les parties devant administration et la décision rendue par celle-ci. Or « une fois identifié, l'objet du litige ne peut se transformer au point de dénaturer ces prises de position initiales. C'est pourquoi le demandeur est limité dans le choix des prétentions qu'il soumet par la suite au juge »[6] ; seuls les faits et protagonistes couverts par la décision administrative sont susceptibles d'être discutés au stade du recours.

La solution est transposable aux décisions de l'Autorité de la concurrence : seuls les éléments visés dans l'acte de notification des griefs et sur lesquels l'Autorité s'est prononcée sont susceptibles d'être débattus devant le juge. En outre, ce sont évidemment les pouvoirs octroyés à ce juge qui limitent les moyens que les parties peuvent efficacement lui présenter.

---

[1] Au sens du contentieux administratif. V. la liste des moyens de légalité externe proposée par M. GUYOMAR et B. SEILLER, ouvrage précité, n° 604 : incompétence (de l'auteur de l'acte), vice de procédure (au cours du processus d'adoption de l'acte, contrôle que toutes les garanties ont été respectées) vice de forme (qui affecterait l'acte contesté).

[2] Ce qui renvoie davantage à des questions et moyens de légalité interne : erreur de fait ou erreur de droit commise par l'autorité auteur de l'acte, erreur dans la qualification juridique des faits ou détournement de pouvoir.

[3] Un auteur explique que cet acte entraîne une certaine « immutabilité du litige », laquelle s'étend à l'instance de recours (E. PUTMAN, *Contentieux économique,* PUF, 1998, n° 207).

[4] Prévue par l'art. R. 421-1 CJA.

[5] P. IDOUX, « Le périmètre de l'exigence de liaison du contentieux », *in* G. CLAMOUR et N. LAFON (dir.), *La liaison du contentieux*, Presses de la faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier (CREAM), 2015, p. 25.

[6] A. MEYNAUD-ZEROUAL, thèse précitée, n° 209.

b. Une matière corrélée aux pouvoirs du juge

310. Recours objectif mais plein contentieux. Le contentieux objectif a longtemps été assimilé à un contentieux de légalité dont devait connaître un juge doté du seul pouvoir d'annuler tout ou partie de l'acte litigieux adopté par l'administration ou l'un de ses délégataires. Puis la « reconquête de l'ensemble de ses pouvoirs » par le juge administratif a conduit à l'émergence d'un nouveau type de recours qualifié de plein contentieux objectif[1], lequel est exercé devant un juge qui, bien que saisi d'une question de légalité, dispose d'un large panel de pouvoirs.

Le recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence fait partie de cette catégorie : un acte administratif est au cœur du recours mais les parties peuvent solliciter du juge, outre son annulation, sa réformation[2]. Les arguments invoqués ne sont donc pas exclusivement de « pure légalité »[3] et sont susceptibles de tendre à autre chose que l'annulation.

311. Annulation et/ou réformation. La principale caractéristique du plein contentieux est en effet que le juge y dispose d'un pouvoir de réformation de l'acte soumis à son contrôle et qu'il statue « d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre des parties à la date de sa propre décision »[4]. Dès lors qu'un tel pouvoir est octroyé au juge du recours, les parties peuvent solliciter, non seulement l'annulation de l'acte, mais également sa modification voire sa « réfaction » par ce juge. Peuvent par exemple être sollicitées la modification ou la réduction de mesures imposées ou du montant d'une sanction pécuniaire prononcée tant que cela ne conduit pas à sortir du champ couvert par la décision litigieuse.

La liberté des parties quant à la détermination du contenu de l'instance de recours est ainsi encadrée par l'ensemble de ces éléments. Reste à présenter plus en détail les pouvoirs dont la Cour d'appel de Paris dispose dans le cadre de sa compétence spéciale.

---

[1] V. l'étude complète de H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif,* LGDJ, 2011.

[2] Art. L. 464-7 et L. 464-8 C. com. V. *in fine* P. DELVOLVÉ, « La Cour d'appel de Paris juridiction administrative », *in Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992, p. 47 et s., spéc. n° 29 ; J.-J. MENURET, thèse précitée, notamment n° 785-788 puis n° 834 et s.

[3] Nous entendons par là que les moyens peuvent tendre à autre chose qu'au prononcé de l'annulation de l'acte. Il demeure que le caractère objectif du recours conduit le juge à contrôler la conformité d'un acte à une norme supérieure. Il est en ce sens un contrôle de légalité : comme l'écrivait M. Chapus, un recours doit être qualifié d'objectif dès lors que « le sort du litige [est] exclusivement sous la dépendance de la réponse donnée à une question de légalité » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* précité, n° 261). Mais l'affirmation selon laquelle « seuls des moyens de légalité » sont recevables (par ex. J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 785-786) nous semble comporter le risque que le raccourci soit fait avec le contentieux de la légalité entendu comme contentieux de l'excès de pouvoir au terme duquel seule la nullité peut être prononcée. Le caractère hybride de la matière envisagée ainsi que les frontières de plus en plus floues entre les différents contentieux administratifs commandent ces quelques précisions terminologiques.

[4] CE, sect., 8 janvier 1982 *Aldana Barrena,* n° 24948.

§ II – Office du juge de recours

312. Question cruciale de l'office des juges de recours. Une fois le juge valablement saisi, reste pour lui à exercer son office en procédant au contrôle de la régularité des procédures conduites par les autorités administratives de concurrence et de la validité des actes auxquels elles aboutissent. Si des irrégularités sont constatées à l'occasion de ce contrôle, le juge devra en tirer les conséquences par la mise en œuvre des pouvoirs qui lui sont octroyés.

Les juges amenés à connaître des recours exercés contre les différents actes qui seront envisagés au cours de l'étude appartiennent à des ordres et à des degrés différents, ce qui peut faire naître des craintes et disparités déjà évoquées. Afin d'identifier et apprécier ces éventuelles disparités au stade de la mise en œuvre de son office par le juge saisi, il nous faudra passer en revue les différentes situations en formulant pour chacune quelques questions sommaires : « quoi ? » – c'est la question de l'étendue du contrôle – « comment ? » – c'est la question de l'intensité du contrôle – et « pour quel résultat ? » – c'est la question des pouvoirs conférés au juge. C'est à l'aune de ces trois interrogations communes qu'il nous sera possible de procéder à notre analyse comparative de manière efficace.

Autrement formulé et concernant le recours contre les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence, il s'agit d'abord de s'intéresser aux dimensions du contrôle opéré par la Cour d'appel de Paris (A) avant d'étudier le panel des pouvoirs qui lui sont confiés pour tirer les conséquences d'éventuelles irrégularités relevées à l'occasion de sa mise en œuvre (B).

A. Dimensions du contrôle juridictionnel

313. Les mesures du contrôle juridictionnel : étendue et intensité. S'intéresser aux dimensions du contrôle opéré par un juge saisi du recours contre un acte administratif implique de procéder en deux temps. En premier lieu, il convient d'identifier les éléments que le juge soumet à son contrôle : certains concernent la procédure qui a été conduite par l'autorité en cause, d'autres l'acte adopté à son terme. Il s'agit là de mesurer le champ, l'étendue du contrôle juridictionnel. En second lieu, il faut évaluer le degré, la force avec laquelle le juge opère son contrôle sur les éléments qu'il y soumet ; ce que nous qualifierons d'intensité du contrôle juridictionnel.

Ainsi, après avoir délimité l'étendue du contrôle opéré par la Cour d'appel de Paris sur les procédures et actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence (1), il nous faudra évaluer l'intensité avec laquelle elle contrôle chacun des éléments appréhendés (2).

1. Un contrôle étendu, conséquence du caractère répressif des actes en cause

314. Sanction administrative et extension du contrôle juridictionnel. L'octroi d'un pouvoir de sanction à une autorité non juridictionnelle est systématiquement accompagné d'un renforcement du contrôle opéré par le juge sur les actes de l'autorité délégataire[1]. Ce renforcement concerne l'intensité du contrôle, nous y reviendrons, mais également son étendue. Tirant les conséquences de la dimension répressive du pouvoir et des actes de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, la Cour d'appel de Paris s'est conformée à ce mouvement d'extension initié par les juridictions administratives.

315. Du contrôle de l'acte sanctionnateur au contrôle de l'ensemble de la « chaîne répressive ». L'acte de sanction, qui est au cœur du recours et donc du contrôle opéré par le juge, est l'aboutissement d'une « chaîne répressive »[2] qui s'ouvre par la saisine de l'autorité (ici Autorité de la concurrence) et se poursuit, dans le schéma classique, par une enquête administrative, une éventuelle décision d'engager une procédure de sanction, une instruction plus ou moins approfondie puis s'achève par le prononcé, ou non, d'une sanction à l'encontre des personnes poursuivies. Or l'acte qui marque l'aboutissement de ce processus n'est pas seul à faire l'objet du contrôle. En matière de sanctions prononcées par les autorités administratives, notamment les AAI et API, a même été observé un « élargissement constant du spectre des phases de l'instance disciplinaire soumises au contrôle du juge »[3] dont il nous faut prendre la mesure.

316. Contrôle juridictionnel de toutes phases postérieures à l'émission de l'acte d'accusation. Les garanties posées, notamment en matière pénale, par l'article 6 de la Convention EDH sont applicables dès lors qu'une personne est accusée d'avoir commis une infraction ; autrement dit, dès lors qu'elle est « destinataire d'une notification officielle du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »[4]. La notification officielle d'un acte de mise en accusation est donc déterminante. Elle déclenche l'applicabilité des garanties posées par cet article – à commencer par le droit à un tribunal et à un recours juridictionnel – et assure ainsi

[1] V. à ce sujet M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives,* LGDJ, 2014, spéc. Partie III, Chap. 1, p. 137-143.
[2] F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », précité.
[3] M. GUYOMAR, ouvrage précité, p. 161. La référence à l'instance « disciplinaire » ne présente pas de caractère restrictif dans le propos de l'auteur, lequel est parfaitement généralisable aux sanctions prononcées par les autorités chargées d'une fonction autre que strictement disciplinaire (régulation notamment).
[4] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS et *al.,* ouvrage précité, n° 170. La notion d'infraction pénale est à entendre dans la conception large et autonome que retient la Cour EDH de cette matière. Cette formulation est issue de la jurisprudence de la Cour, v. par ex. CEDH, 27 février 1980 *Deweer c/ Belgique,* n° 6903/75, spéc. § 42.

que, dès ce stade, des juridictions pourront être sollicitées pour veiller à la bonne application, par l'autorité auteur de l'acte répressif litigieux, de l'ensemble des garanties posées par la Convention. L'étendue *ratione temporis* du contrôle juridictionnel court donc, *a minima,* de la notification de l'acte de mise en accusation au prononcé de la décision infligeant, ou non, une sanction. Reste à identifier l'acte qui peut être ainsi qualifié dans le cadre envisagé.

317. Mise en accusation par la notification des griefs. Concernant les procédures conduites par l'Autorité de la concurrence dans son office de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la chose est établie. « C'est la notification des griefs qui marque de manière certaine l'ouverture de la procédure de sanction et qui marque le premier acte conditionnant la mise en œuvre des garanties procédurales que sera en charge de contrôler le juge »[1/2]. La jurisprudence assimile cette notification à un acte d'accusation et juge qu'elle « ouvre la procédure contradictoire »[3]. Elle doit, à ce titre, contenir différents éléments dont un exposé des griefs « libellé dans des termes suffisamment clairs »[4] et permettre « de savoir pourquoi on est poursuivi », ce qui est une garantie d'un procès équitable[5]. Le contrôle juridictionnel exercé sur la sanction s'étendra donc de cette notification des griefs et à tous les actes subséquents. Les vices dont ils seraient entachés sont susceptibles d'entraîner l'irrégularité de la procédure et donc l'illégalité de la sanction prononcée à son terme[6].

318. Extension du contrôle à certains aspects de l'enquête administrative[7]. Dans le schéma classique, l'acte d'accusation est établi au terme d'enquêtes préalables qui ont permis de réunir les éléments nécessaires à l'engagement du processus répressif[8]. Par principe, puisqu'ils sont antérieurs à l'ouverture de la procédure de sanction à proprement parler, ces actes d'enquête

[1] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 509. Cette notification est prévue par l'art. L. 463-2 C. com. Il en est d'ailleurs de même sur le plan européen : v. art. 2 du règlement n° 773/2004 du 7 avril 2004*,* qui prévoit que la procédure est ouverte « au plus tard à la date à laquelle [la Commission] émet une communication des griefs ».
[2] Puisque c'est la notification des griefs qui marque l'ouverture d'une procédure de sanction, la procédure d'engagements, qui ne donne lieu à aucune notification de griefs, ne peut être qualifiée comme telle (v. art. L. 464-2, I, al. 1 et 2 et R. 464-2 C. com.). Certains y voient pourtant un caractère « coercitif » mais non « répressif » (distinction à l'égard de laquelle nous émettons des réserves), v. par ex. D. GRANDVUILLEMIN, « Les procédures négociées en droit français des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E,* 2011, 1344.
[3] CA Paris, 6 octobre 2009 *Canal 9 c/ GIE les Indépendants,* n° 2008/21057.
[4] CA Paris, 26 septembre 2006 *Sté Hôtel Le Bristol SA*, n° 2005/24285.
[5] V. SÉLINSKY, « La conquête des droits de la défense dans le cadre des poursuites pour pratiques anticoncurrentielles », *in Études à la mémoire de Fernand-Charles Jeantet,* LexisNexis, 2010, p. 443.
[6] V. CA Paris, 29 mars 2005 *SA Filmdis,* n° 2004/19930, qui rappelle qu'une partie non visée par une notification des griefs valable ne peut être sanctionnée au terme de la procédure sans violation de ses droits de la défense.
[7] Nous ne traiterons pas des saisies et visites domiciliaires qui font l'objet d'un régime spécifique reposant sur une autorisation et un contrôle juridictionnel opérés par le juge des libertés et de la détention. Ce régime dérogatoire des enquêtes « lourdes » sort du cadre de notre recherche. V. art. L. 450-4 C. com. et *supra,* n° 44.
[8] Sur les pouvoirs d'enquête de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF v. art. L. 450-1 et s. C. com.

sortent du champ d'application des droits de la défense et du contrôle juridictionnel[1]. Toutefois, tant le juge judiciaire que le juge administratif opèrent un contrôle indirect sur cette phase en veillant à ce qu'elle se déroule sans que survienne une atteinte aux droits de la défense qui aurait un caractère irrémédiable[2]. Si l'ampleur de cette extension du contrôle est encore incertaine, « cette procéduralisation a nécessairement un impact immédiat sur le champ du contrôle juridictionnel de la sanction. En effet, en considérant que la phase d'enquête est susceptible de vicier la procédure de sanction, il devient possible de soulever des moyens à l'encontre de l'enquête aux fins de voir annuler la mesure de sanction »[3]. Ainsi, le champ du contrôle opéré par le juge tend à s'accroître, en tout cas concernant les processus expressément répressifs. L'analyse est toute autre concernant les procédures dites « négociées ».

319. Tendance à la réduction du champ du contrôle juridictionnel concernant les procédures « négociées ». Pour mener à bien sa fonction, l'Autorité dispose d'un certain nombre de procédures parfois qualifiées de « négociées »[4]. Mise à part la procédure d'engagements qui, ne donnant lieu ni à communication des griefs ni au prononcé d'une

[1] V. par ex. CA Paris, 10 novembre 2009 *Sté Guerlain*, n° 2008/18277, qui juge que le contradictoire n'est applicable qu'à compter de la notification des griefs et donc, *a contrario*, pas à la phase d'enquête administrative.
[2] Par ex. : CA Paris, 8 avril 1994 *Sté Hyperallye,* n° 93/17256 : le juge judiciaire opère ce contrôle par le truchement du principe de loyauté dans l'administration de la preuve auquel il soumet les autorités chargées de l'enquête administrative (v. L. DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ, « La loyauté dans l'administration de la preuve », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 145, p. 44). Le Conseil d'État, sans se référer à un tel principe, accepte également d'étendre le champ de son contrôle à la phase d'enquête administrative, notamment en matière financière, v. CE, 25 mai 2013 *Sté Alternative Leaders France,* n° 356054.
[3] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 524.
[4] Un auteur avance que ce qualificatif ne serait véritablement adapté qu'à la procédure d'engagements. Les autres procédures (transaction – mise en œuvre par la DGCCRF : art. L. 464-9 C. com. ou par l'Autorité de la concurrence : art. L. 464-2, III – et la clémence : art. L. 464-2) reposant certes sur une « discussion » entre l'autorité compétente et les opérateurs concernés mais cette discussion serait déséquilibrée du fait que plane au-dessus des opérateurs la menace d'une sanction plus lourde s'ils sortent de ce cadre et en reviennent à la procédure classique (E. CLAUDEL, « Procédure négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder ! », *Concurrences,* n° 4/2015, art. n° 75896).
Il est délicat d'affirmer sans nuance une préférence pour une expression plutôt qu'une autre car il peut également être soutenu que le qualificatif « d'alternatif » colle, lui aussi, parfaitement à la procédure d'engagements qui constitue une véritable alternative à la poursuite et à la sanction : si elle aboutit, aucune procédure de sanction n'est engagée. Le qualificatif de « négocié » collerait alors, lui, davantage aux procédures de transaction et de clémence, lesquelles conduisent en pratique au prononcé d'une sanction, certes minorée mais sanction quand même (c'est, semble-t-il, la position de M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 541). Dans une étude consacrée au droit européen, un auteur suggère la notion de « procédure transactionnelle », v. M. MEZAGUER, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union Européenne, Un exercice transactionnel de l'autorité publique,* Bruyant, 2015. Afin d'alléger le propos, nous aurons indifféremment recours à ces différentes expressions. Nous rejoignons Mme Claudel qui explique que le vocable le plus approprié serait celui de « procédures alternatives ou complémentaires à la sanction » proposée par l'Autorité. Sa lourdeur nous conduit néanmoins à limiter l'usage.

sanction, ne relève pas des procédures répressives[1] ; les procédures de transaction[2] et de clémence[3] donnent, elles, lieu tant à la notification de griefs – donc à une mise en accusation – qu'au prononcé d'une sanction qui, bien qu'éventuellement réduite ou minorée reste, sauf exonération totale, une sanction. Il s'agit donc, indiscutablement, de procédures répressives auxquelles les garanties qui viennent d'être rappelées sont applicables.

Or, les concernant, la jurisprudence semble admettre que, parmi les concessions que sont amenées à faire les entreprises qui y sont engagées – en contrepartie de la réduction ou de l'exonération d'amende qui leur est octroyée – figure un renoncement à contester, devant le juge, certains éléments relatifs à la procédure administrative et/ou au fond. Par voie de conséquence, cette jurisprudence provoque une réduction du champ du contrôle opéré par le juge de recours. À titre d'illustration, en matière de transaction, il a été jugé que l'engagement pris par l'entreprise de ne pas contester les griefs qui lui ont été notifiés, bien qu'il ne vaille pas aveu, conduit, au stade du recours, à une forme de présomption qui ne peut être combattue, sous peine de se voir opposer une fin de non-recevoir[4]. L'entreprise en cause perd ainsi le droit de discuter de la matérialité, de la qualification et de l'imputabilité des faits devant le juge[5]. Bien que la jurisprudence soit à son sujet moins certaine, le contrôle opéré sur la procédure de

[1] Comme pour le prononcé de simples injonctions, les juridictions internes et européennes refusent par conséquent d'y voir des procédures de sanction au sens de la Convention EDH (v. Com., 4 novembre 2008 *Canal 9*, n° 07-21275 ; CA Paris, 6 octobre 2009 *Canal 9 c/ GIE Les Indépendants*, n° 2008/21057 et TPICE, 17 septembre 2007 *Microsoft c. Commission,* aff. T-201/04).

[2] Art. L. 464-2, III C. com. : « Lorsqu'une association d'entreprises ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'association d'entreprises s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'entreprise ou l'association d'entreprises donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'association d'entreprises et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction ».

[3] Art. L. 464-2, IV C. com. : « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à une association d'entreprises qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas (…) ».

[4] V. CA Paris, 29 mars 2012, n° 2011/01229 sur lequel v. E. BARBIER DE LA SERRE, « De l'estoppel devant la cour d'appel », *RLC*, n° 2012/32, p. 89.

[5] Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a même fait craindre que la renonciation concernât également le montant de la sanction prononcée. V. CA Paris, 6 juillet 2017 *Sté Direct Énergie c/ Sté Engie*, n° 2017/07296, qui juge que dans le cadre de la « procédure spécifique » de transaction, « l'entreprise en cause accepte de ne pas contester les griefs, *ainsi que le montant de la sanction infligée*, ce qui revient à une renonciation à ses droits de la défense et à son droit au recours sur ces points » (nous soulignons). Fort heureusement, ce droit de contester le montant de la sanction prononcée à l'issue d'une procédure de transaction a été clairement rétabli ; v. CA Paris, 13 juin 2019 *Société Alcyon,* n° 28/20229. La Cour juge que si les limites, « la fourchette », fixées par la transaction ne peuvent être contestées devant le juge par l'entreprise qui l'a acceptée, « le montant d'une sanction ne peut s'apprécier qu'à la lumière des motifs de la décision qui la prononce » et que, par conséquent, l'entreprise est fondée à contester devant le juge le montant de la sanction finalement décidée par le collège de l'Autorité.

clémence pourrait suivre cette tendance[1]. Quoi qu'il en soit, le mouvement d'extension du champ du contrôle juridictionnel cède donc concernant ces procédures dérogatoires. Voyons ce qu'il en est sur le terrain de l'intensité du contrôle opéré par le juge.

2. Un contrôle intense, conséquence du pouvoir de réformation de la Cour

320. Corrélation entre pouvoir de réformation et intensité du contrôle. La question de l'intensité du contrôle juridictionnel est classique en droit processuel[2]. En contentieux administratif, elle est souvent traitée au sein de développements relatifs au principe de légalité auquel est soumise toute autorité administrative et permet de mesurer l'étendue du pouvoir discrétionnaire[3] qui est reconnu, en telle ou telle matière, à ces autorités[4]. Dans notre champ, il apparaît ainsi que « l'étendue du pouvoir d'action de l'autorité de la concurrence est inversement proportionnelle à l'étendue du contrôle exercé par le juge »[5]. La question présente un enjeu de politique juridique et institutionnelle majeur.

---

[1] Il est acquis que l'entreprise qui a sollicité le bénéfice de la clémence est recevable à exercer un recours contre la décision de l'Autorité, notamment pour contester l'ampleur de l'exonération qui lui a été accordée (v. par ex.: Com., 27 mars 2019 *Sté L'Oréal et a.,* n° 16-26412). La question de la contestabilité des faits dans ce cadre n'a jamais été expressément tranchée par la Cour. Sur le plan européen, le Tribunal a déjà répondu par la négative (TPICE, 9 juillet 2003, aff. T-224/00, qui juge que « l'entreprise a expressément admis, dans le cadre de la procédure administrative, la matérialité des faits qui lui étaient reprochés par la Commission dans sa communication des griefs, ces faits doivent alors être considérés comme établis, l'entreprise n'étant plus en mesure de les contester dans le cadre de la procédure contentieuse devant le Tribunal ») avant d'adopter la solution inverse en matière de transaction (CJUE, 1er juillet 2010 *Knauf c. Commission*, aff. C-407/08, qui juge, à propos de la fin de non-recevoir opposée à l'entreprise qui a accepté d'entrer en voie de transaction avant de contester, devant le juge, l'existence de l'infraction, qu'eu égard « aux principes fondamentaux de légalité et de respect des droits de la défense » l'existence d'une telle fin de non-recevoir ne peut être justifiée en l'absence de texte la prévoyant. Il s'en suit que « si la reconnaissance explicite ou implicite d'éléments de fait ou de droit par une entreprise durant la procédure administrative devant la Commission peut constituer un élément de preuve complémentaire lors de l'appréciation du bien-fondé d'un recours juridictionnel, elle ne saurait limiter l'exercice même du droit de recours devant le Tribunal dont dispose une personne physique ou morale (…) »). L'état du droit sur cette question n'est donc pas des plus clairs.

[2] Elle a davantage animé la doctrine publiciste. Néanmoins, la question des techniques de contrôle mises en œuvre par le juge, principalement de cassation, a connu un récent regain d'intérêt en droit judiciaire privé autour de la question du contrôle de proportionnalité. V. P. JESTAZ, C. JAMIN, J.-P. MARGUENAUD, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061 et la réponse de S. GUINCHARD, F. FERRAND et T. MOUSSA, « Une chance pour la France : la technique de cassation, vecteur particulièrement adapté au contrôle de proportionnalité », *D.,* 2015, p. 278 ; S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié,* LexisNexis, 2019, p. 609.

[3] Défini comme « *le pouvoir de choisir* entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) *également conformes à la légalité* », R. CHAPUS*, Droit administratif général,* t. 1, LGDJ, 15e éd., 2001, n° 1248.

[4] La présentation prend alors souvent la forme de vases communicants : moins le contrôle exercé par le juge est approfondi et se limite à la stricte légalité, plus l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire approfondi. À l'inverse « au fur et à mesure que s'accroît le contrôle du juge, l'opportunité s'échappe », P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? » *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat,* LGDJ Montchrestien, 1988, p. 269 et s., spéc. p. 295. Pour des propos plus fournis v. R. CHAPUS, ouvrage précité, n° 1248 et s. V. enfin nos développements *infra,* Partie II – Titre I – chap. 2.

[5] L. IDOT, « La plainte en droit de la concurrence – opposition ou convergence des systèmes français et communautaire ? », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 255 et s., spéc. n° 37.

Cette intensité du contrôle opéré par le juge est en partie liée aux pouvoirs qui sont les siens et que nous étudierons par la suite. Il convient dès à présenter d'exposer une constante : chaque fois qu'il se voit doter d'un pouvoir de réformer l'acte qui lui est soumis, le juge est nécessairement conduit à faire précéder sa mise en œuvre d'un contrôle approfondi des éléments internes et externes dudit acte. « La profondeur de contrôle qu'engendre la voie de la réformation est incontestable : la réformation implique un pouvoir de substitution fondé sur une *pleine appréciation des circonstances de fait autant que des données de droit* et un examen qui a lieu non pas au jour où a été pris l'acte contesté mais au jour où statue la juridiction »[1]. Pour mettre en œuvre son pouvoir de réformation, le juge doit forger sa propre appréciation de l'intégralité des éléments factuels et juridiques de la cause afin de préparer une décision motivée qui viendra se substituer à celle de l'administration. Or il ne peut le faire de manière efficace qu'à l'appui d'un contrôle minutieux et approfondi de tous les éléments que l'auteur de l'acte a pris ou aurait dû prendre en compte pour fonder et motiver sa décision[2]. Il n'y a donc que dans le cadre du contentieux de la légalité – notamment des recours pour excès de pouvoir – que l'intensité du contrôle juridictionnel est susceptible de varier. Ce constat, essentiellement fait à l'égard du juge administratif, est parfaitement transposable à l'étude de l'office de la Cour d'appel de Paris dans le cadre de sa compétence spéciale[3].

321. Pouvoir de réformation et contrôle approfondi de la Cour d'appel de Paris. Un pouvoir de réformation est expressément octroyé à la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle se trouve saisie d'un recours contre les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence[4]. Il l'habilite à substituer sa propre appréciation, puis sa propre décision à celles de l'Autorité. Bien que la réformation ne soit pas la voie privilégiée lorsque l'auteur du recours a été condamné par la décision litigieuse[5], elle l'est davantage lorsque le recours est exercé par un plaignant débouté

[1] C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 277 et P. DELVOLVÉ, « Répression, droit pénal et droit administratif » *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique,* Dalloz, 1997, p. 37, n° 23.
[2] V. M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 499 : « lorsqu'elle statue par voie de réformation, la cour d'appel procède par un contrôle de plein contentieux à une nouvelle appréciation des éléments de fait et de droit et substitue, en tout ou partie, sa décision à celle du conseil ».
[3] Dont l'office classique de juridiction d'appel l'invite d'ailleurs également à substituer sa propre appréciation à celle du juge de premier degré sur l'intégralité des éléments de la cause, ce qu'elle ne peut faire qu'après avoir soumis l'ensemble de ces éléments à un contrôle approfondi en tenant compte, le cas échéant, d'éléments nouveaux survenus depuis l'adoption de sa décision par le premier juge.
[4] Art. L. 464-7 et L. 464-8 C. com.
[5] C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 227, traitant du recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, l'auteur explique que « les « défendeurs » qui ont succombé devant le Conseil ont avant tout intérêt à voir la décision sanctionnatrice mise à néant plutôt qu'immédiatement remplacée par une autre dont le contenu pourrait leur être tout aussi défavorable ».

ou une partie publique qui sollicite, à titre principal, la réformation de la décision afin que les sanctions ou injonctions prononcées soient aggravées[1]. L'hypothèse est loin d'être théorique.

Ce pouvoir de réformation, sur lequel nous reviendrons, devrait ainsi invariablement conduire la Cour à opérer un contrôle intense sur les actes de l'Autorisé qui lui sont soumis. Elle serait alors tenue d'en apprécier la validité formelle mais également les éléments internes, notamment les appréciations économiques auxquelles s'est prêtée l'Autorité, au besoin après avoir ordonné des mesures d'instruction ou renvoyé l'affaire aux services de cette dernière pour complément d'instruction. La lecture de quelques formules prétoriennes laisse à penser que c'est bien en ce sens que s'est construite la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour de cassation[2].

322. Appréciation des modalités de mise en œuvre de son contrôle approfondi par la Cour. Les ouvrages généraux de droit de la concurrence traitent peu de cette question. Ils se contentent souvent de dresser une liste des moyens de légalité interne et externe susceptibles d'être soumis à la Cour[3] ; liste qui peut d'ailleurs étonner en ce qu'elle comporte à la fois des moyens relevant du contrôle normal[4] et l'erreur manifeste d'appréciation, caractéristique d'un contrôle restreint[5].

Une analyse plus fouillée conduit au constat que le contrôle exercé par la Cour de Paris est invariablement approfondi, ou « normal » et « il ne pouvait en être autrement »[6]. Dès 1995, il a

---

[1] *Ibid.*

[2] V. par ex. Com., 22 novembre 2016, n° 14-28224 et 14-28862, qui juge que, lorsqu'elle est saisie d'un recours en réformation, la Cour d'appel de Paris est tenue de « vérifier elle-même la licéité de la pratique » en cause « voire de renvoyer l'affaire pour instruction complémentaire » si elle estime ne pas disposer des éléments suffisants. En se contentant de se référer aux éléments du dossier soumis à l'Autorité et à la décision rendue par cette dernière, la Cour a « méconnu son office ».

[3] Par ex. : L. VOGEL, *Droit de la Concurrence – Droit français*, précité, n° 553, qui explique en deux temps : « Le contrôle exercé par la Cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande en annulation, s'apparente à celui qui est mis en œuvre dans le cas du recours pour excès de pouvoir de l'ordre administratif. La cour d'appel contrôle la légalité externe et interne de la décision. Elle apprécie notamment si l'Autorité n'a pas *outrepassé ses compétences,* si elle s'est *conformée aux règles de la CEDH* (art. 6), aux *règles de procédure et de forme* définies par le Code de commerce et s'assure que l'Autorité *a respecté les droits de la défense.* La cour vérifie également que l'Autorité n'a pas *commis d'erreur de droit dans l'interprétation* [des dispositions du Code de commerce et du TFUE] ni *d'erreur manifeste d'appréciation,* en particulier lorsqu'elle inflige une sanction pécuniaire » (nous soulignons). M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 494 et s. qui assimilent le recours en annulation porté devant la Cour de Paris au recours pour excès de pouvoir et reprennent une liste similaire des moyens de légalité externe (n° 495 : compétence, respect des garanties posées par la Convention EDH et le Code de commerce, motivation et règles de forme) et interne (n° 496 : erreur de droit au regard des droits interne et européen, qualification, erreur manifeste d'appréciation, proportionnalité de la sanction).

[4] Par ex. lorsqu'il est expliqué que la Cour contrôle que le Conseil (actuelle Autorité) a « correctement qualifié les faits au regard [des textes applicables], que sa décision est *adaptée à ces faits quant aux conséquences qu'il en tire en termes de sanction et d'injonction* » (M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 496, nous soulignons).

[5] V. déjà l'étonnement exprimé par C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 278.

[6] C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 279-280 : l'auteur explique que le recours porté devant la Cour est avant tout un recours de pleine juridiction or « du moment où un recours est consacré comme impliquant un pouvoir de réformation, ni l'existence en son sein de moyens d'annulation ni l'impossibilité ponctuelle pour l'organe de jugement d'aller au-delà de l'annulation n'affectent le caractère primaire de plein contentieux qui lui est reconnu » est dont découle l'intensité accrue du contrôle opéré par le juge (v. *supra*).

été expliqué que la Cour « examine non seulement les moyens tendant à critiquer la légalité interne et externe mais aussi ceux qui discutent l'exactitude et la preuve des faits sur lesquels elle se fonde *ainsi que la pertinence de l'analyse économique à laquelle elle procède* »[1]. Le mouvement a, depuis, toujours été dans le sens d'un renforcement de l'intensité du contrôle opéré par la Cour[2], ce qui n'est pas sans conséquence sur la longueur des décisions rendues mais aussi, et ce point est davantage problématique, sur les délais de procédure[3].

Notons enfin que ce contrôle approfondi est celui qu'est conduit à mettre en œuvre toute juridiction d'appel au sein de l'ordre judiciaire. La Cour d'appel de Paris, bien qu'elle soit conduite à se prononcer sur un acte qui n'est pas de nature juridictionnelle, ne voit donc pas, de ce point de vue, son office totalement bouleversé dans le cadre de sa compétence spéciale.

323. Tendance à la réduction de l'intensité du contrôle à l'égard des procédures « négociées » ? Le recul du juge à l'égard des procédures et actes « négociés » ne concerne pas le seul champ de son contrôle, son intensité est également en péril[4]. Ainsi, saisie sur recours d'une décision prise au terme d'une procédure de clémence, la Cour d'appel de Paris a déjà semblé se fonder sur l'existence d'un « contrat » entre l'Autorité de la concurrence et l'entreprise contrevenante pour réduire son office à celui d'un juge de la légalité et de l'annulation[5]. Cette limitation de son office – qui a pour effet de la priver de son pouvoir de réformation, nous y reviendrons – a pour autre conséquence possible une réduction de l'intensité du contrôle exercé sur la procédure administrative et l'acte adopté à son terme[6]. La Cour ne se reconnaît ainsi compétente que pour « vérifier la licéité de l'accord de clémence » au regard des exigences du Code de commerce[7]. Cette formule peu précise laisse toute place à un contrôle restreint en application duquel la Cour s'est déjà refusée, notamment, à contrôler la

[1] G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence » *in* M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise,* précité, p. 51 et s., spéc. p. 56.
[2] Sauf, à en croire des praticiens, sur la période 2012-2015. Mais depuis 2015, la Cour met en œuvre un contrôle approfondi et détaillé, tant sur les éléments de procédure que sur les éléments de fond. V. M. THILL-TAYARA, L. BARY, « Évolution du contrôle de la Cour d'appel de Paris sur les décisions de l'Autorité de la concurrence : passé, présent, futur », *Concurrences,* n° 4-2019, art. n° 91855. Un renforcement des moyens octroyés à la Chambre 5-7 a eu lieu en 2015 et lui aurait permis de reprendre le mouvement de renforcement du contrôle opéré.
[3] M. THILL-TAYARA, L. BARY, article précité, qui relèvent trois décisions rendues par la Cour d'appel entre 2016 et 2018, composées de 95 à 192 pages (alors que les décisions rendues sur la période 2008-2010 ne faisaient guère plus d'une quinzaine de pages). La durée moyenne de la procédure est, elle, passée de neuf mois en 2006 à plus de vingt mois en 2017. Le délai laissé entre l'audience et le rendu du jugement a, en particulier, connu un allongement considérable sur cette même période.
[4] Un constat similaire a été établi en droit européen, v. M. LE SOUDÉER, *Le contrôle du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de procédures applicables aux pratiques anticoncurrentielles,* thèse Paris II, 2017, spéc. Partie I – Titre II – Chapitre I.
[5] V. CA Paris, 19 janvier 2010, n° 2009/00334 (« cartel de l'acier »), sur lequel v. *infra.*
[6] Il a en effet été rappelé que seul le contentieux objectif de stricte légalité – autrement dit le recours pour excès de pouvoir – est susceptible de donner lieu à variations de l'intensité du contrôle opéré par le juge. V. *supra.*
[7] CA Paris, 19 janvier 2010, précité, § E. 61.

proportionnalité ou l'adéquation du pourcentage de réduction accordé par l'Autorité au regard du degré de coopération et des engagements pris par l'entreprise bénéficiaire de la clémence[1]. La jurisprudence est encore fluctuante[2]. Nous reviendrons, dans le deuxième temps de la recherche[3], sur les justifications et les risques que présente ce mouvement. Intéressons-nous, pour l'heure, aux pouvoirs confiés à la Cour de Paris lorsqu'elle est saisie, sur recours, d'un acte coercitif adopté par l'Autorité de la concurrence.

B. Pouvoirs de la Cour d'appel de Paris

324. Traitement de la matière litigieuse. Une fois saisi, le juge a pour fonction de traiter la matière qui lui est soumise en respectant certains principes dont le caractère fondamental devrait conduire à une application indifférenciée, quelle que soit la décision en cause. Reste à vérifier que le droit spécial qui régit le recours étudié n'entraîne pas de perturbation à cet égard.

Ce traitement de la matière litigieuse doit permettre au juge de réunir les éléments nécessaires pour forger sa conviction. Sur cette base, il doit décider des suites à donner à ses constatations et dispose pour ce faire d'un panel plus ou moins large de pouvoirs. Toutefois, avant même de traiter du fond, il peut être sollicité pour faire obstacle au caractère exécutoire de l'acte ou de la décision objet de sa saisine ; ses pouvoirs sur ce plan sont d'une importance cruciale.

Ainsi, avant même de traiter la matière qui lui est soumise (2) en vue de la mise en œuvre des pouvoirs qui lui sont confiés (3), la Cour d'appel de Paris peut ainsi être saisie d'une demande tendant au prononcé du sursis à exécution des décisions de l'Autorité de la concurrence (1).

1. Le sursis à exécution des décisions de l'Autorité de la concurrence

325. Privilège du préalable et enjeu du caractère exécutoire de l'acte. La question du caractère exécutoire de l'acte coercitif objet d'un recours juridictionnel est cruciale. Le monde des affaires s'accommode souvent mal du temps judiciaire et l'exécution de certaines décisions peut avoir des effets quasi irrémédiables ; soit qu'elles emportent le paiement de sommes ou amendes si lourdes qu'elles mettent en péril l'activité de l'entreprise concernée, soit qu'elles

[1] Même arrêt, qui juge que l'entreprise est « irrecevable à invoquer avec force une meilleure prise en compte de ses efforts concrets et avérés […] destinés à rétabli le jeu normal de la concurrence ; qu'il s'est agi de l'exécution normale de son engagement vis-à-vis du Conseil ».

[2] V. par ex., qui semble opérer un contrôle de proportionnalité d'une décision prise au terme d'une procédure de clémence : CA Paris, 30 janvier 2014, n° 2012/00723, qui juge que c'est « sans commettre les erreurs d'appréciation qui lui sont imputées que l'Autorité a fixé le taux de réduction de sanction encourue par Henkel à 25% ». V. encore CA Paris, 23 mai 2017, n° 15/08224, (« cartel des yaourts ») spéc. § 662-667, qui juge que la fourchette fixée par l'Autorité (25-40%) est proportionnée et, en application de l'effet dévolutif de l'appel, fixe un pourcentage d'exonération compris dans cette fourchette (35%).

[3] Spéc. Partie II – Titre I – Chap. 1 – § II.

lui imposent la cessation ou l'adoption d'un comportement qui pourrait avoir un impact colossal sur son activité, voire sa survie. L'enjeu est encore plus important lorsque l'acte en cause est une décision administrative car en raison du privilège du préalable dont bénéficie l'administration[1], le principe est celui de son caractère directement exécutoire[2]. Avant même de traiter de la matière dont il est saisi au fond, le juge a donc un rôle crucial à jouer sur ce plan.

326. Caractère exécutoire des décisions de l'Autorité et droits de la défense. Témoignant de son importance, la question du caractère exécutoire des décisions coercitives de l'autorité indépendante en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence a, dès 1986, posé d'importantes difficultés.

Dès l'origine, le recours exercé devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité (ex-Conseil) de la concurrence a été privé d'effet suspensif[3] – ce qui constitue désormais le droit commun de l'appel civil[4]. Les décisions de l'Autorité sont par conséquent, dès lors prononcé et nonobstant l'exercice d'un recours, exécutoires. Prenant acte de ce caractère non suspensif du recours, le Conseil constitutionnel a censuré la version initiale de la loi de décembre 1986 organisant le transfert de compétence au profit de la Cour d'appel de Paris au motif que l'absence de possibilité pour l'entreprise sanctionnée d'obtenir le sursis à exécution de la décision objet du recours la privait d'une garantie essentielle des droits de la défense[5]. En réaction, le législateur a octroyé au premier président de la Cour le pouvoir de prononcer, sous conditions, le sursis à exécution des décisions faisant l'objet d'un recours.

327. Conditions du prononcé du sursis à exécution des décisions de l'Autorité. Le sursis à exécution des décisions de l'Autorité faisant l'objet d'un recours n'est prononcé que si leur exécution est susceptible d'entraîner des *conséquences manifestement excessives* ou si des *faits*

[1] Principe en vertu duquel l'acte adopté unilatéralement par une autorité administrative est, dès son adoption, revêtu d'un caractère exécutoire sans intervention préalable d'aucun juge (v. C. HAUUY, « La pérennité du privilège du préalable », *AJDA*, 2015, p. 2363). Ce privilège repose sur une forme de présomption de légalité de l'action et de l'acte administratifs. Certains ont parlé, par analogie avec l'autorité de chose jugée, « d'autorité de chose décidée » (v. l'étude complète de R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée,* LGDJ, 1969).

[2] Le Conseil d'État y a même vu « la règle fondamentale du droit public » : CE, ass.,12 juillet 1982 *Huglo* n° 25288.

[3] Art. L. 464-8, al. 2 C. com.

[4] À l'époque de la préparation et du vote de l'Ordonnance de 1986, le principe était celui du caractère suspensif de l'appel en matière civile (combinaison art. 514 et 539 anc. CPC). Ce principe a été remis en cause et la solution applicable dans le cadre de la compétence spécifique de la Cour d'appel de Paris rejoint désormais celle applicable en droit commun de l'appel depuis l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2020, du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 *réformant la procédure civile.* La réforme a mis fin au principe général de l'effet suspensif de l'appel en le restreignant désormais à de rares hypothèses (v. art. 514 à 524 CPC). La formule générale de l'art. 539 CPC est formellement maintenue mais elle est reléguée à une place de second rang par les art. 514 et s. CPC.

[5] Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, précitée, qui censure la proposition de loi adoptée le 20 décembre 1986 *transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

nouveaux d'une exceptionnelle gravité sont intervenus postérieurement à leur notification[1]. La demande doit en être adressée au premier président par voie d'assignation selon les modalités prévues en matière de référé d'heure à heure[2]. Elle doit comprendre plusieurs mentions prescrites à peine de nullité et être notifiée à l'Autorité et au ministre chargé de l'économie[3]. La Cour de cassation a récemment jugé que, bien qu'elles ne figurent pas parmi les destinataires de cette assignation, les parties saisissantes (devant l'Autorité de la concurrence) peuvent participer à l'instance devant le premier président et sont même recevables à exercer un pourvoi en cassation contre la décision par laquelle le sursis à exécution est ordonné[4] : à ce sujet aussi, le prétoire du juge est ainsi largement ouvert aux participants à la première procédure.

Le premier président peut prononcer par ordonnance le sursis à exécution de tout ou partie de la décision, dans l'attente que la formation collégiale tranche le recours au fond, si son exécution risque d'entraîner « des conséquences manifestement excessives » – cause classique de suspension de l'exécution provisoire[5] dont la preuve précise incombe au demandeur[6] – par exemple si la sanction est « de nature à altérer de manière grave et durable, sinon irréversible, le fonctionnement de l'entreprise et de compromettre de la sorte le maintien de l'emploi »[7]. L'appréciation porte alors sur le montant de l'amende prononcée en comparaison au chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient[8]. Le sursis est également octroyé si des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité sont intervenus depuis la notification de la décision, ce qui est conforme à l'esprit du Code de procédure civile et de la

[1] Pour les décisions ordonnant des mesures conservatoires : art. L. 464-7, al. 2 C. com. ; pour les décisions au fond : art. L. 464-8 al., 2 C. com. qui concerne uniquement celles prononçant directement une injonction ou une sanction pécuniaire (à l'exclusion, par exemple, de la sanction pécuniaire prononcée en cas de méconnaissance d'une injonction : CA Paris, 6 mars 1991, *Gaz. Pal.* 1991, 2, 520). Est exigée une démonstration concrète et chiffrée des excès irrémédiables qu'entraînerait l'exécution (CA Paris, 18 février 1999, ordonnance qui rejette la demande de sursis formulée contre la décision Cons. conc n° 98-D-70 du 24 novembre 1998).

[2] Art. R. 464-22 C. com. qui renvoie à l'art. 485, al. 2 CPC qui dispose : « si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés ».

[3] Art. R. 464-23 et R. 464-24 C. com.

[4] V. Com., 1er décembre 2021, n° 20-19738 : « Une entreprise qui a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles, à laquelle la décision est notifiée et qui est partie au recours formé contre la décision rendue par cette Autorité devant la cour d'appel de Paris, doit pouvoir former un pourvoi en cassation tant contre l'arrêt de la cour d'appel statuant sur ce recours que contre l'ordonnance du premier président qui statue sur une demande de sursis à l'exécution de la décision. Le pourvoi formé contre l'ordonnance doit être introduit dans le même délai que celui prévu pour former un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel ». Notons que la solution inverse vaut en procédure civile : sur les demandes de sursis à exécution des jugements de première instance, le premier président statue par décision insusceptible de pourvoi (art. 514-6 CPC).

[5] V. art 524, 2° CPC ancien (antérieur à l'entrée en vigueur du décret n° 2019-1333 qui renverse le principe de l'effet suspensif de l'appel en procédure civile) et l'actuel art. 526, al. 1er CPC (v. aussi art. 514-3, al. 1er CPC).

[6] N'est pas suffisante la seule invocation de résultats en baisse (CA Paris, 23 août 2002, *BOCCRF*, n° 16, 28 octobre 2002) ou déficitaires (CA Paris, 22 octobre 2002, *BOCCRF*, n° 17, 25 novembre 2002).

[7] CA Paris, 20 décembre 1990, *BOCCRF,* n° 26, 29 décembre 1990 (v. *CCC,* 1991, n° 60, obs. L. VOGEL).

[8] Com., 22 octobre 2013, n° 12-23486, qui juge que le premier président peut tenir compte, si les circonstances de l'espèce le justifient, de l'appartenance de la personne morale sanctionnée à un groupe pour apprécier si l'exécution de la sanction est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

jurisprudence[1]. Cette cause de suspension est strictement appréciée : est exigée la survenance de faits totalement imprévisibles, affectant directement la situation de l'entreprise qui les invoque. En outre, la Cour d'appel de Paris, témoignant d'un « syncrétisme processuel », a fait application d'une autre cause de suspension de l'exécution provisoire[2], alors issue du droit commun[3], tenant à la « violation manifeste du principe du contradictoire ».

L'observation de cet état du droit et de la jurisprudence conduit au constat suivant : aucune condition à l'octroi de ce sursis n'est relative à un quelconque doute quant à la légalité de la décision litigieuse que devrait établir le demandeur[4]. C'est pourtant une condition classique de l'octroi d'un tel sursis en contentieux administratif en raison de l'atteinte à la présomption de légalité attachée à l'activité administrative qu'elle emporte. Une voie spécifique est ainsi organisée et semble, plus que jamais, proche du droit commun du procès civil[5]. En pratique, elle est largement sollicitée par les entreprises condamnées et le juge n'hésite pas à mettre en œuvre les pouvoirs qui lui sont confiés[6] ; parfois pour faire échec au caractère exécutoire d'injonctions et/ou sanctions d'envergure[7]. Vient ensuite le temps du traitement du fond.

---

[1] Nous prendrons ici deux illustrations : dès lors que l'on permet au juge des référés de modifier son ordonnance en cas de « circonstances nouvelles » (art. 488 CPC) ou que la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée ne joue pas lorsque des faits nouveaux sont invoqués au soutien d'une prétention (art. 1355 C. civ. tel qu'interprété par Ass. plén., 7 juillet 2006 *Césaréo,* n° 04-10672 et Civ. 3ème, 25 avril 2007, n° 06-10662 et, réaffirmé par : Civ. 1ère, 9 juin 2017, n° 16-17298, qui exige que le demandeur invoque des « faits distincts et postérieurs »), il est du même esprit de permettre un réexamen rapide et efficace d'une situation qui a connu des évolutions. Il est alors cohérent de suspendre l'exécution d'une décision dont le réexamen est à venir dès lors que la situation qui a conduit à son prononcé a été modifiée par la survenance de faits nouveaux d'une « exceptionnelle gravité ».

[2] CA Paris, 23 janvier 2007, n° 2006/21198, sur lequel v. *RLC,* n° 2007/11, n° 778, obs. C. NOURISSAT.

[3] Art. 524, al. 4 ancien CPC.

[4] Notons néanmoins que dans certaines décisions la Cour de Paris a semblé, pour trancher une demande de sursis, s'interroger sur le point de savoir si « la décision n'est pas sérieusement menacée d'annulation […] de sorte que son exécution […] serait de nature à engendrer des conséquences manifestement excessives » au sens de l'art. L. 464-8 C. com. (CA Paris, 23 janvier 2007, précité). On peut y voir l'ajout d'une condition du prononcé du sursis assez proche du « doute sérieux » sur la légalité de l'acte qui existe pour le référé suspension en contentieux administratif (v. G. DECOCQ, « Un nouveau moyen d'obtenir le sursis à exécution d'une décision du Conseil de la concurrence ? », *CCC,* n° 4, avril 2007, comm. 97). Reste que cette exigence ne découle pas des textes et n'est pas systématiquement requise par les juges.

[5] Ce qui remet en cause l'analyse de certains qui voyaient dans cette absence d'effet suspensif du recours devant la Cour d'appel de Paris « l'effet le plus conséquent […] et celui qui se démarque le plus de la procédure civile » : J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 603 ; v. déjà F. LE FICHANT, « Compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris », *JCl. proc. civ.,* n° 395, janvier 1997.

[6] Il en userait d'ailleurs de plus en plus selon l'analyse de praticiens : M. THILL-TAYARA, L. BARY, article précité.

[7] V. encore la décision n° 19-D-23 du 24 octobre 2018 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture* : l'Autorité inflige une amende à une entreprise et lui enjoint de modifier son réseau de distribution pour mettre fin à l'interdiction de vente en ligne qui résulterait d'une clause contractuelle. L'entreprise saisit le premier président de la Cour de Paris en vue de faire surseoir à l'exécution de la seule décision d'injonction. Il est fait droit à cette demande au motif que l'exécution aurait des conséquences manifestement excessives pour l'entreprise (CA Paris, 23 janvier 2019, n°18/26546).

2. Le traitement de la matière litigieuse

328. Gros plan : le recours aux mesures d'instruction et la protection du secret d'affaires. Plusieurs des prérogatives et obligations du juge saisi du recours à l'étude ont déjà été évoquées[1]. Il est vain d'y revenir tout comme il serait sans intérêt de prétendre à l'exhaustivité en répertoriant l'intégralité des pouvoirs dont disposent les différents juges susceptibles d'être saisis des recours étudiés quant à l'instance et au traitement de la matière litigieuse.

Certains de ces pouvoirs méritent toutefois une attention particulière. Nous en avons retenu deux : le premier pour son impérieuse utilité dans ce contentieux technique de la concurrence – il s'agit du choix fait par le juge de procéder ou de faire procéder à des mesures d'instruction – le second, non moins crucial, car il a fait l'objet de tergiversations puis de modifications récentes, tant en droit spécial qu'en droit commun – il s'agit du contrôle relatif à la protection du secret d'affaires. Parce qu'ils sont centraux et pas à l'abri de faire l'objet de variations selon qu'ils sont mis en œuvre par une juridiction ou par une autre, de surcroît lorsqu'elles relèvent d'ordres différents, ces pouvoirs sont de précieux outils pour mener notre analyse comparative.

À ce stade, il convient donc de s'intéresser particulièrement aux principes qui encadrent le recours aux mesures d'instruction par la Cour d'appel de Paris saisie, sur recours, d'un acte coercitif de l'Autorité de la concurrence (a), avant d'exposer les moyens et procédures par lesquels est assurée la protection du secret des affaires dans ce cadre (b).

a. Recours aux mesures d'instruction par la Cour d'appel de Paris

329. Direction de l'instruction : pouvoir indispensable à la bonne construction du litige. Quel qu'en soit l'objet, l'instruction occupe « une place centrale dans l'instance »[2]. Si les parties sont en principe seules décisionnaires quant au choix des éléments qui y sont intégrés, le juge – administratif mais pas que – participe activement, par son pouvoir de direction, à la « construction » du litige[3]. Dans notre champ, il a, parfois, notamment recours à des techniques permettant un échange direct avec les parties, organisant ainsi une forme d'instruction concertée[4]. Bien qu'efficaces, ces échanges, sur lesquels nous reviendrons, peuvent s'avérer insuffisants, notamment sur le terrain technique. Le juge dispose alors du pouvoir de recourir à

[1] V. *supra* les éléments relatifs au principe dispositif, à la soumission du juge à un principe de neutralité, les pouvoirs dont il dispose de relever d'office des moyens d'ordre public, de fixer le rythme de l'instance etc.
[2] C. BROYELLE, *Contentieux administratif,* LGDJ, 10e éd. (2022-2023), 2022, n° 252.
[3] *Ibid.*
[4] C'est notamment le cas du juge administratif qui recourt à des mesures « en marge » de ce que prévoit la loi, faisant ainsi œuvre « d'imagination prétorienne concernant le prononcé de mesure d'instruction », M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 836. Nous y reviendrons.

des mesures d'instruction souvent indispensables à la mise en œuvre de son contrôle approfondi à l'égard des décisions de l'Autorité de la concurrence.

330. Recours aux mesures d'instruction : pouvoir indispensable à l'exercice d'un contrôle approfondi. En effet, les décisions de l'Autorité reposent sur des analyses économiques complexes[1] sur lesquelles la Cour de Paris doit opérer un contrôle approfondi. Or en la matière « l'expertise économique est […] au cœur même du droit »[2] ; sa mise en œuvre, « qui rend nécessaire l'intégration de l'analyse économique dans la logique du raisonnement juridique suppose [donc] une étroite collaboration entre l'économiste et le juge »[3].

Conduit à manier des concepts économiques dénués de définition juridique précise et à apprécier la justesse et la validité du raisonnement mené par l'autorité auteur de l'acte à l'aune des critiques formulées par les parties[4], le juge – qui n'est pas économiste et n'a aucune vocation à l'être[5] – dispose d'outils procéduraux ayant vocation à lui permettre de porter une appréciation éclairée. De nouveau, sur ce plan, le recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence occupe une place à part du fait des dispositions spécifiques dont il fait l'objet. À l'inverse, c'est sur la base du seul droit commun que cette question est résolue dans le cadre du recours exercé contre les actes d'autres autorités, sur lesquels nous reviendrons.

331. Mesures d'instruction et recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence : craintes relatives au principe d'impartialité. Pour rappel, il est fait application, devant la Cour, des dispositions du Code de procédure civile non expressément écartées par le Code de commerce. Ainsi en est-il des articles 143 et suivants qui permettent au juge d'ordonner, à la demande des parties ou d'office, toute mesure légalement admissible tendant à faire établir la preuve de faits dont dépend la solution du litige. À titre d'illustration, bien que son efficacité

[1] Dans ses décisions, l'Autorité expose des analyses économiques poussées tendant, notamment, à apprécier les caractéristiques et évolutions du secteur concerné, à délimiter puis analyser le marché pertinent, à étudier l'offre et la demande sur ce marché, à mesurer l'impact des pratiques poursuivies sur ce même marché et le préjudice causé aux concurrents voire au consommateur final etc. Rappelons que l'expertise de cette autorité indépendante est l'une des raisons essentielles de sa création. Sur l'importance de l'analyse économique en droit de la concurrence v. not. les études complètes de C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, thèse Paris X, 2006 et A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008. Sur nos propositions pour permettre au juge de s'en saisir v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1.

[2] G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », précité et C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, p. 215 ; « L'apport du droit de la concurrence au droit économique », *RTD eur.,* 1987, p. 557.

[3] G. CANIVET, article précité ; v. aussi du même auteur « Le juge et l'autorité de marché », *RJCom.,* 1992, p. 185.

[4] G. CANIVET, articles précités ; L. CADIET, S. GUINCHARD, « Les enjeux de la justice et de l'économie », *Justices,* n° 1995/1, p. 4.

[5] G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », précité.

dans le champ de la concurrence fasse l'objet de débats[1], le recours à l'expertise est régulier et porte sur des éléments variés[2]. Pour pallier l'importante asymétrie d'informations et de moyens entre l'Autorité et la Cour de Paris, ces mesures d'instruction sont parfois confiées, par cette dernière, à des autorités gouvernementales[3] ou européennes. Cette pratique fera l'objet d'amples développements et de propositions dans le second temps de notre recherche. Pour le reste, hormis les questions relatives à la protection du secret d'affaires[4], ce recours aux mesures d'instruction de droit commun n'appelle, à ce stade, pas davantage de commentaires.

Plus problématique est la question du dépôt d'observations par les autorités de concurrence nationale et européenne. La Commission peut en effet déposer des observations sans nécessairement obtenir l'autorisation de la Cour[5], ce qui a été qualifié de processus « interventionniste »[6]. Mais surtout, bien qu'elle soit systématiquement partie au recours dont font l'objet ses décisions, l'Autorité de la concurrence peut toujours – à l'instar du ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie – déposer des observations écrites ou orales devant la Cour[7]. Cette faculté a été critiquée au regard des principes d'impartialité et d'égalité des armes.

Il est surprenant – surtout dans le procès civil[8] – que l'autorité auteur d'un acte objet d'un recours soit à la fois partie audit recours et consultée par le juge, à la manière d'un tiers, pour sa compétence technique. Des garanties sont prévues et la jurisprudence juge qu'elles suffisent

---

[1] V. G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », précité ; M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anti-concurrentielles », *LPA*, 20 janvier 2005, n° 14, p. 37.

[2] Par ex. : CA Paris, 28 septembre 1993, *BOCCRF*, n° 16, 15 octobre 1993, qui ordonne une expertise pour recueillir les éléments statistiques permettant de délimiter le marché d'un produit.

[3] V. déjà : CA Paris, 16 novembre 1989*, BOCCRF*, n° 20, 18 novembre 1989, qui confie au directeur de la DGCCRF l'exécution d'une mesure de constat sur fondement des art. 249 et s. CPC. Pourrait déjà être posée une question quant à l'impartialité du directeur de la DGCCRF pour pratiquer une telle mesure, celui-ci étant représentant du ministre de l'Économie dans les recours contre les décisions définitives de l'Autorité et représentant de l'Autorité, en sa qualité de commissaire du Gouvernement, dans les recours contre les décisions de mesures conservatoires. V. *supra*, n° 292.

[4] Sur lesquelles v. *infra.*

[5] V. *supra*, n° 294 et art. 15 (3) du règlement n° 1/2003 précité. L'intervention par dépôt d'observations écrites peut être « imposée » à la juridiction qui doit en revanche autoriser la formulation d'observations orales à l'audience. V. aussi Communication n° 2004-C 101/04 du 27 avril 2004 précitée.

[6] E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence », précité.

[7] Art. R. 464-18 et R. 464-19 C. com. des conditions de délai et de forme encadrent la formulation de ces observations et leur communication aux parties.

[8] V. en matière disciplinaire : Civ. 1ère, 10 septembre 2015, n° 14-10111, sur lequel v. *Procédures,* 2015, n° 320, obs. Y. STRICKLER et *RTD civ.*, 2017, n° 176, obs. N. CAYROL : qui juge que « l'exigence d'un procès équitable, au regard des principes d'égalité des armes et d'impartialité du juge, impose *qu'une juridiction disciplinaire de première instance ne soit pas partie au recours contre ses propres décisions »* et censure au visa de l'art. 6 Conv. EDH un arrêt d'appel qui avait accepté que le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques dépose des observations dans le cadre de l'instance de recours contre l'une de ses décisions. La différence tient à ce que le Conseil est qualifié de juridiction par la Cour, qualification qu'elle refuse d'appliquer à l'Autorité de la concurrence (v. par ex. : CA Paris, 2 février 2017, n° 13/13058, spéc. § 15 « elle n'a toutefois pas la nature d'une juridiction, mais d'une autorité administrative » et encore : Com., 30 septembre 2021, n° 20-18672). Tout cela ne manque néanmoins pas d'ambiguïté.

à assurer un procès équitable. Il s'agit, d'une part, de la faculté offerte aux parties de répliquer aux observations[1] et, d'autre part, de l'interdiction faite à l'Autorité d'évoquer des éléments qui ne figuraient pas dans la procédure initiale. Ses observations ne doivent servir qu'à éclairer la Cour sur des points de fait et de droit inclus dans la procédure et ne sauraient, par exemple, tendre à y ajouter de nouveaux griefs non visés par la décision débattue[2]. Des praticiens avancent néanmoins que l'Autorité ne peut, en pratique, éclairer la Cour de manière parfaitement impartiale : en exposant sa seule appréciation, elle serait nécessairement amenée à appuyer et donc à défendre sa décision en dehors des délais et formes requis pour ce faire[3].

Bien que ce schéma puisse paraître plus commun en contentieux administratif, il nous semble que seule la qualité de partie – et les obligations qui en découlent – devrait être reconnue à l'Autorité de la concurrence pour venir « défendre son acte ». En droit interne, la figure de l'*amicus curiae* sur laquelle semble reposer ce dispositif correspond mal à l'autorité dont l'acte fait l'objet du recours[4]. S'il est louable de permettre au juge d'être éclairé du savoir d'autorités spécialisées, il n'est pas souhaitable que ce rôle soit endossé par l'autorité dont la légalité de l'acte est débattue ; nous y reviendrons dans le second temps de notre recherche. Intéressons-nous pour le moment au second aspect crucial de cette phase de traitement de la matière litigieuse par le juge de recours : la protection du secret des affaires.

b. Garantie de la protection du secret d'affaires par la Cour d'appel de Paris

332. Protection du secret des affaires devant l'Autorité et contrôle du juge. Le contentieux de la concurrence ne peut se passer d'une solide réflexion relative à la protection du secret des affaires. Sa résolution commande souvent que soient versées aux débats des pièces susceptibles d'être couvertes par un tel secret[5]. Or « aujourd'hui, la valorisation d'une entreprise – de la plus

[1] Com., 27 janvier 1998, n° 96-11080.
[2] CA Paris, 4 juillet 2006 sur décision n° 05-D-59.
[3] O. FRÉGET, intervention lors d'un cycle de séminaires organisé par l'IRJS et consacré au thème « Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation », deuxième séance du 14 février 2018 consacrée au contrôle des décisions en droit de la concurrence et financier.
[4] V. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1 – Sect. 1.
[5] Dans son rapport annuel pour 2001, le Conseil de la concurrence explique que « les informations relevant du secret des affaires peuvent être circonscrites comme étant celles dont la divulgation ou la transmission à un tiers peuvent gravement léser les intérêts de l'entreprise qu'elles concernent. Il s'agit, par exemple, d'informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à la structure de ses coûts, à ses prix, à ses secrets et procédés de fabrication, à ses sources d'approvisionnement, à son organisation interne, à sa part de marché ainsi qu'à toutes données sensibles d'ordre commercial ». En droit positif, l'art. L. 151-1 C. com. dispose qu'est « protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :
1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;

petite à la plus grande, qu'elle soit publique ou privée – dépend étroitement de la préservation de ses savoir-faire, de sa stratégie industrielle et commerciale et en définitive de son potentiel d'innovation, et ce, en dehors de la protection par brevet »[1]. L'enjeu est de taille. L'équilibre est délicat à trouver entre droits de la défense et poursuite de la manifestation de la vérité d'une part et droit à la protection du secret des affaires, lequel découle du droit au respect de la vie privée, d'autre part. En outre, la question de la protection d'un tel secret fait partie de celles qui ne peuvent attendre : une fois dévoilé, le secret n'en est plus un et toute protection en aval devient illusoire.

Dès 1986, le réformateur a intégré cette problématique[2] en confiant au président du Conseil de la concurrence un pouvoir d'appréciation et de décision en la matière. Ce pouvoir a ensuite été confié au rapporteur général de l'Autorité qui peut refuser la communication ou la consultation de certaines pièces dans leur version confidentielle, sauf à ce qu'elle soit nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense par une partie en cause (art. L. 463-4 C. com.)[3]. Un recours juridictionnel a dès l'origine été organisé contre les décisions prises par le rapporteur général. Ce recours accessoire – qui ne peut être exercé qu'avec celui engagé contre la décision de l'Autorité sur le fond[4] et relève, par conséquent, de la compétence de la seule Cour d'appel de Paris – était initialement seul ouvert, quel qu'ait été le sens de la décision du rapporteur général. En 2014, soucieux de rendre plus effective la protection du secret des affaires, le Conseil d'État a imposé qu'un recours immédiat soit ouvert contre les décisions par lesquelles le rapporteur en refuse l'octroi (« refus de classement ») ou en ordonne la levée (« déclassement »)[5]. L'exécutif a rapidement répondu à l'injonction[6]. Mais, se désintéressant de cet aspect et faute

3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

[1] N. LENOIR, « La consécration d'un nouveau contentieux autonome des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de levée des secrets d'affaires », *RLDA*, n° 2015/105, n° 5630.

[2] V. A. POTOCKI, « Brèves observations sur la protection des secrets d'affaires dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 13 février 1997, p. 268.

[3] Seule une partie en cause – à l'exclusion de la partie saisissante donc – peut invoquer les droits de la défense pour contester une décision d'octroi ou de maintien du secret d'affaires : Com., 19 janvier 2016, 14-21670 ; « ni le droit à un recours effectif ni le principe de la contradiction n'impliquent que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à préserver dans le cadre de la procédure ouverte par l'Autorité sur sa saisine […] puisse obtenir la communication de documents couverts par le secret des affaires concernant la personne qu'elle a mise en cause, ni qu'elle puisse contester la décision de protection du secret des affaires prise à ce titre ».

[4] Art. R. 464-29 C. com.

[5] CE, 10 octobre 2014 *Synd. national des fabricants d'isolants et laines minérales manufacturées (FILMM)*, n° 367807, qui censure le texte alors en vigueur (art. R. 464-29 anc. C. com.) sur fondement d'une atteinte injustifiée au droit au recours effectif et enjoint au Premier ministre de l'abroger « en tant que cet article vise les décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret ».

[6] Décret n° 2015-521 du 11 mai 2015 *relatif aux décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en matière de protection du secret des affaires,* qui modifie la formule de l'art. R. 464-29 pour que seules les

de lui avoir consacré une disposition spécifique, il a fait émerger d'importants doutes quant au juge compétent pour connaître de ce nouveau recours.

333. Tergiversations autour du juge compétent. Le recours immédiat contre les décisions par lesquelles le rapporteur général refuse la protection du secret ou lève une protection accordée ne figurait pas parmi ceux expressément transférés à la Cour d'appel de Paris. Le Conseil d'État s'est par conséquent reconnu compétent[1]. Cela imposait à la partie mise en cause, qui estimait que son secret était menacé, de saisir la Haute juridiction administrative alors qu'elle devait, en parallèle, saisir la Cour d'appel de Paris d'un recours contre la décision rendue, sur le fond, par l'Autorité de la concurrence. Cet éclatement coûteux et chronophage n'était de surcroît pas satisfaisant sur le terrain judiciaire : la Cour de Paris se trouvait privée d'une partie des éléments du dossier et de la procédure pourtant nécessaires à une pleine appréhension du recours. En outre, un risque évident de contrariété de décisions avait été créé[2]. On peut y voir une énième reconquête prétorienne, de nouveau permise par l'abstention du législateur et produisant encore les mêmes effets néfastes sur l'administration du contentieux de la concurrence. Une contestation unanime a contraint le législateur à intervenir.

334. Unification du contentieux du secret d'affaires au sein de la Cour de Paris. On retrouve l'une des convictions fondamentales de notre étude, partagée par d'autres : « dans la perspective d'une bonne administration de la justice, le fait de scinder de la sorte le contentieux entre la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'État ne paraissait guère judicieux »[3]. Le législateur est opportunément intervenu pour rétablir le bloc de compétence au profit de la Cour d'appel de Paris[4]. Celle-ci connaît désormais, sur recours, des décisions accordant la protection du secret ou refusant le déclassement et de celles ordonnant le déclassement ou refusant la

---

décisions de classement ou de refus de déclassement soient concernées par le recours différé. *A contrario*, les décisions ordonnant le déclassement ou refusant le classement peuvent faire l'objet d'un recours autonome.
Cette différence est justifiée par le fait que les premières décisions (refus de levée du secret) créent le risque d'une atteinte au principe du contradictoire qui pourra donner lieu, *in fine*, à l'annulation rétroactive et, donc, « ne justifie pas une réaction immédiate des juridictions ». À l'inverse, les secondes sont susceptibles de causer une atteinte irréversible au droit au respect de la vie privée et justifient par conséquent l'instauration de ce recours immédiat (v. à ce sujet I. LUC, « Le rôle de la cour d'appel de Paris dans le contentieux de la concurrence : la citadelle assiégée ? », *AJCA,* 2014, p. 386).

[1] En se fondant, faute de texte spécifique, sur l'art. R. 311-1 CJA. Certains y ont vu « une application orthodoxe du principe de la compétence réservée du juge administratif », relevant néanmoins un risque de « complexification de ce contentieux », (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 975).

[2] L'appréciation faite par le Conseil d'État en cours de procédure et celle que pouvait être conduite à faire la Cour d'appel de Paris saisie de la décision rendue au fond par l'Autorité pouvaient diverger. Enfin, le sort de la procédure conduite devant l'Autorité était incertain dès lors que le Conseil d'État avait annulé une décision de levée du secret.

[3] A. RONZANO, « Communication des pièces : le gouvernement publie au JO le décret organisant le recours ouvert devant la Cour d'appel de Paris à l'encontre des décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refusant la protection du secret des affaires ou levant la protection précédemment accordée », *Concurrences,* n° 3-2017, art. n° 84820.

[4] Art. 96 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle.*

protection du secret[1] : les premières accessoirement au recours engagé, au fond, contre la décision de l'Autorité[2] ; les secondes par un recours autonome porté devant son premier président selon des modalités qu'il convient d'exposer brièvement[3].

335. La procédure sur recours immédiat devant le premier président. La procédure du recours autonome a été organisée par un décret du 5 mai 2017[4] qui écarte les dispositions du Code de procédure civile[5] et prévoit une procédure accélérée et formaliste[6]. Le recours n'est pas suspensif, ce qui n'est pas sans danger eu égard à l'enjeu et au caractère irrémédiable de la communication d'une information qui serait ensuite reconnue comme étant couverte. Une demande de sursis à exécution peut être adressée au premier président ; son importance pratique est cruciale[7].

Ce régime n'est pas des plus satisfaisants : c'est au juge de l'évidence et de l'excès[8] qu'est confié le contrôle de l'effectivité de la protection d'informations souvent cruciales, ce qui crée le risque de la rendre exceptionnelle ou dérogatoire. Surtout, l'absence d'effet suspensif crée le risque que son intervention se fasse à contretemps, une fois « le mal fait » et le secret dévoilé. En tout état de cause, eu égard à l'impact qu'est susceptible d'avoir la décision du premier président sur le débat probatoire qui se tient devant l'Autorité, la procédure ne doit pas s'éterniser. Les délais sont brefs, y compris pour le premier président qui doit, sous un mois, rendre une ordonnance susceptible de pourvoi sous dix jours à compter de sa notification[9].

---

[1] Notons par ailleurs que le Tribunal des conflits est récemment intervenu pour juger que les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour connaître d'une demande tendant à enjoindre à l'Autorité de la concurrence de republier l'une de ses décisions en supprimant les atteintes au secret d'affaires que comportait la première version publiée (TC, 5 octobre 2020, n° 4193). En l'espèce, la société Google voulait faire enjoindre à l'Autorité de republier une décision de mesures conservatoires car figuraient dans la version initialement publiée des éléments que le rapporteur général avait admis à la protection du secret d'affaires. Après que la Cour d'appel de Paris a décliné sa compétence, le Conseil d'État a décliné la sienne puis renvoyé l'affaire au Tribunal.

[2] Art. R. 464-29 C. com.

[3] Art. L. 464-8-1 C. com.

[4] Décret n° 2017-823 du 5 mai 2017 *relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence et aux recours exercés devant le premier président de la cour d'appel de Paris contre certaines décisions du rapporteur général de l'autorité de la concurrence*.

[5] Art. R. 464-24-1 C. com.

[6] V. art. R. 464-24-3 et s. C. com. Cette procédure suit les mêmes formes et délais que la procédure de recours contre les décisions portant sur les mesures provisoires. À peine de nullité, l'assignation doit mentionner l'objet du recours et un exposé des moyens. À peine de caducité relevée d'office elle doit être délivrée, le cas échéant, à la partie mise en cause ayant sollicité, pour l'exercice de ses droits, l'accès à une pièce couverte par le secret dans le délai fixé par le premier président. Elle doit aussi l'être au rapporteur général qui est systématiquement partie à l'instance dont sa décision est l'objet (art. R. 464-24-2). Sous la même sanction, elle doit être déposée en triple exemplaire au greffe de la Cour dans les cinq jours qui suivent sa signification (art. R. 464-24-3)

[7] Art. 464-24-4 C. com. Le premier président peut prononcer un sursis à exécution en cas de risque de « conséquences manifestement excessives ». Sur les modalités de la demande de sursis à exécution, en l'absence de spécificité notoire, nous renvoyons simplement aux art. R. 464-24-5 et R. 464-25-6 C. com.

[8] L'art. R. 464-24-4, al. 2 C. com. vise bien des conséquences « manifestement excessives ».

[9] Art. R. 464-24-3, al. 6 C. com.

336. Pouvoirs de la Cour ou du premier président, garants de la protection du secret d'affaires. Ces recours permettent l'exercice, par la formation collégiale de la Cour ou par son seul président, d'un plein contrôle des modalités par lesquelles la protection du secret d'affaires et des droits de la défense a été assurée par l'Autorité de la concurrence. À l'instar des autres recours exercés contre les décisions de cette dernière, ils peuvent tendre à l'annulation et/ou à la réformation de la décision du rapporteur général ; soit immédiatement après son prononcé[1], soit concomitamment au recours exercé contre la décision sur le fond[2]. Le juge doit veiller à ce que le rapporteur général ait porté une appréciation régulière et motivée des intérêts en présence et, le cas échant, substituer sa propre appréciation à celle qui avait été portée par ce dernier[3]. Dans ce cadre, la Cour de cassation invite notamment à contrôler que le rapporteur motive rigoureusement ses décisions[4]. Il s'agit donc, sans nul doute et comme c'est le principe pour tout recours exercé contre les décisions coercitives de l'Autorité, d'un contrôle approfondi susceptible de donner lieu à l'exercice d'un pouvoir de réformation.

3. Le dénouement du recours : annulation, réformation, dévolution…substitution ?

337. Décision au fond. Une fois qu'il a pleinement appréhendé le recours dont il est saisi et procédé aux actes nécessaires à son information et à sa bonne compréhension du litige, arrive pour le juge le temps de se prononcer sur le fond. Pour ce faire, outre la faculté de rejeter les recours qu'il estime irrecevables ou infondés – qui n'appelle pas de commentaire particulier – le juge dispose d'un panel de pouvoirs auquel il convient désormais de s'intéresser.

En premier lieu, dans le cadre du recours à l'étude, la Cour de Paris dispose d'un pouvoir commun à tout juge saisi des différents recours que nous envisagerons au cours de l'étude : elle peut toujours prononcer l'annulation de l'acte de l'Autorité de la concurrence soumis à son contrôle dès lors qu'elle en constate l'irrégularité (a). Elle dispose en outre d'un pouvoir, supposé plus large et efficace, de réformer cet acte (b). Par-delà cette présentation objective, la manière dont la Cour procède à l'articulation et met en œuvre ces différents pouvoirs a fait l'objet de nombreux commentaires, débats et interrogations. Il nous faudra en rappeler rapidement les termes pour tenter de répondre à l'interrogation fondamentale qui les anime : la

[1] Art. L. 464-8-1 C. com. pour les décisions de refus de classement ou ordonnant le déclassement.
[2] Art. R. 464-29 C. com. pour les décisions refusant le déclassement ou ordonnant le classement.
[3] Sur les pouvoirs d'annulation et de réformation de la Cour d'appel v. *infra.*
[4] Com., 29 janvier 2020, n° 18-11725, A. RONZANO, « Secret des affaires : la Cour de cassation impose au rapporteur général de l'Autorité de motiver concrètement la levée de la protection accordée au titre du secret des affaires », *Concurrences,* n° 2-2020, art. n° 93440.

Cour d'appel de Paris se serait-elle reconnue, au fil de sa jurisprudence, un pouvoir de substituer ses propres appréciations et décisions à celles erronées de l'Autorité de la concurrence (c) ?

a. Le pouvoir d'annulation de la Cour d'appel de Paris

338. Annulation de l'acte illégal : pouvoir commun, mise en œuvre mesurée. Le juge administratif, qu'il soit saisi d'un recours pour excès de pouvoir ou en plein contentieux, dispose toujours du pouvoir d'annuler l'acte administratif illégal. La Cour d'appel de Paris, dans le cadre de sa compétence spéciale, bénéficie du même pouvoir[1] et sa mise en œuvre n'appelle *a priori* pas de commentaire particulier : si l'acte qui lui est soumis est irrémédiablement vicié et/ou que les conditions de sa réformation ne sont pas réunies[2], la Cour se contente d'en prononcer purement et simplement la nullité. Reste qu'en raison des effets radicaux qu'elle emporte, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir, le prononcé de cette seule nullité est relativement rare[3]. Elle est le plus souvent délaissée au profit de la réformation ou accompagnée de celle-ci[4], cette dernière hypothèse ayant donné lieu à des interrogations.

339. Annulation, effet dévolutif et réformation : un « contentieux de l'annulation se fondant dans le contentieux de la réformation » ?[5] La Cour de cassation pousse fortement la Cour d'appel de Paris à se saisir du fond des affaires qui lui sont soumises dans le cadre de sa compétence spéciale. Ainsi, l'incite-t-elle[6], voire la contraint-elle[7], lorsqu'elle est dans mesure de le faire et au besoin après avoir ordonné des mesures d'instruction, à statuer sur le fond après avoir prononcé la nullité d'une décision de l'Autorité. Cela quand bien même elle n'aurait été saisie que de conclusions en annulation. Observant cette jurisprudence, un auteur a conclu que « la Cour d'appel de Paris s'éloigne […] considérablement du juge administratif de l'annulation » en ce que celui-ci, lorsqu'il statue sur un recours pour excès de pouvoir, reste

---

[1] V. notamment art. L. 464-8 C. com. Notons toutefois que le détour par le contentieux administratif et le renvoi à cette compétence spéciale de la Cour ne sont pas indispensables. Toute cour d'appel dispose, dans son office classique, du pouvoir d'annuler l'acte – en principe juridictionnel – soumis à son appréciation (art. 542 CPC).

[2] Sur les effets indésirables de l'annulation, le mouvement d'évitement dont elle fait l'objet et les outils développés pour ce faire v. *infra,* Partie II – Titre I – chap. 2 – Sect. 2.

[3] Aucun arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris ni même, d'ailleurs, par la Cour de cassation sur les années 2019 et 2020 ne prononce l'annulation d'une décision de l'Autorité de la concurrence.

[4] Cela s'explique par deux facteurs : il est rare que les irrégularités affectant la procédure et/ou la décision de l'Autorité soient telles qu'elles rendent impossible une réformation. Or, dès lors qu'elle est en mesure de le faire, quand bien même elle n'aurait été saisie que d'une demande en annulation, la Cour de cassation impose à la Cour d'appel de Paris de procéder à la réformation de l'acte irrégulier (v. *infra*).

[5] J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 805 et s.

[6] V. Com., 30 mai 2000, n° 99-17038 ; Com., 13 juillet 2004, n° 03-11280. Cette faculté de la Cour résulterait d'une lecture combinée des art. L. 464-8 C. com., 561 et 562 CPC.

[7] Com., 27 septembre 2005 *Béton prêt à l'emploi*, n° 04-16677, qui juge que, lorsqu'elle annule une décision du Conseil de la concurrence, la Cour d'appel de Paris est tenue de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties tendant à l'annulation de l'enquête et de l'instruction ayant conduit à la décision annulée mais également, le cas échéant, sur les griefs notifiés et maintenus par le rapport.

« enfermé » dans son seul pouvoir d'annulation[1/2]. Il y aurait là une forme de fusion – ou de confusion – entre contentieux (et pouvoirs du juge) de l'annulation et contentieux (et pouvoir du juge) de pleine juridiction ou de la réformation. L'incise méritait d'être faite à ce stade, nous réservons néanmoins ce point sur lequel nous reviendrons car il est lié à la conception que chaque juge a de son propre office dans le contentieux étudié. Auparavant, intéressons-nous à ce pouvoir de réformation expressément confié à la Cour d'appel de Paris.

b. Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris

340. Un pouvoir réservé au juge du plein contentieux. La doctrine de contentieux administratif distingue le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux en insistant sur deux éléments qui les opposent. Le premier concerne le moment auquel le juge doit se placer pour apprécier la demande et statuer : dans le recours pour excès de pouvoir, le juge doit en principe se placer au jour de l'adoption de l'acte dont la nullité est sollicitée[3]. Dans le plein contentieux, il doit se placer au jour où il statue et tenir compte de tous les éléments postérieurs à l'adoption ou à la naissance de l'acte ou de la situation litigieux. Le second tient aux pouvoirs du juge : alors que le juge de l'excès de pouvoir ne peut, en principe, que rejeter la requête ou prononcer l'annulation de l'acte qui en est l'objet[4] ; le juge du plein contentieux dispose d'un

[1] J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 831.

[2] Annulation qu'il peut néanmoins limiter (annulation partielle) ou accompagner d'un renvoi à l'auteur de l'acte vicié qui, selon la motivation de sa censure par le juge, peut se trouver quelque peu contrainte de « refaire » l'acte dans les conditions posées par le jugement. C'est le renvoi « pour être prise telle mesure que de droit ».
La possibilité de prononcer une annulation partielle a été assimilée à une forme de pouvoir de réformation (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* précité, n° 1121) et le renvoi après annulation décrit comme signe d'un rapprochement entre juge de l'annulation et juge du plein contentieux (v. déjà A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif,* LGDJ, t. 1, 15e éd., 1999, n° 744). Enfin, le juge administratif dispose d'importants pouvoirs d'injonction, qu'il peut aujourd'hui mettre en œuvre d'office (art. L. 911-1 et L. 911-2 CJA tels que modifiés par la loi du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*) et qui lui permettent d'imposer un certain type de comportement aux plus hautes autorités administratives (par ex. : CE, 9 juillet 2014 *M. A… et autres*, n° 345253, 352987, 373610, qui enjoint au Premier ministre d'adopter les décrets nécessaires à l'application d'une loi). Nous reviendrons sur tout cela *infra.*

[3] CE, 6 mars 1989 *Sté de Bourse JFA Buisson c. CCFIP*, n° 98570. Des évolutions sont néanmoins en cours en jurisprudence, notamment en matière de régulation où le Conseil d'État reconnaît au juge, sous certaines conditions, de tenir compte d'éléments survenus postérieurement à l'adoption de l'acte objet du recours. Nous y reviendrons plus en détail *infra.*

[4] F. BLANCO, *Contentieux administratif,* précité, n° 407 : « le juge de l'excès de pouvoir est, classiquement, enfermé dans un choix binaire : il ne peut qu'annuler l'acte qui lui est déféré ou rejeter le recours ».

panel de pouvoirs plus complet[1], parmi lesquels peut figurer le pouvoir de réformation[2] auquel il nous faut consacrer quelques propos généraux (i) avant d'en étudier le maniement par la Cour d'appel de Paris dans le cadre qui nous retient (ii).

i. Le pouvoir de réformation : présentation générale

341. Pouvoir de réformation en contentieux administratif : du modeste pouvoir de « réécriture d'un acte »[3] vers un pouvoir de substitution. La doctrine classique – ralliée à la thèse de la distinction des recours fondée sur un critère tenant aux pouvoirs du juge – opérait une distinction étanche entre recours pour excès de pouvoir et plein contentieux. Le pouvoir de réformation était vu comme « une alternative à l'annulation pure et simple » permettant de conserver l'acte et d'en éviter l'annulation « tout en le rectifiant pour certaines de ses dispositions »[4] car à l'inverse, une fois l'acte « annulé par le juge, il n'y a plus rien à réformer et statuer à nouveau serait pour [lui] se substituer à l'Administration active »[5]. La réformation était ainsi conçue comme une intervention moindre du juge par laquelle il rectifie, réécrit l'acte dont le principe n'est pas contestable, en le purgeant des irrégularités constatées[6].

Doctrine et jurisprudence ont néanmoins évolué dans le sens d'une conception plus large de ce pouvoir du juge de plein contentieux. M. Chapus évoque ainsi une mission de « remplacer » les décisions de l'administration contestées par ses propres décisions[7] ; un véritable pouvoir de substitution conféré au juge[8], notamment dans le cadre du contentieux objectif de pleine juridiction[9] qui nous occupe ici. Le panel des pouvoirs du juge du plein contentieux lui permet donc d'aller au-delà de la simple rectification de l'acte de l'administration en substituant sa

[1] F. BLANCO, ouvrage précité, n° 404 : l'auteur explique que la catégorie du recours pour excès de pouvoir est homogène alors qu'en plein contentieux « l'hétérogénéité prime ici sur l'unité, tant cet ensemble contentieux est formé en réalité d'éléments disparates » avant d'expliquer que « la cohésion – très relative – tient seulement au faut que *le juge administratif y dispose, dans toute sa plénitude, de ses attributs juridictionnels* » (nous soulignons). Toutefois, les techniques juridictionnelles qui viennent d'être évoquées (annulation partielle, injonctions, renvoi à l'autorité auteur de l'acte…) commandent aujourd'hui de relativiser cette limitation des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir.

[2] Selon certains auteurs, « la réformation de l'acte contesté constitue le pouvoir caractéristique du juge du plein contentieux » (M. GUYOMAR, B. SEILLER, ouvrage précité, n° 921).

[3] V. Y. GAUDEMET, « Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP G*, 1999, doctr. 188, qui parle de « réécriture d'un acte fondé en son principe mais contestable dans ses modalités ».

[4] Présentation rappelée par Y. GAUDEMET, *ibid*.

[5] *Ibid.*

[6] C'est en ce sens que le recours pour excès de pouvoir pouvait être vu comme « l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés » (J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.,* 1962, chron. 37, qui cite Gaston Jèze).

[7] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* précité, n° 259.

[8] *Ibid*, n° 261 et s.

[9] *Ibid*, n° 1119.

propre décision et donc, sa propre appréciation, à celles de cette dernière. Si la référence à un véritable pouvoir de substitution peut faire l'objet de réserves sur lesquelles nous reviendrons, l'idée est claire : le juge du plein contentieux ne se contente pas de rectifier l'acte vicié, il le « refait » par ses propres moyens.

342. Pouvoir de réformation en procédure civile : conséquence de l'effet dévolutif de l'appel. En procédure civile, le pouvoir de réformation est étudié dans le cadre de la théorie de l'appel et constitue une forme de curseur à l'aune duquel on apprécie si l'appel constitue davantage une stricte voie de réformation ou une voie d'achèvement du litige[1]. La réformation apparaît alors comme un pouvoir minimum confié au juge[2] : puisque tout appel produit en principe un effet dévolutif[3], son juge est conduit à « examiner une seconde fois le litige soumis aux juges du premier degré, dans sa totalité, c'est-à-dire en fait et en droit »[4]. Elle est ainsi conçue comme un pouvoir confié à ce juge de « vérifier l'exactitude des réponses apportées par les premiers juges aux questions soulevées par les parties »[5] et, au besoin, de substituer son appréciation et sa décision à celles erronées de ces derniers. Loin de n'être qu'un « censeur », le juge d'appel « doit juger [ou rejuger] les affaires et non les jugements »[6]. Pour reprendre la formule de spécialistes du contentieux administratif, à l'égard de laquelle des réserves sont permises, la décision du juge d'appel se *substitue* à celle du juge de premier degré[7].

---

[1] V. sur cette question : *Repenser l'appel,* actes d'un Colloque organisé à la Cour d'appel de Paris le 7 octobre 2016 publiés *in Gaz. Pal.*, hors-série n° 3, 2016 ; spéc. X. LAGARDE, « L'achèvement du procès, principale utilité de l'appel », p. 13.

[2] L'achèvement du litige serait non seulement une tendance différente de la réformation mais irait au-delà de cette dernière en permettant une certaine évolution du litige en cause au stade de l'appel. Sur ces questions v. parmi une abondante littérature : X. LAGARDE, article précité ; T. LE BARS, « Les métamorphoses de l'appel. Faut-il abandonner la voie d'achèvement ? », in *Les métamorphoses de la procédure civile*, dossier *Gaz. Pal.,* 2014, n° 211, p. 41.

[3] C'est d'ailleurs son effet « essentiel » (J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judicaire privé,* précité, n° 736) qui est néanmoins encadré et tend à l'être de plus en plus. Sur ces nouvelles limites (notamment la fin de « l'appel non limité à certains chefs ») v. F. FERRAND, *v°* « Appel », *Rép. proc. civ.,* n° 976 et s. et les art. 542 et 562 CPC tels que modifiés par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 précité. Seul l'appel nullité (sur lequel v. F. FERRAND, précité, n° 376 et s.) peut, dans des conditions strictes (irrégularité de l'acte introductif d'instance et appelant qui ne sollicite que la nullité, sans conclure sur le fond), déroger à l'effet dévolutif de l'appel (v. J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 743).

[4] J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 736 et art. 561 CPC qui dispose, al. 1 : « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel » ; al. 2 : « Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limité déterminées aux livres premier et deuxième du présent code ».

[5] X. LAGARDE, article précité.

[6] H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes de procédure civile,* Dalloz, 1973, réimp. 2009, n° 8, p. 20.

[7] Rappr. C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 226.

343. Limites du pouvoir de réformation. Qu'il soit mis en œuvre, dès la première instance, par le juge administratif à l'égard d'un acte de l'administration[1] ou au stade de l'appel, à l'égard d'un acte juridictionnel, le pouvoir de réformation connaît des limites communes.

En premier lieu, son exercice implique la production préalable d'un effet dévolutif. En quelque sorte, il ne peut être réformé qu'autant qu'il est dévolu. Si le recours dont il est saisi n'entraîne aucun effet dévolutif, le juge ne peut en principe réformer l'acte qui lui est soumis.

En deuxième lieu, il ne peut être dévolu qu'autant qu'il est appelé[2] : le juge est tenu par le champ de l'effet dévolutif produit par le recours lequel est déterminé, en principe, par l'acte introductif d'instance rédigé par les parties[3]. Ainsi, sauf à disposer de la faculté de le faire d'office, le juge ne peut réformer s'il n'est pas saisi de demande en ce sens, ni réformer des éléments qui, faute d'avoir été intégrés au recours, ne sont pas concernés par l'effet dévolutif.

En troisième lieu, l'acte litigieux a pour objet des faits, situations et personnes délimités et identifiés. Puisqu'il s'agit de « refaire » cet acte, son champ doit être respecté. Le juge se trouve donc également limité par son contenu : il ne peut en principe exercer son pouvoir de réformation à l'égard des personnes ou de situations qui n'étaient pas concernées par l'acte initial.

Enfin, puisque le pouvoir de réformation permet de rectifier l'acte adopté par une autre autorité – juridictionnelle ou administrative[4] – il s'exerce dans la limite des pouvoirs de celle-ci. Pour exercer son office de réformateur, le juge enfile les habits de son auteur originaire : il dispose des pouvoirs de celui-ci, mais guère davantage. Pour paraphraser, en la généralisant, la formule d'un auteur, on peut avancer que les compétences du juge titulaire d'un pouvoir de réformation

---

[1] En effet, bien qu'il fasse l'objet de peu de travaux détaillés, le pouvoir de réformation est bien l'un des attributs du juge administratif, notamment dans le cadre des contentieux objectifs. V. C. GIRAUD, « Le pouvoir de réformation du juge administratif », *RDP,* 2018, n° 6, p. 1597.

[2] Selon l'adage consacré « *tantum devolutum, quantum appelatum* ». La règle s'applique au recours exercé contre un acte administratif.

[3] En procédure civile, cette rigueur a été accrue par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 précité. Désormais, il résulte des textes (art. 901, 4° et 562 CPC) et de la jurisprudence (Civ. 2ème, avis du 20 décembre 2017, n° 17.019 et Civ. 2ème, 30 janvier 2020, n° 18-22528) que seul l'acte introductif d'instance est susceptible de produire un effet dévolutif à l'égard des chefs du jugement qui y sont mentionnés et critiqués ; les conclusions postérieures sont sans effet sur ce plan.
Notons qu'une précision de cet ordre a également été ajoutée à l'art. R. 464-12 C. com. qui dresse la liste des mentions obligatoires de la déclaration de recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence (modification issue du décret n° 2017-823 du 5 mai 2017 précité). La déclaration doit mentionner, à peine de nullité, « l'objet du recours ainsi que, le cas échéant, la partie de la décision sur laquelle porte la demande de réformation ». On peut penser que la Cour de cassation fera une lecture de cette disposition identique à celle qu'elle fait des art. 901 et 562 du CPC. Les conséquences du défaut de cette mention pourraient donc être les mêmes.

[4] *V°* « Réformation », *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 14e éd., 2022.

s'arrêtent à celle de l'organe qu'il contrôle[1]. L'étude des différents recours envisagés permettra d'appréhender les conséquences pratiques concrètes de ces quelques considérations générales.

ii. Le pouvoir de réformation : mise en œuvre par la Cour d'appel de Paris

344. Un pouvoir limité par le champ de la notification des griefs. Concernant les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence, lorsque le recours a pour objet tous les chefs de sa décision, le contrôle juridictionnel porte sur l'ensemble de son contenu ainsi que sur toutes les phases de la procédure administrative postérieures à la notification de l'acte de mise en accusation. L'étendue de la saisine de la Cour d'appel de Paris est alors déterminée par le champ de la notification des griefs[2]. Aussi, de la même manière que le demandeur ne saurait étendre son recours à des éléments et/ou des personnes non mentionnés ou visés dans cet acte d'accusation[3], le juge ne peut ni étendre son contrôle, ni l'exercice de son pouvoir de réformation à des éléments et/ou personnes qui lui sont extérieurs[4]. En outre, la Cour se refusant le pouvoir de procéder à une notification des griefs[5], si elle annule tout ou partie de celle émise par l'Autorité, elle ne peut exercer son pouvoir de réformation à l'égard des faits et pratiques mentionnés dans la partie annulée[6].

345. Effet relatif de la réformation de l'acte. En outre, en application du droit commun, la décision de la Cour d'appel de Paris ne produit qu'un effet relatif[7]. Dès lors, seules les parties engagées dans la procédure de recours bénéficieront – ou subiront – l'effet dévolutif et la réformation de la décision de l'Autorité telle que décidée par la Cour. Si l'une seule des parties condamnées au terme de la procédure administrative engage le recours, obtient une réduction

---

[1] Formule inspirée de celle de P. DELVOLVÉ, « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly. Soc.,* 1er juin 1990, n° 6, p. 499 : « les compétences de la Cour s'arrêtent à celle de l'organe qu'elle contrôle ».

[2] Qui constitue l'acte de mise en accusation émis par l'Autorité, sur cela v. *supra*.

[3] C'est ce qui est, en procédure civile, qualifié « d'aspect négatif » de l'effet dévolutif de l'appel qui « limite l'examen mené par la cour d'appel au litige tel qu'il a été soumis aux juges du premier degré et qui « s'explique par le fait que l'appel est une voie de recours [qui] tend à faire réformer un jugement rendu au premier degré, dont il est soutenu qu'il a été mal rendu, ce qui suppose en principe que la question ait été soumise au juge du premier degré » (J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 736). Le propos peut être étendu à notre hypothèse, la seule différence tenant à la nature de l'autorité qui a pris la décision objet du recours. En contentieux administratif, cela renvoie au principe de liaison du contentieux sur lequel v. *supra.*

[4] CA Paris, 7 décembre 2004 *Sté Outremer Télécom et France Télécom*, n° 2004/10288, qui juge que la compétence de plein contentieux de la Cour s'exerce dans la limite des questions qui ont été soumises à l'Autorité.

[5] V. *infra*.

[6] Com., 30 mai 2000, n° 99-17038 qui juge que la Cour « n'avait pas à examiner […] le grief inopérant tiré d'une requalification des griefs par le Conseil de la concurrence dans *la décision devenue inexistante par l'effet de l'annulation prononcée* » (nous soulignons).

[7] Sauf exception, les décisions de justice ne produisent d'effet qu'entre les parties (art. 1355 C. civ.). Nous traitons ici des recours en réformation et ne sommes donc pas dans le cadre de l'autorité absolue de chose jugée attachée, par exception, à une décision annulant un acte administratif (CE, 26 décembre 1925 *Rodière,* n° 88369).

de la sanction prononcée et qu'aucun des autres co-responsables n'a été joint à la procédure judiciaire, ces derniers ne bénéficieront pas de cette décision[1].

Notons par ailleurs qu'à l'instar du la solution retenue dans le procès pénal, l'auteur du recours n'est pas indifférent : saisie d'une décision prononçant une sanction et/ou une injonction, la Cour d'appel de Paris ne peut en aggraver le montant ou les modalités qu'à condition que le ministre de l'Économie et/ou la partie ayant été à l'initiative de la saisine de l'Autorité soi(en)t à l'initiative du recours[2]. La partie condamnée ne peut ainsi jamais subir de conséquences préjudiciables du seul exercice de son droit au recours.

346. L'exercice par la Cour des pouvoirs de l'Autorité. Pour corriger le contenu et/ou la forme de l'acte litigieux, le juge doit disposer de pouvoirs similaires à ceux de son auteur originaire[3]. Saisie du recours contre une décision prononçant une sanction administrative, la Cour d'appel de Paris se voit donc octroyer un pouvoir de condamnation qui l'habilite à modifier le montant de l'amende prononcée, voire à la supprimer si elle l'estime non avenue ; à modifier ou à supprimer l'injonction adressée à un opérateur ou encore à supprimer ou à modifier les modalités de publicité de la décision en cause. Puisque les mesures adoptées par l'Autorité l'ont été au terme d'une certaine appréciation des circonstances de fait, le juge, s'il en adopte une différente, doit pouvoir en tirer les conséquences et modifier le principe, les modalités et le quantum des mesures et sanctions prononcées. La Cour dispose ainsi « de tous les pouvoirs de l'article L. 464-2 »[4], soit « supprimer, modifier ou ajourner les sanctions pécuniaires, les injonctions et les mesures de publicité » et, plus largement, prescrire « toutes les mesures propres à faire cesser l'atteinte à la concurrence dont [elle] constate l'existence »[5].

---

[1] Com., 8 novembre 2016, n° 14-28234. Dans cet arrêt, intéressant à bien des égards (v. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, *Concurrences,* n° 1-2017, art. n° 82707 et *CCC*, n° 1, janvier 2017, comm. G. DECOCQ) la Cour de cassation censure la décision par laquelle la Cour d'appel (au visa des art. 4 CPC, R. 464-8 et R. 464-10 C. com.) a réformé la sanction prononcée à l'égard de plusieurs sociétés condamnées pour avoir participé à une entente, alors que deux d'entre elles ne s'étaient pas jointes au recours. Pour éviter ces désagréments, plusieurs voies permettent l'intervention, contrainte ou forcée, de toutes les parties intéressées devant la Cour de Paris. Sur cela, v. *supra.*

[2] Com., 25 avril 1989, n° 88-11894 ; CA Paris, 29 janvier 2008, n° 06/07820. En procédure pénale v. art. 515, al. 2 CPP applicable aux appels en matière correctionnelle. C'est la *reformatio in pejus*, qui constitue une limite à l'effet dévolutif de l'appel en matière pénale. Elle est d'un champ plus large que celle retenue en notre matière où le recours exercé par l'auteur de la plainte initiale (que l'on pourrait assimiler à la partie civile du procès pénal) suffit à permettre une aggravation de la peine. Pour un exemple d'aggravation de la sanction prononcée par le Conseil de la concurrecne à la demande du ministre v. CA Paris, 11 janvier 2005 *Sté France Télécom*, n° 04/11023.

[3] De manière générale, en contentieux administratif, le juge du plein contentieux « détient les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cette mission : un pouvoir de condamnation ou, s'agissant de contentieux de l'acte, un pouvoir d'annulation accompagné d'un pouvoir de correction partielle ou totale de l'acte attaqué », C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 74.

[4] L. VOGEL, ouvrage précité, n° 553. V. par ex. CA Paris, 6 novembre 2014 *SNCF*, n° 2013/01128.

[5] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al*., ouvrage précité, n° 499.

Endossant les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence, la Cour doit se plier aux formes auxquelles cette dernière est soumise dans leur mise en œuvre[1/2]. Alors, si elle ne dispose pas des moyens nécessaires pour procéder à une instruction suffisante afin de corriger celle irrégulière ou incomplète menée par l'Autorité, la Cour n'a d'autre choix que de mettre fin aux poursuites lorsque toute la procédure est viciée[3]. De même, lorsqu'elle annule une décision antérieure à la mise en œuvre de ses pouvoirs d'instruction par l'Autorité, faute de disposer de pouvoirs similaires, la Cour est tenue de lui renvoyer l'affaire pour qu'elle y procède : elle ne saurait statuer sur une affaire qui n'est pas en état d'être jugée[4]. Ça n'est donc que dans l'hypothèse où l'instruction initiale n'est pas entièrement viciée et que les éléments du dossier – au besoin complétés par une mesure d'instruction qu'elle ordonne[5] – le lui permettent, que la Cour peut statuer sur le fond en exerçant les pouvoirs de cette dernière, mais guère davantage.

En effet, comme pour tout juge auquel est octroyé un pouvoir de réformation d'un acte administratif, celui confié à la Cour de Paris s'exerce dans la limite des pouvoirs dont disposait son auteur originaire. Pas plus que l'Autorité de la concurrence, la Cour ne peut donc prononcer la nullité de conventions, allouer des dommages et intérêts à une partie ni, de manière générale, « trancher des questions qui relèvent des autres juridictions de l'ordre judiciaire »[6] ou de la compétence exclusive des juridictions administratives.

347. La Cour d'appel de Paris n'exerce pas tous les pouvoirs de l'Autorité. Enfin, par-delà l'hypothèse dans laquelle elle ne dispose pas des moyens de « refaire » l'acte vicié, la Cour de Paris se refuse à exercer certains des pouvoirs propres à l'Autorité de la concurrence. Elle a ainsi refusé de procéder à une notification des griefs et à la mise en œuvre de pouvoirs d'enquête et d'instruction en lieu et place de cette dernière. Il en résulte que lorsqu'elle se prononce sur un acte antérieur à la notification des griefs (rejet, non-lieu ou irrecevabilité) ou qu'elle

[1] Y. GAUDEMET, article précité, n° 8 et s. V. aussi M. CRESPY-DE CONINCK qui parle d'un « pouvoir de réformation circonscrit par la procédure de régulation », thèse précitée, n° 817.

[2] Comme y est d'ailleurs tenu son homologue administratif chaque fois qu'il est conduit à réformer un acte de l'administration. V. CE, sect., 15 décembre 1989 *Ministre de l'environnement c/ Sté Spechinor*, n° 70316, qui juge que lorsque l'enquête préalable à l'adoption de la décision objet du recours est irrégulière et que le juge ne dispose pas des moyens d'y procéder de nouveau (en l'espèce il s'agissait, notamment, de l'organisation d'une enquête publique) il ne peut mettre en œuvre son pouvoir de réformation et n'a d'autre solution que de renvoyer l'affaire à l'autorité compétente afin qu'elle diligente une enquête régulière.

[3] CA Paris, 9 avril 2002, *BOCCRF,* n° 10, 24 juin 2002 : si le juge constate une cause de nullité qui affecte l'ensemble de la procédure ou qui conduit à écarter tous les éléments de preuve du dossier, il est contraint d'annuler l'intégralité de l'acte et de mettre fin aux poursuites. Sur cela v. Y. GAUDEMET, article précité, n° 12.

[4] Ce qui est le cas lorsqu'elle annule une décision de rejet, de non-lieu ou d'irrecevabilité. V. CA Paris, 11 décembre 1992, *BOCCRF,* n° 1, 15 janvier 1993.

[5] Par ex. CA Paris, 25 mars 1993, *BOCCRF,* n° 7, 17 avril 1993.

[6] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al*., ouvrage précité, n° 502. Par ex. se prononcer sur un refus de vente ou une rupture brutale d'une relation commerciale établie, avancés par une partie (CA Paris, 3 décembre 2015, n° 2014/18125 et 2015/13861).

considère que l'état du dossier ne lui permet pas, malgré ses propres pouvoirs d'instruction, de trancher le fond, la Cour renvoie systématiquement l'affaire à l'Autorité pour que celle-ci reprenne ou complète l'instruction[1]. Cette attitude a été regrettée par certains[2], d'autres l'interprètent comme un défaut de moyens ou de pouvoir de la Cour[3]. En tout état de cause, elle nous semble réaliste et indispensable pour laisser aux autorités administratives de concurrence une certaine autonomie dans la conduite de leur mission.

En outre, les magistrats parisiens refusent d'endosser les pouvoirs de « négociation » que l'Autorité de la concurrence mobilise dans le cadre de certaines procédures dérogatoires se contentant, en la matière, d'exercer leur pouvoir d'annulation[4]. De nouveau, cette attitude adoptée à l'égard de procédures que certains placent au cœur de l'activité de régulation de l'Autorité[5] nous semble respectueuse de l'équilibre instauré par le législateur. Cette réserve de la Cour n'a toutefois pas suffi à endiguer certaines craintes.

c. Un pouvoir de substitution du juge de recours ? L'hypothèse du juge régulateur

348. Réformation ou substitution : distinction délicate. La distinction entre pouvoir de réformation et pouvoir de substitution est délicate[6]. Au sens strict, le pouvoir de substitution habiliterait celui qui en est titulaire à agir « en lieu et place » d'une autorité « défaillante »[7]. Sa mise en œuvre supposerait donc qu'une autorité ait manqué à l'obligation qu'elle avait d'agir[8].

---

[1] CA Paris, 24 septembre 2002 (*BOCCRF*, n° 17, 25 novembre 2002) et 12 décembre 2006 *Sté Toffolutti* (n°2006/02510).

[2] J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 848.

[3] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al*., ouvrage précité, n° 499 et L. VOGEL, *Du droit commercial au droit économique,* précité, n° 1142. C'est la solution retenue en cassation. V. Com., 26 février 2008 *SA Brenntag c/ SAS Gaches Chimie*, n° 07-14.126, qui juge que la Cour « ne dispose ni des pouvoirs, ni des moyens de procéder à l'instruction d'une saisie du Conseil dans les conditions prévues par les articles L. 450-1 et suivants du Code de commerce ».

[4] V. CA Paris, 19 janvier 2010, n° 2009/00334 (« cartel de l'acier »), spéc. les pts. E. 61 et E. 62. Concernant la procédure de clémence la Cour juge que « cet instrument, qui relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confié au Conseil puis à l'Autorité de la concurrence (AdlC), repose pour l'essentiel sur une négociation *et ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la Cour d'appel de Paris* ». Elle juge à l'inverse qu'un recours de plein contentieux est ouvert à l'encontre de la décision adoptée au terme de la procédure de non-contestation des griefs (devenue transaction), notamment pour contester « l'insuffisante indulgence de l'Autorité » (nous soulignons). Sur cet arrêt v. L. BOY, « Cartel de l'acier : des sanctions surprenantes pour une méthodologie exemplaire », *RLC,* n° 2010/23, p. 21.

[5] B. LASSERRE, « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France », *32nd Conference on International Antitrust Law and Policy*, Université de Fordham, 22 et 23 septembre 2005, p. 25, consultable sur le site de l'Autorité ; G. A. SOFIANATOS, *Injonctions et engagement en droit de la concurrence. Étude de droit communautaire, français et grec,* LGDJ, 2009, spéc. p. 369.

[6] La question a davantage animé la doctrine publiciste pour des raisons tenant à l'importance qu'y occupe la crainte de voir resurgir un « juge administrateur ». V. J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67 qui évoque cet élément distingue ce pouvoir du pouvoir d'injonction en expliquant que la « substitution fait passer le pouvoir de décision de l'administrateur au juge, tandis que l'injonction laisse intact le pouvoir de l'administrateur ».

[7] C.-H. VIGNES, « Le pouvoir de substitution », *RDP*, 1960, p. 753 et s., spéc. p. 754.

[8] J. CHEVALLIER, article précité, p. 67.

Ce pouvoir permettrait ainsi de pallier l'inaction et l'inexistence d'un acte qui aurait dû être. À l'inverse, « le pouvoir de réformation, au lieu de supposer une carence juridique ou matérielle, implique l'existence d'un acte, dont le contenu est ensuite modifié par l'autorité de contrôle »[1]. Suivant cette présentation, le pouvoir de substitution engloberait le pouvoir de réformation qui n'en constituerait qu'un aspect. Tout cela rend bien difficile toute tentative de distinction claire.

D'autres abordent le débat en expliquant qu'il n'existe entre les pouvoirs de réformation et de substitution qu'une différence de degré, non de nature[2]. Lorsqu'un juge réforme l'entièreté de l'acte d'une autre autorité ou qu'il statue après avoir annulé ledit acte, hormis la rédaction du dispositif de sa décision, il n'existerait pas de véritable différence quant aux effets, notamment pour les parties. La reconnaissance d'un tel pouvoir au juge administratif ou à la Cour de Paris dans le cadre de sa compétence spéciale serait donc moins problématique : le passage de l'un à l'autre n'aurait pas pour conséquence immédiate de faire du juge un administrateur[3] .

L'intérêt n'est donc pas vraiment ici. L'étude de l'attitude de chacun des juges et celle du champ de mise en œuvre de leur pouvoir de substitution[4] seront plus riches d'enseignements.

349. Juge administratif et juge judiciaire : une conception possiblement différente de leur office. Une partie de la doctrine présente l'office de la Cour d'appel de Paris, dans le cadre de sa compétence spéciale, de manière quelque peu déroutante. Il est ainsi expliqué que ce contentieux relatif aux actes de l'Autorité de la concurrence est « formellement judiciaire » mais « matériellement […] administratif »[5]. Bien que relevant de la compétence d'une juridiction judiciaire, le recours serait matériellement administratif car, en plus d'avoir pour objet un acte administratif, il implique un pouvoir d'annulation « ou » de réformation. Or, selon ces mêmes auteurs, cette formule renverrait à la distinction cardinale entre recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction.

C'est faire peu de cas de l'article 542 du Code de procédure civile qui dispose que « l'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction de premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel ». Certes, dans le recours envisagé, l'acte litigieux n'est pas un jugement rendu par une juridiction de premier degré. Mais il n'est pas anodin d'avoir

[1] J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 845.
[2] *Ibid.*
[3] Concernant le juge administratif v. R. CHAPUS, ouvrage précité, n° 1118 et s. Un auteur a même évoqué une « prohibition virtuelle » (W. LELLIG, *L'office du juge administratif de la légalité,* thèse Montpellier, 2015, p. 317). Concernant l'octroi d'un tel pouvoir à la Cour d'appel de Paris v. Y. GAUDEMET, article précité, n° 10 et s.
[4] Ou de réformation ; l'on aura compris que l'enjeu de ce débat est ici secondaire.
[5] Y. GAUDEMET, article précité, n° 1 ; P. DELVOLVÉ est d'un avis assez proche, v. « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », précité.

confié une compétence spéciale pour annuler ou réformer un acte administratif à une juridiction dont l'office de droit commun est, justement, de réformer ou d'annuler l'acte d'une autre autorité qui est soumis à son appréciation. Partant, comme l'a relevé un auteur, « il serait étonnant […] que le juge judiciaire adopte pleinement une autre façon de faire que la sienne »[1].

Une fois ce cadre posé, la suite permet de comprendre les attitudes et interprétations divergentes concernant la mise en œuvre d'un supposé pouvoir de substitution. La Cour d'appel de Paris, se conformant à son office traditionnel, n'opère pas de distinction étanche entre annulation et réformation[2]. Sauf exception, dès lors qu'elle annule l'acte soumis à son contrôle, elle y substitue sa propre appréciation et son propre acte[3]. C'est bien ce que note M. Gaudemet lorsqu'il constate avec étonnement la lecture que la Cour a fait de la conjonction alternative « ou » qui figure dans l'Ordonnance de 1986[4]. Exercice d'un pouvoir de réformation ou d'un pouvoir de substitution « fictif »[5], le juge judiciaire est par principe tenu de statuer au fond, même lorsqu'il n'est saisi que de demandes d'annulation[6]. Cela témoigne de son incomplète acculturation, ou de son indifférence, à la distinction des recours opérée en contentieux administratif, mais aussi d'une moindre crainte qui l'habite de se comporter en administrateur[7].

À l'inverse, le juge administratif dépositaire de la justice déléguée a longtemps été habité du souci d'assurer sa légitimité. Cela est passé par une démonstration constante de son respect de l'autorité et de l'indépendance de l'administration sur les missions de laquelle il ne devait empiéter. Bien qu'aujourd'hui discutée, la distinction des recours et des offices du juge demeure cardinale et structurante en droit administratif et le pouvoir de réformation a longtemps été vu comme secondaire, comme modération des effets radicaux produits par le prononcé d'une

[1] C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 228.
[2] L'art. 562, al. 2 CPC lie les deux en prévoyant que la dévolution s'opère pour le tout, notamment lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement.
[3] C'est l'intérêt de la voie de réformation telle qu'elle a été conçue en procédure civile : il aurait été chronophage et contraire à l'intérêt de la justice (notamment à sa célérité) de ne permettre à la juridiction d'appel que de renvoyer l'affaire au premier juge après avoir constaté des irrégularités dans sa décision initiale.
[4] Y. GAUDEMET, article précité, n° 11. C'est cette même conjonction qui figure dans l'art. 542 CPC, premier texte du chapitre du Code consacré à l'appel.
[5] Ce pouvoir serait fictif car un acte préalable a bel et bien existé. Il y a bien eu prise de décision d'une autorité, un acte duquel est parti le juge. Ce n'est qu'à travers une fiction juridique que l'annulation produit un anéantissement rétroactif au terme duquel l'acte est réputé n'avoir jamais existé.
[6] Com., 27 septembre 2005, n° 04-16677, qui juge que la Cour, après avoir annulé la décision du Conseil de la concurrence, « était tenue de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties ». Plus récemment, Com., 22 novembre 2016, n° 14-28224 et 14-28862, qui reproche à la Cour d'avoir méconnu son office en ne vérifiant pas, par elle-même ou par renvoi pour supplément d'instruction, si les pratiques en cause n'étaient pas illicites.
[7] J. CHEVALLIER (article précité) explique par ailleurs que le pouvoir de substitution, à l'inverse du pouvoir de réformation, implique une supériorité hiérarchique de l'autorité qui en dispose. Or dans son office de droit commun, la Cour d'appel de Paris est bien le supérieur hiérarchique des juridictions de première instance de son ressort. Elle se préoccupe donc peu de savoir si son pouvoir est un pouvoir de réformation ou de substitution à l'inverse du juge administratif qui, n'étant pas le supérieur hiérarchique de l'autorité administrative, a longtemps craint de faire acte d'administrateur en substituant son propre acte à celui de cette dernière.

nullité. Il résulte de cela que doctrine et juge administratif pourraient demeurer plus sensibles que leurs homologues judiciaires[1] au caractère alternatif de l'annulation et de la réformation et plus réticents à l'idée qu'un pouvoir de substitution soit pleinement octroyé au juge.

Malgré quelques divergences et un fond théorique peu clair, l'actualité est au rapprochement de la pratique des deux juges. Le juge administratif, à l'instar de la Cour d'appel de Paris dans le cadre de sa compétence spéciale, se reconnaît de plus en plus la faculté de se prononcer, en lieu et place de l'administration, après avoir annulé un acte vicié[2]. L'intérêt se situe donc *in fine* sur le champ que l'un et l'autre juge réservent à la mise en œuvre de ce pouvoir ; c'est à l'aune de cela qu'il nous sera possible d'apprécier le risque de voir émerger un juge régulateur.

350. La Cour d'appel de Paris, juge régulateur ? La formule et les débats qu'elle a suscités sont connus : « juger l'administration, c'est encore administrer »[3]. Ces débats ne sont pas clos et notre matière encourage leur résurgence[4]. Si l'ouverture d'un recours de plein contentieux est souvent louée, y compris en matière économique, pour les garanties qu'il offre aux administrés[5] et pour le temps qu'il fait économiser en permettant de vider le litige dans son entier[6] ; une mise en œuvre trop systématique et envahissante de son pouvoir de réformation/substitution par le juge créerait le risque de ruiner l'autonomie, l'équilibre et l'efficacité du système de protection de la libre concurrence mis en place depuis les années

[1] Certains distinguent toutefois clairement le recours en annulation du recours en réformation, v. M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, ouvrage précité, n° 494-499.
[2] V. les constats et projections déjà proposés par Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? » *in* G. GARVADAUD, H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI*ème *siècle,* Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 179-195 et l'analyse de H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif,* précité, p. 410 et s. V. encore la note explicative de l'arrêt *Société ATOM* proposée, sur son site internet, par le Conseil d'État dans laquelle il est écrit que « le juge doit prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration, qu'il peut a minima annuler, mais également réformer (…) ». Aujourd'hui, ce pouvoir de substitution semble reconnu au sein même du prétoire de la Haute juridiction administrative, v. I. DE SILVA, « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », concl. sur CE, sect., 6 février 2004 *Mme Hallal, RFDA*, 2004, p. 740 : si un principe a interdit au juge administratif de faire acte d'administrateur, « force est de constater que vous le méconnaissez depuis fort longtemps, et de plus en plus fréquemment dans l'exercice de votre contrôle juridictionnel ».
[3] La formule est due à P. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France,* 1818.
[4] Comme l'a illustré, dans une matière voisine, P. IDOUX, « Juger la régulation, c'est encore réguler… », note sous CE, sect., 25 février 2005 *France Télécom*, *RDP,* 2005, n° 6, p. 1643.
[5] C. LEGRAS, concl. sur CE, Ass., 16 février 2009 *ATOM*, n° 274000, *RFD*A, 2009, p. 259, qui explique que dans le cadre d'un tel recours, le juge ne se limite pas à une interrogation sur la légalité d'un acte mais apprécie l'ensemble d'une situation juridique au cœur de laquelle se trouve un administré.
[6] J.-M. WOEHRLING, « La redécouverte du plein contentieux », *in* G. GARVADAUD, H. OBERDORFF (dir.), ouvrage précité, p. 255, qui explique ainsi que « le service rendu au justiciable est plus complet ».

1980[1]. Le risque existe que les autorités administratives de concurrence soient dessaisies de leur mission et l'observation de certains arrêts est source de craintes et réserves à cet égard[2].

Toutefois, outre les limites déjà étudiées à la mise en œuvre de ce pouvoir, l'observation de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris conduit au constat d'un usage qui peut être qualifié de raisonnable voire, selon certains, de déférent[3]. Elle se refuse à endosser l'intégralité des pouvoirs et missions de l'Autorité de la concurrence et renonce à statuer au fond lorsqu'un vice entache l'ensemble de la procédure[4] ou implique d'écarter du dossier l'ensemble des éléments de preuve. Elle en fait de même lorsqu'elle estime que les éléments de l'instruction menée par l'Autorité ne lui suffisent pas à statuer au fond, hypothèse dans laquelle elle renvoie le dossier à cette dernière pour « instruction complémentaire »[5]. Son raisonnement est encore le même lorsqu'elle prononce l'annulation d'une décision antérieure à la notification des griefs n'ayant donné lieu à aucune instruction. Dans ce cas, jugeant qu'elle ne dispose pas de pouvoirs aussi étendus que ceux de l'Autorité en la matière, elle se contente de lui renvoyer l'affaire[6].

La Cour d'appel de Paris ne disposerait ainsi que d'un pouvoir de réformation « mutilé »[7] qui constituerait néanmoins « la meilleure solution »[8]. Cette attitude nous semble respectueuse de l'office spécifique que le législateur a souhaité confier à l'Autorité de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : le fait que la juridiction de recours « bénéficie

---

[1] Cette immixtion du juge semble peu conforme à l'esprit du système insufflé depuis les années 1980 tel que décrit par un haut magistrat : « la création d'autorités de régulation spécifiques investies d'un pouvoir d'injonction et de sanction était inspirée de la volonté d'accroître l'efficacité de ces organismes en réduisant à l'essentiel les garanties de procédure accordées devant elles aux opérateurs économiques. Dans le rapport efficacité/garantie, le choix du législateur a été de contourner les juridictions supposées inefficaces ou inadaptées à la fonction spécifique de régulation », G. CANIVET, « Régulateurs et juge : conclusions générales », *LPA,* 2003, n° 17, p. 50 ; v. aussi, du même auteur, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges » *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* Dalloz, Presses de Sciences Po, 2004, p. 188.

[2] C'est le cas d'une affaire dans laquelle la Cour de Paris a réduit le montant d'une amende prononcée par le Conseil de la concurrence de 575 millions à 75 millions d'euros en retenant, notamment, le contexte de crise économique qui affaiblissait les entreprises en cause (v. CA Paris, 19 janvier 2010 *Sté AMD Sud-Ouest,* n° 2009/00334). Sur cette prise en compte du contexte de crise, v. l'analyse critique de G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, *La faute lucrative en droit de la concurrence,* précité, n° 296 et s.

[3] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 822 : traitant, entre autres, des recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, l'auteur explique que « si le pouvoir de réformation est pleinement assumé par le juge interne, il n'en demeure pas moins empreint d'un certain pragmatisme dans son utilisation, si ce n'est d'une forme de déférence à l'égard de la compétence de régulation ».

[4] Position approuvée en cassation, v. par ex., Com., 7 janvier 2004 *ADP*, n° 00-1451 qui semble conditionner la mise en œuvre de son pouvoir de réformation par la Cour d'appel au fait que cette dernière n'ait annulé que la décision du Conseil de la concurrence « en laissant subsister l'intégralité de la procédure devant lui ».

[5] V. CA Paris, 13 mars 2007, n° 2006/08337 et Com., 26 février 2008 *SA Brenntag c/ SAS Gaches Chimie,* précité.

[6] CA Paris, 12 décembre 2006 *Sté Toffolutti*, précité : après avoir annulé une décision de non-lieu rendue par le Conseil de la concurrence, la Cour lui renvoie l'affaire « aux fins de poursuite de la procédure ».

[7] J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 829. L'auteur critique cette solution en expliquant que le juge dispose de pouvoirs d'instruction étendus qui pourraient lui permettre de « mettre en état » l'affaire et de statuer au fond.

[8] G. DECOCQ, note sous Com., 26 février 2008 *SA Brenntag c/ SAS Gaches Chimie, CCC*, n° 4, avril 2008, comm. 105.

d'un pouvoir de réformation ne signifie pas qu'elle peut dans toute circonstance se mettre à la place de l'autorité de marcher et exercer ses fonctions ; *substituer sa décision* à celle de l'autorité de marché est une chose, *se substituer* pleinement et à tout moment *à la mission* de celle-ci en est une autre »[1]. Autrement dit, si elle a vocation à remédier aux irrégularités de procédure ou aux erreurs d'appréciation les plus graves commises par cette autorité administrative indépendante, la Cour ne semble pas concevoir son office comme impliquant le pouvoir d'endosser l'intégralité des missions et pouvoirs de celle-ci.

Le juge de recours est-il administrateur ? Voire régulateur ? Est-il souhaitable qu'il le soit ? Alors que l'étude de l'attitude des recours soumis à la Cour d'appel de Paris a conduit au constat d'une certaine prudence, un vice-président honoraire du Conseil d'État a appelé de ses vœux la « régulation des régulateurs » et l'émergence d'un juge « méta-régulateur »[2]. Les juridictions administratives auraient-elles pris un parti différent de leurs homologues judiciaires ?

351. Conclusion de section. Depuis 1987, le contrôle des actes répressifs de l'Autorité de la concurrence relève de la compétence exclusive et dérogatoire de la Cour d'appel de Paris. Il est opéré au moyen d'une procédure hybride, partiellement régie par un droit spécial qu'une partie de la doctrine présente comme inspiré du contentieux administratif et pour le reste soumis au droit commun de l'appel civil. Plusieurs points doivent être retenus de l'étude de ce recours.

D'abord, il apparaît que le prétoire de la Cour est d'un accès restreint pour les opérateurs économiques : sauf à y être appelés par le juge, seuls ceux ayant participé à la procédure devant l'Autorité sont recevables à introduire le recours ou à y intervenir à titre principal. En outre, un « imbroglio » d'acteurs publics a vocation à initier ou à intervenir au recours. Leur présence à l'instance préserve la Cour, qui est tenue par le principe dispositif, du risque d'être « captive » des seuls moyens présentés par les opérateurs en défense de leur intérêt individuel et assure que les considérations d'intérêt général sont portées au débat. Mais aucun de ces acteurs n'est en mesure de représenter de manière indépendante, impartiale et complète cet intérêt général : le cadre procédural paraît à cet égard inapproprié.

Ensuite, sur la base des moyens et éléments produits par ces différents acteurs, il appartient à la Cour d'apprécier la légalité de l'acte de l'Autorité et la régularité de la procédure ayant abouti

[1] C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 234.
[2] J.-M. SAUVÉ, « La régulation » intervention lors des *Entretiens du contentieux*, 20 novembre 2017, consultable sur le site du Conseil d'État.
On retrouve des propos similaires de magistrats de la Cour de cassation mais ils sont souvent plus datés et moins clairs. V. T. FOSSIER, « La régulation judiciaire de la régulation économique », *Concurrences,* n° 4-2009, art. n° 29003, qui cite un avocat ayant écrit que la Cour de Paris était « régulateur du régulateur ».

à son adoption. Le caractère répressif des décisions en cause rend nécessaire l'exercice d'un contrôle approfondi et étendu. À cet égard, le mouvement de recul du contrôle opéré sur les actes adoptés au terme de procédures « négociées » et les moyens et outils limités dont dispose le juge pour l'exercer interrogent ; il nous faudra y revenir.

Enfin, au terme de son contrôle, si elle constate qu'un vice affecte l'acte, la Cour de Paris peut en prononcer l'annulation. Toutefois, pour limiter les conséquences souvent inopportunes d'une telle solution, la Cour fait un usage étendu du pouvoir de réformation dont elle dispose. Cela crée le risque qu'elle substitue trop systématiquement ses propres appréciations et décisions à celles de l'Autorité, la privant ainsi de son office et bouleversant l'équilibre organisé par le législateur. L'analyse de la jurisprudence conduit néanmoins au constat que, se refusant d'exercer certains des pouvoirs qui sont au cœur de l'office de l'Autorité, la Cour lui renvoie l'affaire chaque fois qu'elle estime ne pas être en mesure de statuer au fond après avoir annulé sa décision. Elle fait ainsi une application mesurée de son pouvoir qui paraît conforme à la volonté du législateur. Voyons maintenant le sort que le juge administratif réserve aux actes régulatoires de cette même Autorité de la concurrence dont il est saisi sur recours.

Section 2 : Le recours contre les actes régulatoires de l'Autorité de la concurrence

352. Fonctions régulatoires de l'Autorité de la concurrence. En sus de sa fonction traditionnelle d'organe répressif en charge de la poursuite et de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, le pôle indépendant s'est vu transférer la compétence pour opérer le contrôle, sur le plan interne, des opérations de concentration économique. Ce contrôle, initialement maintenu entre les mains du ministre de l'Économie[1], est exercé au moyen d'outils préventifs, de surveillance et répressifs dans le cadre d'une relation avec les opérateurs qui peut revêtir, à certains égards, une dimension collaborative. On retrouve là plusieurs des traits caractéristiques généralement attachés à toute activité de régulation[2].

En outre, l'Autorité de la concurrence a de plus en plus recours, dans le cadre de l'exercice de ses différentes fonctions, à des outils de pédagogie, d'information et de communication dont

[1] Pour des développements relatifs au système de contrôle ministériel tel qu'il existait avant ce transfert et aux recours juridictionnels auquel il donnait lieu v. D. KATZ, thèse précitée, p. 204-217.
[2] V. parmi une littérature fournie : J. CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Science Po/Dalloz, 2006, p. 147 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* Dalloz, 2006, spéc. p. 702 et s. ; F. BLANC, *Les engagements dans le droit français des concentrations,* LGDJ, 2015, n° 324 et s.

l'importance est unanimement reconnue. Délicats à ranger parmi les classifications juridiques traditionnelles et sources de nombreux débats, ces outils de *soft law* nous semblent occuper une place centrale dans l'activité récente de l'Autorité et tout laisse à penser que la dynamique a vocation à se poursuivre. Le recours à de tels actes dont la normativité est débattue, mais dont les effets pratiques sont indiscutables, inscrit pleinement ce pan aussi de l'activité de l'Autorité dans le champ de la régulation.

353. Chasse gardée du juge administratif. Rappelons que le transfert vers le pôle indépendant de la compétence en matière de contrôle des concentrations n'a été accompagné d'aucune disposition traitant du recours juridictionnel exercé contre les décisions rendues dans ce cadre. De même, le recours contre les actes de *soft law* adoptés par les autorités administratives de concurrence – qui était, jusqu'à un passé assez proche, inenvisageable – n'a pas davantage fait l'objet d'une quelconque règlementation.

S'immisçant dans ce vide législatif, le juge administratif a brandi ses critères traditionnels de compétence et, prenant principalement appui sur la qualité des auteurs de ces différents actes, s'est réservé compétence pour connaître des recours dont ils sont susceptibles de faire l'objet. Le pouvoir exécutif a pris le relais du Conseil d'État pour entériner la compétence exclusive de ce dernier[1]. C'est donc bien de recours exercés devant les juridictions de l'ordre administratif contre des actes de l'Autorité de la concurrence dont il sera ici question[2].

354. Démarche. Dans notre entreprise d'identification des éventuelles lacunes et disparités qui pourraient exister dans le traitement des recours juridictionnels exercés contre les actes des diverses autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de concurrence, il nous faut passer au crible des outils retenus ceux exercés contre les actes adoptés par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de son activité de régulation. Pour ce faire, nous traiterons des recours exercés contre les actes adoptés dans le cadre du contrôle des concentrations (Sous-section 1) puis de ceux exercés contre les actes de *soft law* adoptés par l'Autorité (Sous-section 2).

[1] V. Art. R. 311-1, 7° CJA (pour les décisions du ministre) qui résulte du décret n° 2000-389 du 4 mai 2000 *relatif à la partie règlementaire du Code de justice administrative* et art. R. 311-1, 4° CJA (pour les décisions de l'Autorité de la concurrence) tel que modifié par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 *relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.* Dans les deux cas, la compétence est attribuée en premier et dernier ressort au Conseil d'État.

[2] Bien que ce contentieux soit à la marge des actes et décisions ici envisagés, il n'est pas sans intérêt de relever que le juge judiciaire s'est récemment déclaré compétent pour connaître d'une action en réparation du préjudice subi par un tiers, du fait de l'inobservation par une société d'engagements auxquels l'autorisation d'une concentration avait été subordonnée (v. Com., 31 janvier 2018, n° 16-21173). Nous reviendrons sur ce point *infra.*

Sous-section 1 : Le recours contre les actes adoptés dans le cadre du contrôle des concentrations

355. Le contrôle des concentrations : activité régulatoire. Illustrant son appartenance au système de régulation, le contrôle des concentrations économiques repose à la fois sur des outils de contrôle préventif et sur des outils présentant une dimension davantage « curative ».

Les premiers sont mis en œuvre préalablement à la réalisation d'une concentration et permettent à l'administration de veiller à ce que l'opération n'est pas de nature à bouleverser l'équilibre concurrentiel qui existe sur un marché ou à porter une atteinte disproportionnée à d'autres composantes de l'intérêt général. Si elle l'est, ces outils – qui vont du prononcé de mesures correctives permettant d'endiguer les effets indésirables de l'opération au refus d'en autoriser la réalisation – sont l'expression de la dimension préventive de cet arsenal de contrôle.

Les outils curatifs sont, eux, mis en œuvre après la réalisation de l'opération. Leur dimension potentiellement coercitive permet aux autorités de contrôle d'assurer l'effectivité de la dimension préventive de leur action en sanctionnant toute atteinte qui y aurait été portée.

C'est ainsi bien le « couple *ex ante-ex post* »[1] qui est à l'œuvre.

Le contrôle *ex ante* et le contrôle *ex post* participent d'un système global qui poursuit un objectif unique de protection et de maintien d'une concurrence libre et équitable. Néanmoins, en ce que le premier revêt une dimension préventive et le second une dimension curative voire coercitive ; les actes qui les matérialisent présentent des différences tant dans la logique qui les guide que dans les modalités de leur mise en œuvre, lesquelles se répercutent inévitablement sur les recours et modalités de contrôle juridictionnels auxquels ils peuvent donner lieu.

Cela justifie que nous nous intéressions au recours et au contrôle juridictionnels exercés à l'égard des actes relevant du contrôle *ex ante* (§ I) avant de nous intéresser à ceux exercés à l'égard des actes relevant du contrôle *ex post* (§ II).

§ I – Le recours contre les actes relevant du contrôle *ex ante*

356. Compétence du juge administratif et distinction des contentieux. Les recours exercés contre les actes adoptés dans le cadre du contrôle des concentrations relèvent tous de la compétence du Conseil d'État, juridiction suprême de l'ordre administratif. Or le contentieux

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *Ex Ante-Ex Post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation » *in* M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, précité, p. 33-48. Concernant le contrôle des concentrations, l'auteur explique qu'il s'agit d'une forme « d'*ex post* anticipé » (n° 60).

administratif est marqué par une distinction fondamentale entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux. Chacun donnant lieu à des instances régies par des règles différentes, sous la surveillance d'un juge qui dispose de pouvoirs plus ou moins étendus ; il est primordial de déterminer de quel type de recours relèvent les actes envisagés afin d'en retenir les principales caractéristiques nécessaires à notre analyse comparative.

Il serait illusoire de prétendre dresser une liste des critères au regard desquels est déterminé le type du recours exercé devant une juridiction administrative. Prenant acte que c'est, bien souvent, la nature juridique de l'acte qui en est l'objet qui est déterminante, nous procèderons à la recherche de celle des actes envisagés dans l'espoir qu'elle nous conduise à la détermination du type de recours dont chacun relève. Leur analyse pourra alors être menée efficacement.

Il est donc nécessaire de déterminer la nature juridique des actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex ante* des concentrations (A) pour pouvoir déceler les principales caractéristiques du recours juridictionnel dont ils sont susceptibles de faire l'objet (B).

A. Le contrôle *ex ante* : la régulation par une police administrative spéciale

357. Le contrôle *ex ante* des concentrations se concrétise par l'adoption d'une décision d'autorisation ou de refus d'autorisation au terme d'un processus au cours duquel de nombreux actes préparatoires sont adoptés et sur lesquels le juge est voué à exercer son contrôle. Avant d'en rechercher la nature (2), il convient donc de procéder au recensement de ces actes (1).

1. Recensement des actes de mise en œuvre du contrôle *ex ante*

358. À réception de la notification : l'acte d'accuser réception. Le défaut de notification empêche tout contrôle et ne donne donc lieu qu'à une intervention *ex post*. Il sera envisagé plus tard. Partant, c'est le moment de la notification d'un projet de concentration par une ou plusieurs entreprises qui marque le point de départ du processus que le juge saisi d'un recours a pour mission de contrôler. Cette notification, bien qu'elle soit un acte unilatéral dont la charge pèse sur les opérateurs qui ont un projet de concentration[1] tel que défini par le Code de commerce[2], nécessite pour être complète et efficace que l'Autorité de la concurrence en accuse réception[3]

[1] Dès lors que les seuils fixés par l'art. L. 430-2 C. com. sont atteints. En droit positif, ils ne concernent plus que le chiffre d'affaires des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties ou concernées par l'opération. Auparavant, le droit interne reposait en priorité sur un seuil de parts de marchés détenues.
[2] V. les hypothèses envisagées par l'art. L. 430-1 C. com. (schématiquement : fusion, prise de contrôle et création d'une entreprise commune). Si les conditions de seuil étudiées sus-mentionnées sont par ailleurs réunies, l'art. L. 430-3 pose l'obligation de notification préalable et les modalités de son exécution.
[3] Art. R. 430-2, al. 3 C. com.

et organise la publication d'un communiqué en faisant état[1]. Or sa pleine prise d'effet est cruciale car elle déclenche les délais dans lesquels l'Autorité ou le ministre doit se prononcer[2], ou au terme desquels le silence vaut autorisation tacite de l'opération[3]. Bien que simplement préparatoire, l'acte d'accuser réception n'est donc pas neutre pour les entreprises notifiantes qui pourraient avoir intérêt à en saisir le juge.

359. Au cours de la phase d'examen : échange de pièces et secret des affaires. L'examen d'une demande d'autorisation de concentration donne lieu à des échanges de pièces et informations dont certaines peuvent relever du secret des affaires. Naturellement, les parties au projet sont susceptibles de communiquer de telles informations et leur secret doit être préservé à l'égard des tiers, donc principalement lors de la publication d'éléments de la procédure[4].

Mais la phase d'examen préalable sert également à « recueillir auprès des tiers intéressés les informations nécessaires afin d'affiner l'analyse menée sur la base du dossier de notification et de vérifier la pertinence des éléments y figurant »[5]. Dans cette optique, des tiers sont également susceptibles d'être auditionnés et de communiquer des informations couvertes par le secret[6]. Les concernant, la protection doit non seulement être assurée lors de la publication d'éléments de la procédure[7] mais aussi en amont, dès le stade de communication des pièces et informations

[1] En application de l'art. L. 430-3 C. com., l'Autorité publie sur son site internet un communiqué sous cinq jours à compter de la réception de la notification complète. Elle y reprend les éléments qui doivent figurer dans la notification tels que fixés par l'art. R. 430-4 C. com. (v. *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations,* révisées au 23 juillet 2020, § 241 et s.). Le communiqué mentionne notamment le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations.

[2] Art. L. 430-5 C. com. : délai de vingt-cinq jours à compter de la réception de la notification complète (I), qui peut être prolongé de quinze jours en cas de réception d'engagements des parties par l'Autorité (II).

[3] Art. L. 430-5, IV C. com. : en l'absence de réponse au terme du délai de vingt-cinq jours, éventuellement prolongé de quinze jours puis du délai de cinq jours laissé au ministre pour demander un examen approfondi (prévu par l'art. L. 430-7-1, I) l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation.

[4] V. art. D. 430-8, al. 4 C. com. : « les décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre sont publiées dans le respect de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ». Et art. R. 430-7 : à compter de la notification qu'elles reçoivent de la décision de l'Autorité, les parties notifiantes disposent d'un délai de quinze jours avant publication de la décision pour indiquer à l'Autorité ou au ministre les mentions qu'elles estiment relever du secret des affaires et qu'elles souhaitent voir occultées.

[5] L. VOGEL, *Droit de la concurrence – Droit français,* précité, n° 630. V. à ce sujet L. IDOT, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations. Aspects de droit français », *RIDC*, 3-2006, p. 747 et M. DE DROUAS, « Intervention des tiers lors de l'examen d'une concentration par l'Autorité de la concurrence », *CCC*, 10 octobre 2016, étude 8.

[6] Dans ses lignes directrices, l'Autorité explique d'ailleurs que ses agents sont habilités, en application de l'art. L. 450-3 C. com., à requérir, au besoin sous injonction assortie d'une astreinte (art. L. 464-2) tant des parties notifiantes que des tiers, « tous documents professionnels » et « renseignements et justifications qu'ils jugent nécessaires à l'instruction des affaires » (*Lignes directrices*, précitées, § 258). V. aussi les art. L. 430-5 et L. 430-7 et la faculté pour l'Autorité de demander aux parties notifiantes ou aux tiers des éléments complémentaires.

[7] De nouveau prévue par l'art. D. 430-8, al. 4 C. com., précité. V. aussi art. L. 430-10 C. com. L'art. R. 463-15-1 prévoit, quant à lui, les modalités assouplies que doivent suivre ces tiers pour solliciter de l'Autorité et de son rapporteur général l'occultation des éléments qu'elles estiment relever du secret des affaires.

aux parties notifiantes. Dans ce dernier cas, c'est au rapporteur général de l'Autorité qu'il revient d'assurer la protection du secret.

En application de l'article L. 463-4 du Code de commerce, lorsque des demandes tendant à la protection du secret des affaires sont adressées à l'Autorité, son rapporteur général a la faculté d'y faire droit – alors il organise l'occultation des informations couvertes ou la rédaction de résumés non confidentiels – ou de les rejeter s'il les estime infondées. Bien qu'elles aussi adoptées au stade de préparation de la décision sur le fond, ces décisions du rapporteur sont d'un enjeu crucial et immédiat car une fois dévoilé, le secret n'en est plus un.

360. Traitement des demandes de dérogation à l'effet suspensif de la procédure. La notification d'un projet de concentration doit intervenir avant sa réalisation, laquelle ne peut en principe intervenir qu'au terme de la procédure de contrôle, une fois l'autorisation obtenue[1]. La procédure suspend ainsi la réalisation de l'opération pendant toute sa durée, empêchant la prise de contrôle effective.

Des dérogations à cet effet suspensif peuvent être sollicitées auprès de l'Autorité[2]. L'enjeu est parfois crucial pour le projet en cause. Les décisions de l'Autorité, qu'elles soient d'octroi ou de refus d'une dérogation, peuvent alors produire un effet immédiat et décisif. À ce titre, les parties – voire des tiers, en premier lieu des concurrents – pourraient avoir un espoir légitime d'être recevables à en saisir le juge sans attendre le terme de la procédure.

361. Qualification de concentration et appréciation des gains d'efficacité économique. Sur le fond, l'Autorité veille en premier lieu à ce que le projet notifié corresponde bien à l'une des hypothèses de concentration envisagées par le Code et à ce que les entreprises concernées atteignent les seuils à compter desquels le contrôle est requis. Une fois passée cette étape de qualification, l'Autorité doit rechercher[3] si l'opération envisagée ne contribue pas au progrès

[1] Art. L. 430-4, al. 1 C. com.

[2] D'abord, une dérogation peut intervenir « en cas de nécessité particulière dûment motivée » par les entreprises concernées et peut, le cas échéant, être assortie de conditions (art. L. 430-4, al. 2 C. com.). C'est alors à l'Autorité qu'il appartient d'apprécier et de se prononcer sur les éléments invoqués par les parties au soutien de leur demande. Les lignes directrices précitées (§ 147-150) mettent toutefois l'accent sur deux éléments principaux au regard desquels les demandes sont appréciées : la viabilité de l'entreprise concernée (critère essentiel en cas de projet de reprise d'une entreprise en liquidation ou en redressement) et le caractère urgent de l'opération.
Ensuite, une dérogation concerne l'hypothèse d'une concentration intervenant par achat ou échange de titres sur un marché règlementé. En la matière, seul l'exercice des droits attachés aux titres cédés vaut « réalisation effective » de l'opération (art. R. 430-5) et se trouve suspendu le temps de la procédure. Le transfert de propriété des titres intervient lui immédiatement, avant même le terme de la procédure (*Lignes directrices,* précitées, § 157-158). Ici, les critères d'octroi sont objectifs, la marge d'appréciation de l'Autorité est donc moindre.

[3] En pratique la charge de cette démonstration pèse sur les parties auxquelles il « incombe […] de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels et de fournir tous les éléments de preuve utiles pour soutenir cette démonstration » (*Lignes directrices*, précitées, § 768).

économique à un point tel que cette contribution compenserait les atteintes à la concurrence que pourrait emporter sa réalisation[1]. C'est au moyen d'un bilan économique et à l'appui de conditions précisées dans ses lignes directrices[2] que l'Autorité forge son appréciation. Si les parties parviennent à la convaincre que toutes sont réunies, l'opération est autorisée sans être assortie de prescriptions, nonobstant ses éventuels effets anticoncurrentiels. C'est, là encore, une décision qui peut s'avérer cruciale tant pour les parties au projet que pour leurs concurrents.

362. Appréciation de l'exception de l'entreprise défaillante. S'inspirant de la jurisprudence communautaire[3], l'Autorité de la concurrence fait parfois application de cette théorie, importée des États-Unis, aux projets nationaux. Pour que l'exception soit reçue par l'Autorité, les entreprises doivent démontrer que l'entreprise ciblée par l'opération connaissait des difficultés irrémédiables telles qu'elle aurait de toutes façons disparue ; créant, de fait, une restriction de concurrence[4]. Si cette démonstration est faite, le lien de causalité entre la concentration et l'atteinte à la concurrence est rompu. L'Autorité ne peut donc l'invoquer pour fonder un refus et l'opération est autorisée sans être assortie de prescriptions. L'enjeu est encore une fois de taille et le sort du projet entre les mains de l'Autorité.

363. Adoption de mesures correctives : acceptation d'engagements, prononcé d'injonctions. Si aucune des deux causes qui viennent d'être présentées ne justifie une autorisation sans réserve, l'Autorité de la concurrence a le pouvoir d'assortir son autorisation de mesures correctives « remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence »[5].

[1] Art. L. 430-6, al. 1 C. com.
[2] Le progrès allégué doit être « vraisemblable » mais surtout « quantifiable et vérifiable » (§ 770) et profitable à la collectivité et non seulement aux entreprises concernées par l'opération, au détriment de leurs concurrents ou partenaires commerciaux. En d'autres termes, « une part de ces gains [au moins] doit être transférée aux consommateurs » (§ 770)
[3] V. CJCE, 31 mars 1998 *Kali et Salz*, aff. 68/94 et 30/95 qui, pour la première fois, fait application de l'exception.
[4] Il faut qu'il apparaisse, d'une part, qu'au regard de ses difficultés, l'entreprise cible aurait nécessairement et rapidement disparu en l'absence de reprise et d'autre part, qu'il n'existait aucune offre de reprise moins dommageable pour la concurrence. Enfin, les effets de l'opération défavorables aux consommateurs ne doivent pas être plus importants que ceux qui auraient résulté de la disparition pure et simple de l'entreprise cible. Ces conditions, posées par la CJCE, ont été reprises par le Conseil d'État (v. CE, sect., 6 février 2004, n° 249267, sur lequel v. M. BAZEX, S. BLAZY, « L'arrêt SEB-Moulinex, triomphe de la régulation », *Les Échos,* 19 février 2004).
[5] *Lignes directrices,* précitées, § 351.

Dans leur contenu, ces mesures peuvent être structurelles[1] ou comportementales[2] ; la préférence étant aujourd'hui accordée aux premières[3]. En la forme, elles peuvent être soit des engagements proposés par les entreprises et acceptés par l'Autorité, soit des injonctions et prescriptions imposées par elle. Une préférence est nettement affichée pour les engagements et l'Autorité incite les entreprises à en formuler dès les premiers stades du processus[4].

C'est encore à l'Autorité qu'il revient d'apprécier, à l'aune de différents critères[5], si les engagements proposés sont suffisants pour « dissiper les doutes » quant à une éventuelle atteinte à la concurrence qui résulterait de l'opération[6] ou pour « empêcher la réalisation d'une restriction de concurrence » qui paraît probable[7]. Si elle les estime insuffisants, elle peut imposer des injonctions et prescriptions aux parties, voire leur refuser l'autorisation.

Ainsi, sauf hypothèse de refus pur et simple[8], l'Autorité adopte un acte d'autorisation, le cas échéant assorti de mesures correctives mises à la charge des parties. Toutes ces décisions (autorisation, refus d'autorisation, appréciation des engagements proposés, prononcé d'injonctions et prescriptions etc.) doivent non seulement être prises dans le respect d'un certain

[1] De telles mesures « ont pour objet de créer les conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants » (L. VOGEL, ouvrage précité, n° 620) et reposent principalement sur la cession ou la rétrocession d'actifs ou de participations (contrats, marques, droits de propriété intellectuelle…) voire d'activités.

[2] De telles mesures, dont la variété est importante, tendent davantage à réguler le comportement des entreprises sur le marché et consistent par exemple à limiter la part de marché d'un acteur, à aménager ses pratiques tarifaires, à permettre l'accès des concurrents à des infrastructures et débouchés mais aussi à imposer des renonciations à certaines exclusivités, clientèles voire activités ou encore à adresser des interdictions : interdiction de remise de gamme, de développement de la politique commerciale…

[3] *Lignes directrices,* précitées, § 414, 415 et 419 : les mesures comportementales sont présentées comme subsidiaires ou complémentaires à des mesures structurelles. V. M. LAVAL, *La procédure d'engagements en droits européen, français et allemand : étude comparée,* thèse Université Paris Nanterre, 2020, n° 303 et s. qui explique que cette faveur pour les engagements structurels s'observe à l'échelle internationale.

[4] *Lignes directrices,* précitées, § 355 : « le recours aux prescriptions et injonctions est rare […] l'Autorité n'envisage d'imposer ce type de remède que lorsque la partie notifiante refuse de proposer des engagements ou lorsque l'opération porte atteinte à la concurrence de manière significative ou que les engagements proposés sont insuffisants » ; § 358 sur l'invitation à « proposer des engagements le plus tôt possible dans la procédure ».

[5] Dont une liste est fournie : *Lignes directrices,* précitées, § 354 : les engagements doivent être nécessaires et efficaces, proportionnées, rédigés de manière précise et non ambigüe, possibles à mettre en œuvre rapidement et contrôlables, le cas échéant par un mandataire indépendant nominé pour ce faire.

[6] *Lignes directrices,* précitées, § 359. Cette première formule vise l'hypothèse dans laquelle les engagements sont proposés par les parties lors de la première phase de contrôle (art. L. 430-5, II C. com.).

[7] *Lignes directrices,* § 359. La formule renvoie ici au standard que doit remplir l'engagement proposé au stade de l'examen approfondi (art. L. 430-7, II C. com.). Puisque l'ouverture de cette « phase II » est motivée par la persistance d'un doute sérieux quant aux effets anticoncurrentiels de l'opération, les engagements qui y sont proposés doivent être de nature à faire obstacle à ces effets analysés comme très probables par l'Autorité. Le degré d'exigence est supérieur.

[8] L'Autorité a fait un premier usage de ce pouvoir d'interdiction par une décision du 28 août 2020 (n° 20-DCC-116) récemment approuvée par le Conseil d'État (CE, 14 octobre 2020, n° 445680).

nombre de critères et principes, mais également pouvoir faire l'objet d'un recours tendant à ce que le juge contrôle que ces garanties ont été respectées[1].

364. Droit d'évocation du ministre : les motifs tenant à un intérêt autre que concurrentiel. Le déroulement du processus de contrôle indépendant peut se trouver court-circuité par une intervention ministérielle. Soucieux que l'opportunité d'une opération de concentration puisse être appréciée à l'aune de considérations autres que purement concurrentielles, le législateur a conservé la possibilité pour le ministre chargé de l'économie d'intervenir. Il peut le faire soit pour contraindre l'Autorité d'ouvrir une phase de contrôle approfondi[2], soit pour remettre en cause une décision adoptée par celle-ci ; on parle alors d'évocation.

Le ministre peut décider d'évoquer l'affaire dans un délai de vingt-cinq jours à compter de celui où il a reçu, ou a été informé de la décision prise par l'Autorité au terme d'un examen approfondi. Il statue alors en lieu et place de cette dernière par une décision qui se substituera à la sienne. Une telle évocation peut intervenir dès lors qu'elle est justifiée par des « motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence » tels que, « notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi »[3]. À l'instar de l'Autorité, le ministre doit alors rendre sa décision au terme d'un débat contradictoire[4].

Cette intervention exceptionnelle du ministre donne lieu à plusieurs actes successifs : acte d'évoquer (ou, négativement, de ne pas évoquer) d'abord puis, en cas d'évocation, acte emportant refus ou autorisation de l'opération, le cas échant assortie d'engagements pris par les parties. Tous sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts des entreprises concernées ou affectées par le projet et doivent à ce titre pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dont l'ampleur et les modalités dépendront de la qualification juridique qui leur est appliquée.

2. Nature des actes de mise en œuvre du contrôle *ex ante*

365. La finalité de la mesure, critère de distinction entre sanction et mesure de police. Les actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex ante* le sont par une autorité administrative et

[1] Il n'est pas sans intérêt de noter que le caractère « négocié » ou « conventionnel » des engagements ne semble avoir aucune conséquence sur l'appréhension de l'acte par le juge. Un maître des requêtes au Conseil d'État a ainsi pu écrire que « la circonstance que les mesures correctives prennent la forme d'engagements ou d'injonctions nous paraît indifférente, les uns comme les autres étant, malgré les apparences, véritablement intégrés dans la décision unilatérale d'autorisation » (G. ODINET, « Le Conseil d'État, juge des concentrations », *RLC,* n° 2016/47, p. 21). V. à ce sujet les développements de F. BLANC, thèse précitée, n° 428 et s. Nous avons vu qu'il n'en allait pas tout à fait ainsi en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, nous y reviendrons.
[2] Art. L. 430-7-1, I C. com.
[3] Art. L. 430-7-1, II C. com.
[4] Art. L. 430-7-1, al. 4, C. com.

concernent une opération économique et des personnes déterminées. Ils ne sont ainsi pas des actes règlementaires ou contractuels[1]. C'est donc au sein des actes administratifs unilatéraux qu'il convient de rechercher leur qualification. Cela commande de s'arrêter sur les éléments permettant de distinguer la mesure de police administrative de la sanction administrative.

Dans une étude de 1995, le Conseil d'État résume ainsi l'état de sa jurisprudence relative à cette distinction cardinale des actes administratifs unilatéraux : « les sanctions sont d'une nature essentiellement répressive. Elles procèdent d'une intention de punir un manquement à une obligation. Elles se fondent sur un comportement personnel considéré comme fautif. Au contraire, les mesures de police ont une finalité essentielle préventive »[2]. Le critère retenu est finaliste : relève de la qualification de mesure de police administrative la mesure qui a une dimension préventive en ce qu'elle intervient, en l'absence d'atteinte à l'ordre public, pour éviter qu'une telle atteinte ne survienne ou tend à « mettre fin à une situation ou à un comportement de nature à troubler l'ordre public »[3]. Relève au contraire de la qualification de sanction administrative l'acte pris consécutivement et en répression à un manquement, à une faute et, plus largement, à une atteinte à l'ordre public. Un tel acte « suppose l'infliction d'une peine, qui consiste en une atteinte à la situation matérielle ou morale de l'individu »[4].

C'est ainsi à une analyse du texte qui confère à l'autorité administrative le pouvoir en cause que le Conseil d'État invite pour en arrêter la qualification. Si l'octroi de ce pouvoir tend à la préservation de l'ordre public, il s'agit d'un pouvoir et donc d'actes de police. S'il tend à la répression d'un comportement fautif, il s'agit d'un pouvoir et donc d'actes de sanction. Lorsque le pouvoir octroyé peut être mis en œuvre tant dans un cadre répressif que préventif[5], le juge est alors contraint de procéder à une analyse *in concreto* pour rechercher si, dans le cas dont il est saisi, ce pouvoir a été mis en œuvre dans un but préventif ou répressif.

Dans le champ de la régulation, où la jurisprudence relative à la distinction mesure de police/sanction est prolifique, ce critère finaliste semble être appliqué sans spécificité[6].

---

[1] Même lorsqu'une autorisation est assortie d'engagements proposés par les parties et acceptés par l'Autorité. Il s'agit alors d'un acte ou autorisation « conditionné » et cette dimension ne modifie en rien leur nature unilatérale car « subordonner n'est pas contracter » (v. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, précité, n° 813-815).

[2] *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions : étude adoptée par l'Assemblée Générale du Conseil d'État le 8 décembre 1994,* La Documentation française, 1995.

[3] J. PETIT, « Police et sanction », *JCP A*, 2013, 2073, spéc. n° 6.

[4] *Ibid.*, n° 5.

[5] Par ex. : pouvoir de retirer une autorisation / un agrément qui peut être utilisé dans un but préventif de protection de l'ordre public ou dans un but répressif, en réaction à un manquement à ses obligations par le bénéficiaire.

[6] Par ex. à propos du pouvoir octroyé à la COB de retirer l'agrément de sociétés de gestion de portefeuilles en cas de manquement à leurs obligations professionnelles par les bénéficiaires, mais aussi, en l'absence de toute faute, pour répondre à des considérations tenant à la police des marchés et à la protection des investisseurs. Pour qualifier l'acte de retrait, le Conseil d'État a rappelé qu'il convenait de rechercher si le pouvoir avait été mis en œuvre dans

366. Dimension préventive du contrôle *ex ante.* Inévitablement, la question s'est posée à l'égard des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations. Elle y dispose de pouvoirs – notamment d'octroi, de refus et de retrait d'autorisation – qu'elle peut mettre en œuvre soit dans le cadre du contrôle *ex ante*, soit dans le cadre d'un suivi *ex post* des opérations autorisées ; le retrait est alors prononcé lorsque les parties à l'opération ont méconnu les engagements ou injonctions auxquels elles étaient tenues.

Concernant les actes de contrôle *ex ante*, la lecture des textes laisse peu de place au doute : c'est dans l'hypothèse d'un doute sérieux ou d'un risque avéré d'atteinte à l'ordre public concurrentiel – ou à un intérêt général autre que concurrentiel dans le cadre de l'intervention du ministre – que l'autorisation peut être refusée. À l'inverse, ça n'est que dans l'hypothèse d'une absence de risque avéré d'une telle atteinte, ou en présence de circonstances permettant d'en compenser les effets qu'elle est délivrée sans réserve. À mi-chemin, si des risques existent mais qu'ils peuvent être endigués par l'adoption de mesures comportementales ou structurelles, l'autorisation est délivrée moyennant le respect d'engagements ou d'injonctions par les entreprises concernées. Les objectifs de ce contrôle préalable sont clairs : il tend, en premier lieu, à empêcher toute atteinte à l'ordre public concurrentiel mais également, via la faculté d'intervention confiée au ministre, à la protection d'un ordre public et d'un intérêt général autres que concurrentiels. Les actes adoptés dans ce cadre ont donc une fonction préventive. Ils relèvent, dès lors, de la qualification d'actes de police administrative.

367. Des actes de police administrative spéciale. Tirant logiquement les conséquences de ce qui vient d'être rappelé, le Conseil d'État a jugé que « lorsqu'elle se prononce sur une opération de concentration qui lui a été notifiée, l'Autorité de la concurrence, qui ne prononce pas une sanction, statue sur une demande qui lui est présentée et, alors même qu'elle se prononce sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, ne tranche pas une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, mais *exerce un pouvoir de police* »[1]. Les actes adoptés dans ce cadre, qu'ils le soient par l'Autorité ou par le ministre, relèvent d'un pouvoir

un but répressif, en réaction à la violation de ses obligations par une entreprise, ou dans un but strictement préventif de protection des marchés et des investisseurs ; confirmant ainsi le critère finaliste de distinction. V. CE, 22 juin 2001 *Sté Athis*, n° 193392 : « Qu'en prenant la situation attaquée, la Commission des opérations de bourse n'a pas entendu sanctionner un manquement de la société à ses obligations mais, dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché, assurer la sécurité des investisseurs », ce qui permet au Conseil d'écarter la qualification et donc le régime applicable aux sanctions administratives. Sur cet arrêt v. *RFDA,* 2002, p. 509, concl. F. LAMY ; *AJDA*, 2002, p. 625, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN.

[1] CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal Plus,* n° 362347, 363542 et 363703 (affaires « *Canal Plus II* »), cons. 20 (nous soulignons).

de police administrative spéciale destiné à préserver l'ordre public concurrentiel[1]. De cette qualification découlent, au moins pour partie, les modalités du contrôle juridictionnel dont ils sont susceptibles de faire l'objet.

B. Le recours : contrôle approfondi et pouvoirs limités du juge

368. Éléments de l'instance, office du juge. Poursuivant notre démarche comparatiste, l'étude du recours juridictionnel ouvert contre les actes qui viennent d'être identifiés et qualifiés nous conduira de nouveau à nous intéresser aux éléments de l'instance de recours (1) avant de nous consacrer à l'étude de l'office du juge qui en est saisi (2). Au préalable, nous orienterons et délimiterons le propos en démontrant que seul le recours pour excès de pouvoir est ici ouvert.

Préliminairement à ces différents points, il nous faut consacrer quelques observations au recours spécifique ouvert contre les décisions prises en matière de protection du secret des affaires.

369. Préliminaires (1) : le recours contre les décisions relatives au secret d'affaires, nouvel imbroglio. Diverses décisions peuvent être prises par le rapporteur général de l'Autorité en vue de la protection du secret des affaires dans le cadre de l'examen d'une demande d'autorisation de concentration[2]. Toutes doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel au sujet duquel le droit positif n'est pas des plus clairs.

Ce n'est que dans le cadre de la procédure d'examen approfondi que les textes traitent de la question[3] en procédant à un renvoi aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 464-7 du Code de commerce[4]. Or l'applicabilité de l'article L. 463-4 pourrait conduire à celle des dispositions qui en précisent les modalités de mise en œuvre[5]. Si l'on retient l'hypothèse, en application de l'article R. 464-29, les décisions de classement ou de refus de déclassement ne sont susceptibles

[1] Alors que la police administrative générale tend à assurer la sauvegarde de l'ordre public « en général », les polices spéciales « désignent les attributions qui, parmi toutes celles entrant dans le champ du pouvoir de police administrative, consistent à restreindre une activité privée *déterminée* [ici, l'activité économique sur un marché concurrentiel] en vue de prévenir un péril *spécifique*, de faire cesser un danger *singulier*, de mettre un terme à un désordre *particulier* [ici l'atteinte à la libre concurrence résultant du rapprochement de deux acteurs économiques]. À l'inverse de la police générale, une police spéciale se singularise par la spécialité des autorités administratives habilitées à agir [ici l'Autorité de la concurrence et le ministère de l'Économie], par la spécialité de l'ordre public qu'elle entend préserver [ici l'ordre public concurrentiel] (…) », B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 615.

[2] La protection du secret des affaires est assurée, en matière de concentration, au profit des « personnes apportant des informations à l'Autorité de la concurrence », par une procédure simplifiée : il suffit à ces tiers de préciser à l'Autorité celles des informations qui constituent des secrets d'affaires (v. art. L. 430-10 et R. 463-15-1 C. com.). Les parties notifiantes sont quant à elles couvertes par l'art. L. 463-4 C. com. sur lequel v. *supra.*

[3] V. aussi art. R. 430-7, al. 2 C. com. qui fixe le délai dans lequel les demandes tendant à la protection du secret doivent être formulées après réception de la notification des différentes décisions rendues par l'Autorité.

[4] V. art. L. 430-6, al. 2 C. com. qui dispose que la procédure d'examen approfondi est soumise à ces dispositions.

[5] Spéc. art R. 464-24-1 à R. 464-24-8, R. 464-29 et L. 464-8-1 C. com.

de recours qu'avec la décision de l'Autorité sur le fond et relèvent de la compétence exclusive du Conseil d'État[1].

La solution est moins opportune concernant les décisions de déclassement ou de refus de classement : l'article L. 464-8-1 prévoit que de telles décisions sont susceptibles de recours immédiat devant le premier président de la Cour d'appel de Paris[2]. Bien que rien ne l'y invite[3], il est souhaitable que la jurisprudence circonscrive l'application de cette disposition au contentieux des pratiques anticoncurrentielles et maintienne la compétence du Conseil d'État pour connaître du recours contre toutes décisions prises par le rapporteur général dans le cadre de l'examen des projets de concentration[4]. Alors, une mise à l'écart d'une partie seulement du dispositif est-elle envisageable ? Ou devrait-elle conduire à l'inapplicabilité de l'ensemble de la procédure organisée par les articles R. 464-24-1 et suivants du Code de commerce ? Dans la première hypothèse, un recours immédiat serait envisageable devant un juge du fond – *a priori* le Conseil d'État – qui, faute d'application de l'article L. 464-8-1[5], statuerait en qualité de juge de l'excès de pouvoir. Il pourrait être accompagné d'un référé suspension[6]. Il s'agirait là de maintenir une solution consacrée antérieurement à l'entrée en vigueur de ce dispositif particulier[7]. Dans la seconde hypothèse, faute de disposition organisation un recours immédiat spécifique, on pourrait envisager que l'entreprise mécontente de la décision du rapporteur général saisisse le juge de l'urgence par la voie du nouveau « référé secret des affaires » (art. R. 557-3 CJA) sur lequel nous reviendrons plus amplement au chapitre suivant. Tout cela semble bien incertain. Quelques précisions sont à espérer.

---

[1] Seul compétent pour connaître du recours contre les décisions de l'Autorité rendues en matière de concentration (art. R. 311-1, 4° CJA).

[2] Sur ce texte et la chronologie ayant abouti à son adoption v. *supra.*

[3] Pas même la position du texte dans le Code de commerce puisqu'il figure dans un chapitre consacré aux décisions de l'Autorité de la concurrence et aux voies de recours auxquelles elles peuvent donner lieu. Il pourrait donc trouver à s'appliquer tant en matière de pratiques anticoncurrentielles que de contrôle des concentrations.

[4] À défaut, alors que le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours au fond, la Cour de Paris serait compétente pour connaître du recours contre les décisions du rapporteur général. On se retrouverait dans une situation de dualité de compétence inverse de celle qui a existé un temps en matière de pratiques anticoncurrentielles (v. *supra*). Les mêmes risques et désagréments existeraient, ce dont on ne peut se satisfaire.

[5] Qui ouvre « un recours en réformation ou en annulation devant le premier président » de la cour de Paris.

[6] L'efficacité du procédé n'est pas assurée : « même avec l'utilisation du référé, l'accès au juge est difficile : dès que les documents faisant l'objet de la levée du secret des affaires auront été communiqués aux parties intéressées, ce qui tend à advenir dans les jours suivants la décision […], cette décision sera alors pleinement exécutée et le recours devant le juge des référés perdra son objet » (G. ODINET, article précité).

[7] V. CE, ord., 18 mars 2015 *Sté Orange SA*, n° 388586 et 388592, qui juge que la décision du rapporteur général est « susceptible de faire grief » et qu'elle est « sans incidence sur la procédure suivie devant l'Autorité » dont elle est « détachable ». Il en résulte qu'en application de l'art. R. 311-1 CJA, le recours immédiat relève de la compétence exclusive du Conseil d'État. Le maintien de cette jurisprudence, bien que contraire à la lettre de l'art. L. 464-8-1 C. com., permettrait d'éviter un nouvel éclatement du contentieux.

370. Préliminaires (2) : le recours contre les décisions relatives au secret d'affaires, office du juge. En toute hypothèse, le juge est, dans le cadre de ce recours, conduit à apprécier la conciliation opérée par le rapporteur général entre la protection du secret légitime et les droits des parties et tiers intéressés à la procédure. Son contrôle est approfondi mais ses pouvoirs limités : saisi sur recours pour excès de pouvoir, il ne dispose que d'un pouvoir d'annulation dont il use avec parcimonie, qu'en présence d'une atteinte substantielle aux droits de la défense[1]. Saisi en référé, il pourrait en outre ordonner « toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée » utile au rétablissement d'une protection qu'il estime avoir été injustement refusée ou levée. En tout état de cause, les décisions ont, en la matière, un caractère irrémédiable : faute d'intervenir dans de très brefs délais pour prononcer le sursis de la décision du rapporteur général, adresser à ce dernier des injonctions, rétablir la protection et/ou se prononcer sur la légalité de sa décision, le juge risque d'intervenir une fois le secret levé et l'information communiquée…lorsque le mal est fait. La mise à l'écart, au moins partielle, de la procédure spécifique du Code de commerce est nécessaire pour éviter un éclatement inopportun du contentieux. Elle renforce toutefois la confusion et le risque que le juge intervienne à contretemps[2]. Tout cela est insatisfaisant eu égard à l'importance de l'enjeu.

371. Prolégomènes : le recours pour excès de pouvoir, seule voie ouverte contre les actes de contrôle *ex ante*. Sur le traitement du fond, l'exclusion de la qualification de sanction a une conséquence majeure sur la nature du recours dont sont susceptibles de faire l'objet les actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex ante*. En effet, seules les sanctions doivent systématiquement pouvoir faire l'objet d'un recours de pleine juridiction[3]. Les mesures de police sont, elles, le plus souvent abandonnées à contentieux de la légalité et de l'annulation. Faute de disposition spécifique, c'est bien du contentieux de l'excès de pouvoir que relèvent

[1] G. ODINET, article précité, qui explique que « l'impératif de célérité de la procédure d'examen des concentrations […] peut justifier certaines approximations ». Le rapporteur doit en principe donner accès à tous les documents nécessaires à l'exercice des droits de la défense en ayant recours, si nécessaire, à des occultations ou résumés d'informations secrètes. Mais le contrôle du juge à cet égard semble pragmatique et quelque peu assoupli : il « ne censure pas la décision d'autorisation au seul motif que certains éléments nécessaires à l'exercice des droits de la défense n'ont pas été transmis : il recherche […] si les insuffisances constatées, eu égard à l'importance qualitative et quantitative des informations concernées, ont été de nature à porter une atteinte substantielle à l'exercice des droits de la défense, qui rendrait irrégulière la procédure suivie par l'Autorité ».

[2] Le recours prévu par l'art. L. 464-8-1 C. com. n'est pas, non plus, suspensif. Reste qu'une disposition spécifique prévoit que le premier président de la Cour d'appel de Paris ou son délégué peut « ordonner qu'il soit sursis à exécution » de la décision du rapporteur général si elle est « susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives » (art. R. 464-24-4, al. 2). Bien que cet état du droit ne nous semble pas suffisamment protecteur (v. nos développements et propositions *infra,* Partie II – Titre I – Chap. 2) ce texte spécifique et la procédure accélérée par laquelle la demande de sursis peut être formulée (art. L. 464-24-5 qui renvoie à l'art. 485, al. 2 CPC) nous semblent de nature à favoriser une attention et une réactivité particulières du premier président.

[3] CE, ass., 16 février 2009 *ATOM,* n° 274000, nous y reviendrons longuement.

les recours contre ces actes[1]. En droit positif, seul le Conseil d'État est compétent pour en connaître ; que le recours ait pour objet un acte de l'Autorité[2] ou du ministre[3]. C'est au régime de ce recours qu'il convient désormais de nous consacrer, précision étant faite que nous nous focaliserons sur les seuls éléments qui présentent un intérêt pour notre approche comparatiste. Nous renvoyons pour le reste au droit commun du contentieux administratif qui a pleine vocation à s'appliquer.

1. Éléments de l'instance de recours

372. Reprenant une structure exposée plus tôt, nous commencerons par recenser les acteurs potentiels de l'instance qui naît de l'exercice d'un recours contre les actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex ante* des projets de concentration (a) avant d'en étudier la matière (b).

a. Les acteurs de l'instance de recours

373. Présence systématique de l'auteur de l'acte. Nul besoin d'y revenir, il a déjà été rappelé que dans le contentieux administratif et, spécifiquement, dans le recours pour excès de pouvoir, l'auteur de l'acte objet d'un recours se voit systématiquement reconnaître la qualité de partie afin de « défendre son acte »[4]. Alors, selon que la décision a été rendue par l'Autorité de la concurrence ou, sur évocation, par le ministre chargé de l'économie, le défendeur sera un représentant de l'un ou l'autre. Le recours relevant de la compétence du Conseil d'État, cet élément ne soulève pas de difficulté. Quant à la représentation indépendante de l'intérêt général au stade du contrôle juridictionnel, un acteur du procès administratif en est chargé.

374. Présence du rapporteur public. De manière tout à fait classique, un rapporteur public est en principe joint à toute procédure de recours. Sa mission est double[5]. Elle consiste d'abord à éclairer, par ses conclusions, la formation de jugement sur les questions qu'implique de trancher le recours dont elle est saisie ainsi que sur l'état du droit positif et de la jurisprudence les concernant. Il lui appartient, ensuite, de donner une opinion et de suggérer à cette dernière la

[1] CE, sect., 31 mai 2000 *Sté Casino-Guichard-Perrachon,* n° 213161 et 213352.
[2] Art. R. 311-1, 4° CJA tel que modifié par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 *relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives*.
[3] Depuis l'entrée en vigueur, au 1er janvier 2001, du décret n° 2000-389 du 4 mai 2000 précité. Cette compétence exclusive est désormais codifiée à l'art. R. 311-1, 7° CJA.
[4] V. Section 1 du présent Chapitre et spéc. § I, A. Les difficultés qui ont pu se poser quant à la reconnaissance de cette qualité à l'Autorité de la concurrence par la Cour d'appel de Paris ne se retrouvent donc pas dans ce cadre.
[5] V. art. L. 7 CJA et la formule classique par laquelle le Conseil d'État décrit la mission de ce protagoniste du procès administratif : CE, 29 juillet 1998 *Esclatine,* n° 179635 et 180208 : qui explique qu'il a « pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient ».

solution du litige qui lui semble la plus conforme à l'intérêt général dont il est dépositaire. Par-delà ces acteurs publics, divers opérateurs sont susceptibles de rejoindre le cercle de l'instance.

375. Auteurs potentiels du recours : les parties au projet de concentration. La première catégorie de demandeurs potentiels est constituée des entreprises parties au projet de concentration qui ont pris l'initiative de le notifier à l'Autorité. Cette dernière précise, dans ses lignes directrices, que l'expression d'« entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration » utilisée par le Code de commerce recouvre « la même réalité » que celle d' « entreprises concernées » utilisée par les dispositions européennes[1]. Selon le type d'opération en cause, l'Autorité propose une liste des entreprises qu'il convient d'intégrer à ces deux formules[2]. Ces entreprises sont en première ligne : ce sont elles qui requièrent l'autorisation nécessaire à l'aboutissement d'un projet économique souvent bien avancé. Leurs droits et intérêts sont par conséquent susceptibles d'être affectés par les divers actes et décisions prises par les autorités de contrôle.

376. Auteurs potentiels du recours : tiers dont les droits peuvent être affectés. L'opération projetée ayant vocation à intervenir entre entreprises intervenant sur un ou plusieurs marchés concurrentiels, elle est susceptible d'avoir un impact sur la situation d'autres opérateurs économiques. Confirmant la position adoptée dans le contentieux général[3], le juge de l'excès de pouvoir offre un accès assez large à son prétoire. Différentes catégories de tiers se sont ainsi vues reconnaître un intérêt à agir en contestation de la légalité d'actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex ante*.

[1] *Lignes directrices,* précitées, § 115.

[2] *Lignes directrices,* précitées, § 116 : sont des entreprises concernées : en cas de fusion, les entreprises qui fusionnent ; en cas de prise de contrôle exclusif, l'entreprise qui acquiert le contrôle et la cible ; en cas de prise de contrôle conjoint d'une entreprise existante, les entreprises qui acquièrent le contrôle et l'entreprise acquise mais aussi, lorsque l'entreprise qui préexistait à l'opération était sous le contrôle exclusif d'une société, cette dernière (dans cette dernière hypothèse, l'entreprise préexistante n'est alors plus considérée comme partie à l'opération). Sont également entreprises concernées : en cas de transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, l'entreprise qui acquiert le contrôle et la cible (exclusion des cédantes) ; en cas de prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée, les entreprises contrôlantes (exclusion de l'entreprise créée).

[3] L'ouverture du prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux tiers est communément qualifiée de large par la doctrine publiciste. Cela résulte d'une appréciation souple de l'intérêt donnant qualité à agir dans un recours en contestation de la légalité d'un acte administratif. La simple « lésion d'un intérêt » suffit à se voir reconnaître intérêt à agir : v. CE, ass., 26 mai 1995 *Préfet de la Guadeloupe et Etna,* n° 168391 et 168993. Sur cette question v. D. BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA,* 2003, n° 24, p. 6.

La première catégorie englobe les « tiers externes »[1] : il s'agit des concurrents des parties au projet qui sont recevables à agir dès lors qu'ils démontrent, individuellement[2] ou collectivement[3], que la décision en cause risque de léser leurs intérêts. On peut y ajouter les fournisseurs ainsi que l'ensemble des clients des entreprises notifiantes[4].

Une deuxième catégorie est composée des tiers internes aux parties à l'opération : intérêt à agir a été reconnu à une société actionnaire de l'une des entreprises parties à une concentration autorisée sans réserve par le ministre de l'Économie[5]. Par extension il faut considérer que tout actionnaire, voire même dirigeant ou travailleur[6] d'une entreprise partie à un projet de concentration est susceptible d'être recevable à agir en contestation de la légalité des décisions rendues au cours de la procédure de contrôle.

Une troisième catégorie hybride intègre les « autres parties intéressées »[7]: il s'agit du vendeur ou de l'entreprise cible de l'opération lorsqu'elle ne supporte pas la charge de la notification[8]. Bien que n'étant pas « parties notifiantes », ces entreprises sont également susceptibles d'avoir un intérêt à agir contre les actes et décisions envisagés, notamment lorsqu'ils s'opposent à l'opération ou en conditionnent la réalisation à des conditions jugées trop strictes.

À l'observation de la jurisprudence récente, le critère général de recevabilité d'une action en contestation de la légalité d'un acte adopté dans le cadre du contrôle *ex ante* semble être celui de l'exercice direct ou indirect[9], par le requérant, d'une activité économique sur le marché concerné par le projet d'opération qui en a fait l'objet[10]. Seule une personne ne répondant pas à ce dénominateur commun peut être qualifiée de *penitus extranei* et, à ce titre, irrecevable à

[1] La dichotomie « tiers internes », « tiers externes » est empruntée à L. IDOT, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations (…) » précité, spéc. n° 3.
[2] V. par ex. CE, 25 mai 2018 *Société OCEA,* n° 404382, qui se prononce sur la requête en annulation portée par un concurrent contre une décision par laquelle l'Autorité autorise, sans condition, une concentration sur le marché de la construction navale.
[3] A ainsi été jugée recevable l'action d'une association regroupant des concurrents des entreprises parties au projet de concentration : CE, 21 octobre 2016 *Association des entreprises de biologie médicale,* n° 394117.
[4] CE, 13 février 2006 *Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise,* n° 279180.
[5] CE, sect., 31 janvier 2007 *Société France Antilles*, n° 294896.
[6] V. L. IDOT, article précité, n° 3.
[7] Classification utilisée par l'art. 11 du règlement n° 802/2004 du 7 avril 2014 *concernant la mise en œuvre du règlement n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.*
[8] V. art. L. 403-3, al. 2 C. com. : ça n'est que dans le cadre d'une fusion que l'entreprise cible a à sa charge une obligation de notification et qu'elle peut, à ce titre, être qualifiée de véritable partie à l'opération.
[9] Nous visons par cette formule le cas du requérant qui serait actionnaire, dirigeant ou travailleur d'une société exerçant une activité sur le marché concerné. Le consommateur final pourrait même, par extension, y être intégré.
[10] V. CE, 4 avril 2018 *Société Beaugrenelle Patrimoine*, n° 405343, qui juge irrecevable le recours d'une société au motif qu'elle « n'exerce son activité sur aucun des marchés concernés par l'opération [objet de la décision en cause] ».

agir. Le champ des demandeurs potentiels est donc large et leurs intérêts divergents[1]. Notons qu'à la différence du recours de plein contentieux, le recours pour excès de pouvoir donne en principe lieu au seul prononcé d'une annulation qui produit des effets *erga omnes*. Il est donc moins impératif que l'ensemble des parties et tiers intéressés soient joints à l'instance : la mise en cause et l'intervention présentent donc, dans ce cadre, un intérêt et des difficultés moindres. Le prétoire est largement ouvert et il importe, de ce point de vue, assez peu que les opérateurs y accèdent en qualité de partie requérante ou d'intervenant.

377. Absence d'initiative publique ? Aucun acteur public ne semble, dans ce cadre, disposer de la faculté d'exercer un recours contre une décision de l'Autorité ou du ministre. Une explication peut être avancée. Octroyer à celle-ci la faculté d'engager un recours contre les décisions de celui-là ruinerait l'économie du pouvoir d'évocation dont il bénéficie. Octroyer à celui-là la faculté d'agir contre les décisions de celle-ci reviendrait à méconnaître le principe en vertu duquel une autorité administrative est irrecevable à saisir le juge d'une demande tendant à l'édiction d'un acte qu'elle a le pouvoir d'adopter[2]. En outre, rappelons que le juge administratif est réputé disposer d'un large pouvoir de relever des moyens d'office, que l'auteur de l'acte litigieux est partie à l'instance et que le rapporteur public a vocation à y porter la voix de l'intérêt général. Il en résulte que le risque de « captivité » du Conseil d'État est limité.

Reste une hypothèse d'exercice du recours par une autorité publique qui peut être envisagée : le Conseil d'État juge recevable l'action engagée par une autorité administrative contre l'acte d'une autre autorité qui perturbe son activité[3]. Dans notre champ, on songe en premier lieu à une autorité de régulation sectorielle dont le secteur d'intervention serait directement impacté par l'opération contrôlée par l'Autorité de la concurrence. À titre d'illustration, le principe d'une autorisation, ses modalités ou la décision de refus d'une concentration dans le secteur de l'audiovisuel pourraient alors donner lieu à l'exercice d'un recours par le président de l'Arcom. Il n'est en effet pas certain que les pouvoirs consultatifs de ces autorités[4] constituent un obstacle pour ce faire. Les hypothèses seraient nombreuses. Il faut néanmoins espérer que les échanges entre ces autorités suffisent à rendre de tels recours très exceptionnels.

---

[1] Alors que certains ont intérêt à contester les décisions d'autorisation ou l'insuffisance des mesures correctives qui les conditionnent ; d'autres ont, au contraire, davantage intérêt à contester le refus d'autorisation ou l'excès des mesures qui en conditionnent l'octroi.

[2] CE, 30 mai 1913 *Préfet de l'Eure,* n° 49241. Le pouvoir d'évocation du ministre lui permet en effet de substituer son appréciation et sa décision à celles de l'Autorité.

[3] CE, sect., 6 décembre 1968 *Ministre des armées c/ Ruffin*, n° 74284. Un tel recours est recevable à condition qu'aucun lien hiérarchique n'unisse ces deux autorités.

[4] V. art. R. 463-9 C. com.

Venons-en, désormais, à l'étude de la composition de la matière litigieuse à l'établissement de laquelle peut aboutir la contribution de ces différents acteurs.

b. La matière de l'instance de recours

378. La légalité d'un acte administratif au cœur du recours. Nous évoquerons *infra* le champ du contrôle opéré par le juge. Il suffit ici de rappeler que le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et la limite des pouvoirs de son juge conduisent à ce que la matière de l'instance de recours ne soit constituée que de moyens relatifs à la légalité de l'acte litigieux ; ici l'acte adopté par l'Autorité ou le ministre dans le cadre du contrôle *ex ante* d'un projet de concentration. En outre, le Conseil d'État bénéficie des pouvoirs généraux qui lui sont octroyés par la loi, au premier rang desquels ceux d'adresser à l'administration des injonctions, éventuellement assorties d'astreintes[1]. La matière litigieuse peut donc se trouver complétée par des demandes tendant à leur mise en œuvre à l'encontre de l'Autorité ou du ministre.

379. Établissement de la matière litigieuse : rôle actif du juge. Lors de l'étude du recours exercé contre les actes adoptés par l'Autorité de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, il a été rappelé qu'en procédure civile, le principe est que les parties jouent un rôle prépondérant dans l'établissement de la matière de l'instance et que le juge n'y joue qu'un rôle subsidiaire. Les recours ici envisagés relèvent de la compétence du Conseil d'État. Or il s'agit là d'un élément sur lequel insistent les tenants de la thèse d'une distinction encore tenace entre office des juges administratif et judiciaire : la dimension accusatoire du procès civil laisserait place, en contentieux administratif, à une procédure inquisitoire où il ne serait fait « aucune place au principe dispositif »[2] ; notamment car le juge administratif dispose d'un large pouvoir de relever d'office des moyens de droit.

Cette distinction étanche des offices est vivement discutée et nous en avons amorcé une présentation atténuée. Nous y reviendrons lorsque la question présentera un plus grand enjeu. Contentons-nous à ce stade de retenir que dans le cadre de l'instance qui naît de l'exercice d'un recours contre un acte adopté à l'occasion du contrôle *ex ante* des concentrations, tant le juge que les parties œuvrent à l'établissement de la matière litigieuse[3].

---

[1] Sur lesquels v. notamment art. L. 911-1 à L. 911-3 CJA et nos développements *infra.*

[2] O. GOHIN, « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », *RDP,* 2005, p. 171, cela car un tel principe « exprime la conception […] accusatoire de tout procès civil puisqu'il est d'abord, sans l'être exclusivement, la chose des parties ».

[3] F. BLANCO, ouvrage précité, n° 600-602, l'auteur explique que malgré la tendance inquisitoriale de la procédure. « il revient aux parties au litige de fixer le cadre de l'instance » ; ce sont leurs conclusions qui « déterminent l'*objet de la demande en justice* ». C'est bien « la demande des parties » qui « fixe le terrain juridictionnel du litige ».

2. Office du juge de recours

380. Sur la base des prétentions dont il est saisi, il revient au Conseil d'État d'exercer son office en procédant au contrôle de la régularité de la procédure menée par l'Autorité de la concurrence, de l'éventuelle intervention du ministre ainsi que de la légalité de l'acte adopté au cours, ou au terme de cette procédure et qui fait l'objet du recours. Pour procéder à l'étude de cette phase cruciale, nous mobiliserons un découpage déjà proposé : l'étude des dimensions du contrôle (a) précèdera ainsi celle des pouvoirs dont dispose le juge saisi du recours (b).

a. Les dimensions du contrôle juridictionnel

381. Une fois le champ du contrôle opéré par le Conseil d'État délimité (i), il conviendra d'en étudier l'intensité (ii). Au préalable, quelques considérations générales doivent d'être exposées.

382. Prolégomènes : l'intensité variable du contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir. En contentieux administratif, il est établi que le juge de l'annulation fait porter son contrôle tant sur les éléments de légalité externe que de légalité interne de l'acte litigieux[1]. Mais l'intensité du contrôle opéré sur certains de ces éléments est variable. Elle dépend de l'existence et de l'ampleur d'un pouvoir discrétionnaire qui serait reconnu à l'autorité auteur dudit acte[2].

Que l'administration bénéficie ou non d'un tel pouvoir, le juge contrôle toujours avec une intensité invariable que l'auteur de l'acte se soit conformé aux règles de compétences, de forme et de procédure qui encadrent son action et qu'il ait agi dans un but et sur la base de motifs conformes à sa mission ; le tout sans violation de la loi et en ayant apprécié dans les formes requises la matérialité des faits en considération desquels il a statué[3]. Ainsi, « l'existence d'un pouvoir discrétionnaire n'a d'incidence que sur la manière dont le juge de l'excès de pouvoir contrôle la *qualification juridique et l'adéquation des faits* servant de fondements aux décisions administratives »[4]. C'est donc lorsqu'il vérifie que l'auteur de l'acte a procédé à une correcte

[1] Sur cette classification v. Sect. 1 – § I – B du présent Chapitre et les réf. citées. Pour une autre présentation v. B. PLESSIX, *Droit administratif général,* précité, n° 1146 et s.

[2] B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1159 : « Aux yeux du juge administratif français de l'excès de pouvoir, l'exercice concret et effectif de son contrôle de légalité ne dépend que d'une seule donnée : l'existence d'une situation de *pouvoir discrétionnaire*, c'est-à-dire […] le cas de figure où les règles de droit applicables à l'action administrative ne dictent pas à l'avance le choix de la décision à prendre, de sorte que l'Administration bénéficie d'une marge de manœuvre et d'une liberté de choix pour décider si, quand et comment agir. Cette configuration juridique est regardée par le juge de l'excès de pouvoir comme ayant, seule, une incidence réelle sur son office ». Sur la notion et les conséquences de l'existence d'un tel pouvoir v. *infra* (Partie II – Titre I – Chap. 2 – Sect. 1 – § I – A – 1).

[3] Ce qui renvoie, en termes de motifs de censure, à l'incompétence, aux vices de forme et de procédure, au détournement de pouvoir, à la violation de la règle de droit, à l'erreur de droit et à l'erreur dans l'appréciation de l'exactitude matérielle des faits. Sur l'extension, par le juge de l'excès de son pouvoir, de son contrôle aux éléments de faits v. CE, 4 avril 1914 *Gomel*, n° 55125.

[4] B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1159, l'auteur poursuit, « c'est-à-dire là où existe en réalité, au profit de l'Administration, le seul véritable espace de liberté pour opérer des appréciations déterminant des choix ».

appréciation de la qualification et de l'adéquation des faits[1] ayant justifié sa décision que le juge fait varier l'intensité de son contrôle.

À « l'extrémité basse », on trouve l'absence totale de contrôle, relativement rare, à laquelle se tient le juge lorsque les textes laissent une entière liberté de choix à l'administration, sans lui fixer le moindre critère ou ligne de conduite. Les choix sont alors subjectifs et relèvent de l'opportunité – non de la légalité[2] – à laquelle le juge refuse d'étendre son contrôle par crainte de faire acte d'administrateur[3]. À l'extrémité inverse se trouve le contrôle dit « normal » – « plein » ou « entier » – par lequel le juge contrôle avec les mêmes précision et intensité tous les aspects de l'acte, y compris l'appréciation que l'administration a portée sur la qualification des faits et sur l'adéquation de la décision adoptée auxdits faits. Ce contrôle est exercé lorsque, nonobstant une certaine marge de manœuvre laissée à l'administration, des critères objectifs, relativement précis et vérifiables sont posés et doivent guider sa prise de décision[4]. Entre ces extrémités existe un contrôle intermédiaire dit « restreint », ou « de l'erreur manifeste d'appréciation »[5]. Le juge y recourt lorsque les textes laissent à l'administration une large marge d'appréciation dans l'adoption de la décision mais qu'ils lui dictent « tout de même sommairement […] la conduite à tenir, en livrant par exemple quelques vagues critères de définition des catégories juridiques auxquels ils renvoient »[6]. Les appréciations (qualification/adéquation) portées sur les faits sont alors contrôlées, mais avec mesure. Le juge ne censure que les appréciations « manifestement erronées » de l'administration qui présentent

[1] La notion d'adéquation des faits est complexe ; sa distinction avec l'opération de qualification a donné lieu à une controverse (M. DEGUERGUE, « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », *in Mélanges J.-F. Lachaume*, 2007, p. 377). Il s'agit en somme pour le juge de veiller à ce que les faits – dont la matérialité et la qualification sont établies – sont « de nature à justifier » la décision prise ; de s'assurer que les faits relevés par l'administration correspondent au présupposé qui subordonne l'applicabilité de la norme dont elle a fait application.

[2] Sur cette thématique classique la littérature est fournie. V. notamment : M. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir,* LGDJ, 1958 ; D. ROUSSEAU, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative,* thèse Poitiers, 1979 ; P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », précité, et plus récemment : J. MESMIN D'ESTIENNE, « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA*, 2016, p. 545, qui qualifie ce principe de « fiction juridique ».

[3] Une partie de la doctrine avance néanmoins que le juge administratif, par différents outils, procède déjà à un contrôle de l'opportunité. V. en dernier lieu J. MESMIN D'ESTIENNE, article précité.

[4] Par ex. lorsque la loi ou la jurisprudence pose des critères d'identification et de délimitation d'une catégorie juridique, elle guide l'administration dans son opération de qualification des faits sous contrôle du juge. *In fine* le choix de la qualification est abandonné au pouvoir discrétionnaire de l'administration ; celle-ci doit toutefois justifier du respect et/ou de la prise en compte des critères préalablement fixés. Idem lorsque la loi pose des lignes directrices générales. À titre d'illustration, en matière de sanction, la proportionnalité doit être respectée.

[5] Pour une présentation, v. J.-P. BOURGEOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence,* thèse Lille, 1986 ; F. MELLERAY, « L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État. Brèves réflexions sur la destinée d'une construction jurisprudentielle », *in Long cours : Mélanges en l'honneur de Pierre Bon,* Dalloz, 2014, p. 993.

[6] B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1160.

un caractère excessif et déraisonnable[1]. Une forme de contrôle de proportionnalité est ainsi appliquée à la qualification des faits et à leur adéquation à la règle appliquée par l'auteur de l'acte. Ces quelques rappels étaient nécessaires à la pleine compréhension des propos à venir consacrés aux dimensions du contrôle opéré par le juge.

i. Champ du contrôle : un contrôle étendu à l'ensemble des actes du contrôle ex ante

383. Étirement du contentieux à des mesures préparatoires. Commentant les évolutions récentes du contentieux des concentrations, un Maître des requêtes au Conseil d'État observe un « étirement du contentieux autour de la décision autorisant la concentration »[2]. La décision prise au terme du processus n'est plus seule à faire l'objet du contrôle juridictionnel. Le Conseil d'État accepte de le faire porter tant sur des actes pris en amont, lors des différentes phases d'examen du projet, que sur des actes adoptés en aval, auxquels nous nous intéresserons plus loin.

L'exemple type de l'acte préparatoire que le juge semble accepter de passer au crible de son contrôle est un acte « négatif ». Il s'agit du refus ou de l'abstention de l'Autorité d'accuser réception de la notification d'une opération[3]. Malgré son caractère préparatoire qui aurait dû conduire à la rendre insusceptible de recours autonome et immédiat[4], le Conseil d'État semble admettre de s'en trouver saisi[5], suivant ainsi les préconisations d'un rapporteur public[6].

---

[1] La formule de M. Chapus relative à cette distinction est éclairante (*Droit administratif général*, n° 1256) « En cas de contrôle normal, la décision doit être en rapport exact avec les faits, qui doivent être exactement de nature à la justifier juridiquement. En cas de contrôle restreint, il suffit qu'il n'y ait pas disproportion manifeste. C'est important : la liberté d'appréciation de l'administration subsiste, mais elle doit en user de façon raisonnable ».

[2] G. ODINET, « Le Conseil d'État, juge des concentrations », précité.

[3] Sur les importants effets rattachés à cet acte, v. *supra.*

[4] Par ex. CE, 27 novembre 2005 *Cie générale des eaux*, n° 271982. Sur ce principe v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* précité, n° 678 et s. L'acte d'accuser réception correspond bien à « un élément de la procédure d'élaboration d'une autre décision » qui a pour seul effet d'en « rendre possible l'édiction ».

[5] CE, 9 avril 2014 *M. Thierry Cornac et Association des centres distributeurs Leclerc*, n° 365599. La simple lecture de l'arrêt invite à la prudence car la requête des entreprises notifiantes est déclarée irrecevable. Toutefois, la décision est motivée par le fait qu'au jour de l'enregistrement de la requête, l'Autorité avait finalement accusé réception de la notification, lui faisant ainsi perdre son objet. Le Conseil a ainsi laissé ouverte la porte au recours immédiat contre ce type de décision. La position du rapporteur public, relatée par M. Odinet, renforce ce sentiment. Le Conseil admettrait que le refus d'accuser réception – qui équivaut au refus d'engager la procédure de contrôle – puisse faire l'objet d'un recours juridictionnel immédiat, à l'instar du refus d'engager des poursuites qu'une AAI oppose à l'auteur d'une plainte. La spécificité de la mission de régulation des marchés dont sont chargées ces autorités conduirait, sur ce point, à l'adoption d'un régime unifié, que le refus concerne la mise en œuvre d'une procédure de contrôle préventif ou d'une procédure répressive (v. G. ODINET, article précité).

[6] V. Daumas, dans ses conclusions sur cet arrêt de 2014, indique qu'« admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le refus de délivrance de l'accusé de réception […] ne nécessiterait aucun effort » au regard de la jurisprudence du Conseil. Il se réfère notamment à l'admission de la recevabilité d'un recours immédiat contre le refus d'une AAI dotée d'un pouvoir de sanction de donner suite à la plainte d'un justiciable (v. CE, sect., 30 novembre 2007 *Tinez et a.*, n° 293952 ; conclusions consultables sur le site du Conseil d'État).

Les autres actes qui présentent un caractère préparatoire nonobstant lequel un recours immédiat est organisé sont les décisions du rapporteur général relatives à la levée du secret des affaires : refus de classement ou déclassement[1]. L'organisation récente de ce recours s'inscrit dans un mouvement plus général d'élargissement du spectre du contrôle juridictionnel exercé sur l'activité et les décisions des autorités administratives de concurrence dont nous avons déjà fait état[2]. Certains actes y échappent néanmoins : la décision de l'Autorité de passer en phase II de contrôle ou celle du ministre d'évoquer l'affaire ne peuvent ainsi être débattues devant le juge que dans le cadre du recours exercé contre la décision rendue sur le fond.

384. Contrôle de tous les aspects de la décision sur le fond. De manière tout à fait classique, les décisions de l'Autorité de la concurrence ou, sur évocation, du ministre chargé de l'économie, adoptées au terme de la procédure de contrôle sont susceptibles de recours en tous leurs aspects : refus d'autorisation et ses motifs, autorisation et ses motifs, mesures correctives imposées ou proposées par les parties et leur éventuel rejet, refus d'appliquer les dérogations au caractère suspensif du processus ou l'exception de l'entreprise défaillante etc. En somme, tous les éléments de procédure et de fond entourant la décision finale feront l'objet du contrôle du juge dans le cadre du recours dont elle fait l'objet. Il n'y a là aucune spécificité à relever.

ii. Intensité du contrôle : un contrôle approfondi sur la forme et sur l'analyse du fond

385. Contrôle de légalité externe : exclusion des garanties de l'article 6 de la Convention EDH, application nuancée des droits de la défense. Le contrôle de légalité externe, notamment en ce qu'il tend à assurer que l'acte litigieux est exempt de tout vice qui résulterait de la méconnaissance des conditions encadrant la prise de décision par l'Autorité ou par le ministre, n'est pas anodin. Au début des années 2000, le constat a été fait qu'en matière de concentration « les annulations les plus spectaculaires ont été motivées pour des raisons de procédure ». Il en était ainsi, notamment, pour la « totalité des annulations de décisions ministérielles [le constat est antérieur au transfert de compétences à l'Autorité de la concurrence] ayant refusé des concentrations ou les ayant autorisées sous réserve de prescriptions »[3]. Sur ce plan, le juge administratif a toujours mis en œuvre un contrôle normal de la régularité externe des actes[4].

[1] Sur lesquels v. *supra.*
[2] À l'occasion de l'examen du recours exercé contre les actes coercitifs adoptés par l'Autorité de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. V. Sect. 1 du présent Chapitre. *Comp.* G. ODINET, article précité.
[3] P. HUBERT, « Contrôle des concentrations et juge administratif français », *RLC*, n° 2005/4, p. 14.
[4] V. déjà CE, 22 mai 1985 *Société Cabot Corporation,* n° 61847.

Toutefois, l'arsenal normatif au regard duquel est appréciée cette légalité externe est moins ample que l'on aurait pu le penser. Si l'application des garanties de l'article 6 de la Convention EDH relatives à la matière pénale n'avait pas lieu d'être s'agissant d'actes adoptés dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir de police, il aurait pu en aller autrement des garanties attachées au jugement de toute contestation sur des droits et obligations de caractère civil. La solution inverse a été retenue par la Haute juridiction administrative qui refuse d'appliquer cette disposition aux procédures de contrôle *ex ante* au même motif qu'elles relèvent de l'exercice d'un pouvoir de police[1]. Le moyen tiré de la violation de cette disposition est inefficace mais certaines des garanties qu'il offre sont applicables sur d'autres fondements. Il en va ainsi du principe d'impartialité reconnu comme principe général du droit opposable à toute autorité administrative[2]. Le juge veille également à ce que les droits de la défense de toute personne dont les droits pourraient être affectés par la décision en cause soient respectés[3] et s'assure que la procédure ait bien été menée de manière contradictoire à leur égard[4], sans que la protection légitime du secret d'affaires n'y porte d'atteinte disproportionnée. Le principe de collégialité est également applicable bien qu'ici encore, il soit permis d'avancer qu'il fait l'objet d'une appréciation très souple[5].

---

[1] CE, ass., 21 décembre 2012 *Société Groupe Canal Plus,* n° 362347, précité (arrêt « *Canal Plus II* »). La formule est limpide : « Lorsqu'elle se prononce sur une opération de concentration qui lui a été notifiée, l'Autorité de la concurrence, qui ne prononce pas une sanction, statue sur une demande qui lui est présentée et, alors même qu'elle se prononce sur la base de normes de droit à l'issue d'une procédure organisée, ne tranche pas une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, mais exerce un pouvoir de police » par conséquent, « sa décision n'entre pas dans le champ des stipulations de l'article 6, paragraphe 1 de la [Convention] » (cons. 20).

[2] Reste qu'il fait l'objet d'une appréciation très souple ; v. même arrêt « *Canal Plus II* », cons. 21 : le Conseil d'État rejette, sans fournir de motivation très détaillée, le moyen tiré d'une atteinte au principe d'impartialité qui résulterait de l'absence de séparation organique au sein de l'Autorité et qui conduit à ce que les mêmes personnes soient amenées à se prononcer sur les décisions d'autorisation, sur les décisions de sanction et de retrait d'autorisation en cas de manquements aux engagements et, le cas échéant, de nouveau sur les décisions d'autorisation consécutives au retrait d'une première autorisation.

[3] Parmi lesquelles les parties notifiantes (arrêt « *Canal Plus II* ») mais également tout tiers dont les droits sont affectés par les actes adoptés, notamment les mesures correctives (CE, sect., 9 avril 1999 *Sté Interbrew France*, n° 191654).

[4] L'équilibre est subtil : si les tiers peuvent tous prendre connaissance de la réception d'une notification par l'Autorité qui a obligation d'en assurer la publicité (art. L. 430-3, al. 3), seules les « parties intéressées » sont destinataires du projet de décision qui doit leur être communiqué dans un temps suffisant pour leur permettre de formuler d'éventuelles observations (art. L. 430-7, III C. com. et CE, sect., 9 avril 1999 *Sté Interbrew France*, précité). Ce droit de formuler des observations est réservé aux « parties intéressées » *dont les droits risquent d'être affectés par la décision à venir* sans qu'il n'emporte l'exigence qu'une procédure contradictoire soit ouverte avec tout tiers intéressé, notamment les concurrents (CE, 5 novembre 2014, n° 373065, spéc. cons. 5).

[5] Le Conseil d'État a jugé (arrêt « *Canal Plus II* »*,* cons. 24) qu'il n'y était pas porté atteinte lorsque, dans le cadre d'un examen approfondi, le président de l'Autorité statue seul sur le caractère suffisant des engagements proposés par les entreprises à la suite d'une séance collégiale au terme de laquelle le collège a délibéré sur les effets anticoncurrentiels de l'opération et les mesures correctives nécessaires à la sauvegarde d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. À la suite d'une première série d'engagements proposés, le président adresse, seul, une lettre aux parties les informant que leurs propositions sont trop éloignées des attentes fixées par le collège. Après un second courrier de propositions adressé par les parties, le président prend de nouveau l'initiative de leur répondre, seul, en les informant que les engagements proposés sont toujours insuffisants et en leur adressant, dans

386. Contrôle de légalité interne : du contrôle de proportionnalité des mesures correctives au contrôle des méthodes et résultats de l'analyse économique. Nul doute à cet égard : le contrôle opéré au fond par le Conseil d'État sur les décisions de l'Autorité de la concurrence ou du ministre est « entier »[1] ou, pour reprendre le lexique de la doctrine administrative, normal, voire maximal ou « plein »[2]. Deux illustrations seront données. La première, classique en matière de police administrative, consiste en un contrôle par le juge de la proportionnalité des mesures adoptées. La seconde, plus spécifique à notre matière, résulte de l'appréciation économique à laquelle se prête de plus en plus le juge administratif.

Sur le premier point, la formule d'un commissaire du Gouvernement – antérieure au transfert de compétence au profit du pôle indépendant mais qui conserve une actualité certaine – permet de comprendre la logique qui commande cet état du droit : dans le cadre du contrôle préventif des concentrations, les autorités administratives de concurrence disposent d'une compétence liée, leur pouvoir discrétionnaire est quasi nul[3]. « Il s'agit pour le juge de s'assurer que la décision prise […] était exactement adaptée à la situation à laquelle était confrontée l'administration, et de vérifier, ce faisant, que la décision n'a ni sous-estimé les mesures correctives nécessaires pour rétablir une concurrence suffisante, ni imposé des sujétions

---

le même temps, le projet de décision. La décision est finalement adoptée sans nouvelle délibération collégiale. Saisi sur recours, le Conseil d'État rejette le moyen tenant à la violation du principe de collégialité en qualifiant les premières propositions des entreprises de « réponses marginales aux effets anticoncurrentiels de l'opération identifiés par l'Autorité » et juge que les secondes « ne contenaient aucun complément substantiel aux engagements précédemment formulés » pour enfin conclure que « tous les membres du collège […] ont estimé que les propositions […] formulées étaient manifestement insuffisantes et ne remettaient pas en cause la position qu'ils avaient arrêtée collégialement ». « Dès lors, la circonstance que le collège ne se soit pas réuni à nouveau pour confirmer formellement la décision attaquée n'a pas entaché celle-ci d'irrégularité ». Nous rejoignons le scepticisme de deux commentateurs autorisés : dans de telles circonstances, « où est la collégialité ? » (X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Concentrations : affaires *Canal plus,* décodage », *AJDA*, 2013, p. 215). C'est bien le collège qui rend la décision finale et c'est donc lui qui doit se faire, puis livrer une appréciation des échanges intervenus avec les parties. Le Conseil exige tout de même qu'une nouvelle réunion collégiale se tienne lorsque l'Autorité entend accepter des engagements proposés (CE, ass., 23 décembre 2013 *Société Métropole Télévision et Société TF1*, n° 363702 et 363719).

Précisons en outre que, depuis l'entrée en vigueur de la « loi Macron » précitée du 6 août 2015, le président de l'Autorité ou un vice-président désigné par lui peut adopter, seul, certaines décisions en matière de concentration : décisions prévues par l'art. L. 430-5 et, pour la phase II, mesures de révision ou de mise en œuvre des engagements, injonctions et/ou prescriptions prévues par l'art. L. 430-7 (v. art. L. 461-3). Le Conseil Constitutionnel a validé le dispositif (décision n° 2018-702 QPC du 20 avril 2018).

[1] *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, précitées, § 487.

[2] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, précité, n° 1253 et s. Pour rappel « en cas de contrôle normal, la décision doit être en rapport exact avec les faits, qui doivent être de nature à la justifier juridiquement. En cas de contrôle restreint, il suffit qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste » (n° 1256). Concernant le contrôle que nous qualifions de maximal, M. Chapus propose (n° 1264) l'expression de « plein contrôle de proportionnalité » qui « correspond à des cas d'approfondissement du contrôle normal, se traduisant par la mise en œuvre d'une méthode exigeante d'appréciation de la qualification des faits. Aux avantages d'une décision sont confrontés ses inconvénients […]. Et c'est seulement si les premiers l'emportent sur les second[s] – c'est-à-dire, si le *bilan* est positif – que les faits dont la décision procède seront reconnus comme de nature à la justifier juridiquement ».

[3] Or pour rappel, l'intensité du contrôle exercé par le juge administratif est inversement proportionnée au degré de discrétionnarité dont bénéficiait l'auteur de l'acte contrôlé (B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1159 et *supra*).

excédant ce qui est nécessaire au rétablissement de la concurrence »[1]. Les mesures imposées ou acceptées par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre doivent ainsi, à l'instar de toute mesure de police administrative, être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi[2]. Loin de s'en tenir à la censure des erreurs manifestes, le juge veille à ce que les décisions prises par l'autorité de contrôle – au premier rang desquelles figurent les mesures correctives, qui constituent souvent l'enjeu essentiel des contentieux – sont aptes à satisfaire l'objectif du maintien d'une libre concurrence (critère de l'adaptation), nécessaires au maintien de cette libre concurrence (critère de la nécessité) et qu'elles ne présentent pas un caractère excessif quant à l'atteinte causée aux droits des sociétés requérantes (critère de la proportionnalité)[3]. Dans « l'affaire *Canal Plus II* », c'est au terme de ce triple test que le Conseil d'État affirme avec pédagogie que les requérants « ne sont pas fondés à soutenir que les injonctions ne sont pas adaptées, nécessaires et proportionnées »[4]. Il procède également à ce test – bien que de manière souvent moins claire et pédagogue – pour rejeter le moyen de requérants invoquant leur caractère insuffisant[5]. Comme pour toute mesure de police, c'est ainsi à un véritable contrôle de proportionnalité – ou « maximal » – que se prête le juge[6].

Plus surprenante et discutée[7] est l'attitude adoptée par le Conseil à l'égard des analyses économiques menées par l'Autorité de la concurrence ou le ministre pour fonder leurs décisions. Bien que le souci de spécialisation ait, entre autres, été au fondement de la création des AAI – dont l'Autorité de la concurrence – et des transferts de compétences toujours plus nombreuses dont ont bénéficié les autorités spécialisées au fil des réformes, le juge administratif

---

[1] J.-H. STAHL, « Le contrôle des décisions administratives à finalité concurrentielle : l'exemple des concentrations », *in Le juge administratif et le droit de la concurrence,* Ateliers de la concurrence du 29 mars 2000.
[2] B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 645-650. CE, 26 novembre 2010 *Commune de Niort,* n° 330588 ; CE, ass., 26 octobre 2011 *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827. V. à ce sujet l'étude récente de C. ROULHAC, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative – Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif », *RFDA*, 2018, p. 343. Malgré un propos assez critique, l'auteur explique que la décision *Société Groupe Canal Plus* (précitée), rendue dans le cadre du contrôle des concentrations, constitue « une référence pour le moment inégalée » dans la mise en œuvre de ce triple test.
[3] Notamment à leur liberté du commerce et de l'industrie et à leur liberté d'entreprendre qui en découle et à laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît valeur constitutionnelle sur fondement de l'art. 4 DDHC (décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation,* cons. 16).
[4] CE, ass., 21 décembre 2012 *Canal Plus II*, précité, spéc. cons. 107 à 141 : le Conseil procède à ce triple test puis au rejet de chacun des moyens contestant la légalité de diverses mesures correctives adoptées.
[5] V. CE, sect., 9 avril 1999 *Coca-Cola*, n° 201853 et plus récemment CE, 25 mai 2018 *SAS Soufflet Agriculture et SAS Sobra*, n° 403732.
[6] V. J.-H. STAHL, article précité : saisi d'un recours contre une autorisation assortie de telles mesures, le juge doit faire « la balance entre les atteintes portées à la concurrence et les mesures correctives envisagées par l'administration. C'est à cette aune qu'il juge, *in fine*, de la légalité des injonctions faites aux entreprises ».
[7] V. par ex. E. JORDAO, *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence,* Bruylant, 2016 : après avoir avancé des raisons pour lesquelles les analyses – notamment économiques – menées par les juridictions en matière de régulation sont de mauvaise qualité (p. 93-109), l'auteur explique qu'il en résulte un risque d'atteinte à la politique de régulation conduite par les autorités administratives et plaide pour un contrôle qualifié de déférent (p. 109 et s.) ; comp. G. CANIVET, « Régulateurs et juges : conclusions générales », *LPA*, 2003, n° 17, p. 50.

se prête parfois à un contrôle détaillé de leurs méthodes d'analyse, voire des résultats auxquels elles aboutissent[1]. À l'inverse de son homologue européen qui réduit l'intensité de son contrôle en présence d'appréciation économiques[2] ou techniques[3] complexes, le Conseil contrôle notamment – outre la proportionnalité des mesures correctives – l'existence d'une concentration[4], la délimitation du marché pertinent[5], le caractère contrôlable de l'opération[6], l'appréciation retenue par l'Autorité des effets de l'opération[7], ou encore la réunion des conditions de prise en compte de la contribution au progrès économique[8] ou de l'argument de l'entreprise défaillante[9]. Dans ces hypothèses, dont la liste n'est pas exhaustive, la Haute juridiction approuve ou censure les raisonnements, méthodes[10] et/ou décisions du ministre ou de l'Autorité à l'aide de formules qui attestent d'un contrôle approfondi, sans jamais s'en remettre, en apparence du moins, à leur pouvoir souverain d'appréciation. Sur ces aspects aussi, le contrôle est entier.

387. Réserve : le contrôle restreint quant au pouvoir d'évocation du ministre. Il n'est qu'une seule décision à l'égard de laquelle le juge adopte une attitude déférente : la décision implicite du ministre, qui pourrait être qualifiée de négative par abstention, de ne pas évoquer une affaire. Lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle abstention, le Conseil d'État s'en tient à un contrôle restreint de l'erreur de droit et de l'erreur manifeste d'appréciation[11] admettant peut-être par là qu'il ne dispose pas de la compétence technique –

[1] V. déjà : D. KATZ, thèse précitée, p. 26. L'auteur parle d'un « contrôle normal » tant des motifs que du dispositif de l'acte (ministériel à l'époque où il écrit) objet du recours puis s'en étonne : « on aurait pu penser que de telles appréciations, eu égard à leur dimension politique, relèvent d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration et d'un contrôle juridictionnel restreint. Il n'en est rien ».

[2] CJCE, 28 mai 1998 *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95, § 34, qui juge qu'en présence de telles appréciations menées par la Commission, la Cour « se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi [qu'au contrôle de] l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir » (v. plus récemment CJUE, 16 avril 2015 *TMK Europe*, aff. C-143/14, § 34). Bien que la Cour considère qu'il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction (CJUE, 10 juillet 2014, aff. C 295/12, § 54) il a été démontré que ce standard est différemment apprécié par les juges européens et nationaux (v. T. PERROUD, « L'exigence de pleine juridiction au sens de la CEDH et sa traduction en Europe, en France et au Royaume-Uni », *Concurrences,* n° 4-2014, art. n° 69376).

[3] CJCE, 17 septembre 2007 *Microsoft c/ Commission,* aff. T-201/04, § 88 et jurisprudence citée.

[4] Par ex. CE, sect., 31 mai 2000 *Sté Cora et Sté Casino-Guichard-Perrachon,* n° 213161, 213352.

[5] Par ex. CE, 13 février 2006 *Delonghi*, n° 278796 et CE, 25 mai 2018 *OCEA*, n ° 404382.

[6] Par ex. CE, sect., 9 avril 1999 *Coca-Cola*, précité et CE, sect., 31 janvier 2007 *France Antilles,* n° 294896

[7] Par ex. CE, 6 juillet 2016 *Cie des gaz de pétrole Primagaz et Sté Vitogaz France,* n° 390457, 390774 qui conclut, à l'appui d'un contrôle entier, à l'absence d'effet anticoncurrentiel résultant de l'opération en cause sur différents marchés de distribution de GPL, mais censure pour insuffisance l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité concernant le marché de la distribution de GPL combustible en petit vrac (§ 17 à 21).

[8] Par ex. CE, sect., 9 avril 1999 *Coca-Cola*, précité.

[9] Par ex. CE, sect., 6 février 2004 *Philips France*, n° 249267.

[10] Par ex., dans l'arrêt OCEA du 25 mai 2018 précité, le Conseil se prête à une appréciation des méthodes adoptées par l'Autorité pour calculer la part de marché de l'entreprise commune à la création de laquelle l'opération projetée devait aboutir ainsi que pour en apprécier les effets verticaux.

[11] CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté groupe Canal Plus,* n° 362347 (« *Canal Plus II* »), spéc. cons. 164.

ou politique – pour porter une appréciation approfondie sur le choix du ministre[1]. Reste à savoir s'il adopterait la même attitude à l'égard d'une décision positive par laquelle le ministre déciderait d'évoquer une affaire en invoquant les motifs fixés, de manière non limitative, par le Code de commerce[2]. L'hypothèse ne s'est, pour l'heure, jamais présentée.

b. Les pouvoirs du juge saisi du recours

388. Certains des pouvoirs mis en œuvre par le Conseil d'État dans le cadre du contentieux des concentrations seront qualifiés de classiques en ce sens qu'ils correspondent à ceux reconnus au juge de l'excès de pouvoir dans le contentieux administratif général : il s'agit des pouvoirs d'annulation et d'injonction (i). Leur mise en œuvre dans le contentieux étudié conduit à quelques spécificités qu'il faudra présenter (ii). Au préalable, il convient de consacrer quelques propos à une dynamique générale qui concerne le contentieux de l'excès de pouvoir.

389. Le maniement mesuré de la nullité par le juge de l'excès de pouvoir. Il a été rappelé que le pouvoir d'annuler l'acte qui lui est soumis est toujours reconnu au juge administratif ; il mérite toutefois quelques nuances. Le juge administratif a développé de nombreuses techniques lui permettant de « sauver » un acte vicié de l'annulation[3] et la nullité tend à devenir une solution de dernier recours. L'observation de la jurisprudence conduit même au constat que pèse parfois sur ce juge une forme de contrainte à cet égard : il ne peut prononcer l'annulation de l'acte si une substitution de base légale suffit à le purger du vice qui l'affecte[4]. Le juge de l'administration doit donc, chaque fois qu'il en a les moyens, sauver l'acte vicié.

Suivant la même dynamique, lorsque le vice qui affecte l'acte tient à l'existence d'un ou plusieurs motifs illégaux, le juge administratif se reconnaît la faculté d'écarter ceux de ces motifs qui sont illégaux pour n'en conserver que les valables[5], voire même de substituer à un motif illégal un nouveau motif permettant de rétablir l'acte dans sa légalité[6], faisant alors œuvre

---

[1] C'est l'analyse de M. BAZEX, « Le contrôle du juge administratif sur les opérations de concentration dans le secteur de l'audiovisuel », *DA,* avril 2013, n° 27, p. 28.
[2] V. art. L. 470-7-1 C. com.
[3] Sur ces différentes techniques v. F. BLANCO, ouvrage précité, n° 524. L'auteur décrit l'évolution de l'office du juge administratif comme un passage « de la sanction de l'illégalité au rétablissement de la légalité ». V. aussi F. BLANCO, « Du juge censeur au juge correcteur », *AJDA,* 2014, p. 1722 et déjà C. CHARLES, « Une illustration du juge-administrateur : la substitution de base légale pour des motifs d'opportunité », *RRJ,* 2005, p. 1155.
[4] CE, 31 janvier 2014 *Ministre de l'Intérieur c. Nassiri,* n° 367306, qui juge que commet une erreur de droit le juge qui constate une erreur de base légale et prononce, sur ce fondement, l'annulation de l'acte sans procéder à une substitution de base légale.
[5] CE, ass., 12 janvier 1968 *Dme Perrot*, n° 70951 : le juge écarte l'un des deux motifs qui était illégal pour conserver le seul motif valable. Dans une telle hypothèse, le juge doit s'assurer que la même décision aurait été prise par l'administration s'il n'avait été tenu compte que des motifs légaux.
[6] CE, sect., 6 février 2004 *Mme Hallal*, n° 240560, ce pouvoir ne constitue qu'une faculté pour le juge qu'il ne peut mettre en œuvre que sur sollicitation de l'auteur de l'acte (CE, 5 février 2014 *Société Pludis*, n° 367815), ce

de « perfecteur »[1]. Cette évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir – insufflée par le Conseil d'État – a une portée générale et a donc vocation à s'appliquer à tous les recours envisagés qui relèvent de la compétente de juridictions administratives.

i. Les pouvoirs classiques d'annulation et d'injonction

390. Conditions de l'annulation et de son évitement. La qualification de mesure de police conduit à ce que les décisions étudiées ne soient susceptibles de recours que devant le juge de l'excès de pouvoir, lequel est limité dans les pouvoirs dont il dispose. Le souci d'éviter le prononcé de l'annulation « sèche » de l'acte vicié le conduirait, en apparence en tout cas, à limiter encore davantage l'usage de certains de ces pouvoirs[2]. Dans le contentieux étudié il accepte, comme en toutes matières, de procéder à la réfaction d'un acte vicié à travers la technique de la substitution de motif. Il le fait lorsqu'il a la certitude que l'administration aurait adopté la même solution en se fondant sur le motif nouveau, substitué à celui qui était erroné et/ou insuffisant[3]. Cela a pour effet de complexifier son office : le juge se retrouve « contraint à examiner les nouveaux motifs justifiant la décision […] puis à examiner si les conditions d'une substitution de motifs sont réunies ». Par conséquent, « au lieu d'avoir simplement à juger de la légalité de la décision autorisant la concentration sur la base de l'analyse concurrentielle qui figure dans cette décision, le Conseil d'État doit réévaluer les motifs de la décision attaquée en fonction des arguments nouveaux du ministre » ou de l'Autorité[4]. Si ces conditions ne sont pas réunies, le juge est tenu d'annuler l'acte objet du recours.

391. Le pouvoir d'injonction. Le pouvoir d'injonction confié par la loi au juge administratif et les pouvoirs reconnus par voie prétorienne telles que « l'injonction prétorienne »[5] ou

---

qui a été de nature à rassurer, v. F. MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence *Hallal* », *AJDA,* 2014, p. 529. Saisi de cette demande, le juge devra de nouveau s'assurer, au regard de l'instruction menée par l'autorité administrative, que la même décision aurait été prise si elle avait été initialement fondée sur le motif substitué.

[1] C. FARDET, « Auteur, coauteur, perfecteur », *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003 et F. BLANCO, article précité.

[2] En matière de protection du secret d'affaires dans le cadre du contentieux des concentrations, nous avons rapporté le propos d'un membre du Conseil d'État qui explique que « le juge […] ne censure pas la décision d'autorisation au seul motif que certains éléments nécessaires à l'exercice des droits de la défense n'ont pas été transmis : il recherche, en tenant compte de l'impératif de célérité de la procédure d'examen des concentrations […], si les insuffisances constatées, eu égard à l'importance qualitative et quantitative des informations concernées, ont été de nature à porter une atteinte substantielle à l'exercice des droits de la défense qui rendrait irrégulière la procédure suivie par l'Autorité » (G. ODINET, article précité). Il illustre l'extension de cette dynamique au contentieux étudié.

[3] Conformément à CE, sect., 6 février 2004 *Mme Hallal*, précité. Le ministre de l'Économie n'a pas tardé à solliciter la mise en œuvre de cette jurisprudence dans le cadre d'un recours exercé contre l'une de ses décisions autorisant une concentration. V. CE, 20 juillet 2005 *Sté Fiducial Informatique*, n° 279180.

[4] D. THÉOPHILE, H. PARMENTIER, « L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droit français et communautaire », *Concurrences,* n° 1-2006, art. n° 463, spéc. n° 46.

[5] Le juge administratif se reconnaît le pouvoir de prononcer des injonctions en dehors du cadre posé par la loi du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* (pour une

l'annulation « en tant que ne pas »[1], par lesquels le juge fixe les conséquences que l'administration doit tirer d'une décision d'annulation totale ou partielle, sont également applicables au contentieux des concentrations. Leur mise en œuvre peut notamment conduire le Conseil d'État à enjoindre à l'Autorité ou au ministre d'adopter de nouvelles mesures correctives suffisantes dans un délai déterminé[2]. Les injonctions adressées à l'administration sont parfois précises et détaillées et fixent « explicitement le contenu des mesures qu'ils convient de prendre suite à une annulation »[3]. En contentieux général, elles ont conduit des auteurs à s'interroger sur le « retour du juge administrateur »[4]. Cette interrogation plane donc toujours, y compris dans notre champ : le risque existe qu'en étant trop précis, voire pointilleux, le juge se substitue à l'Autorité dans la détermination des mesures correctives nécessaires.

392. Les suites de l'annulation : notification actualisée et nouvelle procédure de contrôle. Concernant les parties, l'annulation de la décision adoptée au terme de la procédure de contrôle produit en principe son effet rétroactif qui conduit souvent à remettre en cause tant la décision finale que la procédure qui a précédé son adoption. Dans une telle situation, « s'il y a lieu à réexamen du dossier », les parties sont invitées à soumettre à l'Autorité une « notification actualisée » sous deux mois à compter de la notification de la décision d'annulation[5]. Il appartient alors à l'Autorité ou, le cas échéant, au ministre, de se prononcer dans les formes et délais fixés par le droit commun en prenant en compte « l'ensemble des données de fait existant à la date à laquelle [il ou elle] statuera »[6]. La lourdeur de ces conséquences a conduit le juge à développer des techniques tendant à y échapper, même lorsque l'annulation s'avère inévitable.

---

présentation complète de ces pouvoir v. Dossier, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 2015, p. 441 et s. (Partie I) et p. 650 et s. (Partie II)). Pour une mise en œuvre du pouvoir d'injonction prétorien consécutif à une annulation partielle d'une autorisation de concentration v. CE, 6 juillet 2016 *Cie des gaz de pétrole Primagaz et Société Vitogaz France,* n° 390457 et 390774, spéc. § 55. Les motifs de la décision, auxquels renvoie le dispositif, viennent « guider » l'autorité de régulation. Cette technique de l'injonction prétorienne permet au juge « d'expliciter dans les motifs d'un jugement d'annulation, et en dehors de toute demande en ce sens, les conséquences que doit en tirer l'administration, et surtout le sens des mesures qu'elle devra édicter » (M. CRESPY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, précité, n° 794-795 ; v. aussi C. BROYELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA,* n° 3, mars 2004, chron. 6).

[1] Sur laquelle v. M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Les décisions par lesquelles le Conseil d'État précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA,* 2001, chron. 1046.

[2] Ces procédés constituent, eux aussi, des outils permettant au juge d'éviter de prononcer une annulation totale. À l'instar de ce qui a été fait dans l'affaire *Primagaz* précitée, le juge peut n'annuler qu'une partie de la décision et enjoindre à l'autorité auteur de l'acte d'en revoir certains éléments – notamment d'adopter de nouvelles mesures correctives suffisantes – dans un délai déterminé afin d'assurer la légalité de l'ensemble de sa décision.

[3] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 799.

[4] Cela car le juge fixe parfois avec une étonnante précision les conditions et modalités selon lesquelles l'autorité est invitée à adopter un nouvel acte (C. BROYELLE, article précité).

[5] Art. R. 430-9 C. com.

[6] CE, sect., 6 février 2004 *Philips France*, n° 249267.

ii. Une tentative d'adaptation de ces pouvoirs aux spécificités de la matière

393. Divisibilité de la décision d'autorisation. La volonté d'aménager, au moins en partie, la procédure administrative contentieuse pour l'adapter au contentieux de la régulation économique et de la concurrence est assumée. « Parce qu'il s'agit d'un contentieux économique aux enjeux souvent importants, le contentieux des concentrations a conduit à quelques innovations dans l'office du juge administratif »[1], notamment en matière d'annulation.

Le premier aménagement a consisté en la consécration, par le Conseil d'État, de la divisibilité d'une décision d'autorisation de concentration assortie d'injonctions ou d'engagements[2], à rebours de ce qui est jugé en contentieux général[3]. Cette solution constitue pour le juge un moyen d'assurer le respect du principe de proportionnalité, auquel est soumise toute mesure de police, sans en passer par le prononcé radical d'une annulation rendant nécessaire la réfaction de l'intégralité d'une procédure de contrôle préalable à l'adoption d'une nouvelle décision. Elle lui permet, lorsqu'il identifie un vice qui n'affecte l'analyse que d'une partie des effets anticoncurrentiels relevés par l'Autorité et qu'il a la conviction que leur réexamen ne conduira pas cette dernière à remettre en cause le principe de l'autorisation[4], de ne prononcer qu'une annulation partielle. Le Conseil d'État peut ainsi annuler pour insuffisance des engagements acceptés par l'Autorité de la concurrence tout en préservant le principe de l'autorisation de l'opération. Il appartient alors à l'Autorité ou au ministre d'adopter, en concertation avec les parties, de nouvelles mesures répondant aux préoccupations persistantes[5]. La créativité du juge pour contenir les effets néfastes de l'annulation ne s'est pas arrêtée là.

---

[1] G. ODINET, article précité. Des auteurs ont d'ailleurs démontré que certains des aménagements et innovations développés dans le cadre de ce contentieux ont par la suite été généralisés à l'ensemble du contentieux administratif (v. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, Titre II, Seconde partie, n° 825 et s.).

[2] V. à ce sujet l'exposé de V. DAUMAS, concl. sur CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal plus* n° 363347, 363542 et 363703, *RFDA,* 2013, p. 70 et la décision implicite adoptée par le Conseil dans cette « affaire *Canal plus* II ». Puis, plus explicitement un an plus tard, concernant une autorisation délivrée par le CSA : CE, ass., 23 décembre 2013 *Société Métropole Télévision,* n° 363978, spéc. cons. 32 (conclusions du même rapporteur public). Le juge des référés s'est rallié à cette lecture, v. CE, ord., 27 novembre 2013 *Société Wienerberger*, n° 373066. Si le référé suspension perd son objet lorsque la décision en cause a reçu exécution (CE, 19 décembre 2012 *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Guadeloupe,* n° 361271) le juge distingue aujourd'hui autorisation – qui ne peut plus faire l'objet d'une suspension une fois l'opération réalisée – et mesures correctives – lesquelles, du fait de leur caractère continu, peuvent faire l'objet d'une demande en ce sens dans l'attente que le juge se prononce sur leur caractère suffisant ou proportionné.

[3] La jurisprudence retient le caractère non détachable d'une autorisation administrative et des mesures dont l'observation conditionne l'octroi (CE, sect., 12 octobre 1962 *Min. construction c/ Cie immobilière de la région parisienne*, n° 55655), solution longtemps appliquée au contentieux des concentrations (par ex. : CE, sect., 9 avril 1999 *Sté Interbrew France*, précité). V. pour sa remise en cause en droit de l'urbanisme : CE, sect., 15 mars 2015, n° 358677, et les évolutions en contentieux général : J.-B. AUBY, « Progrès de la divisibilité », *DA,* n° 5, mai 2015, repère 5.

[4] S'il a la conviction inverse, le juge doit prononcer une annulation totale.

[5] CE, 6 juillet 2016 *Cie des gaz de pétrole Primagaz et Société Vitogaz France,* précité.

394. Différé et dérogation à l'effet rétroactif de l'annulation. Le contentieux de la régulation et de la concurrence sont également devenus un terrain privilégié d'application de la jurisprudence par laquelle le Conseil d'État s'est reconnu le pouvoir de déroger à l'effet rétroactif en principe attaché au prononcé de toute annulation[1] et/ou d'en différer les effets à une date qu'il fixe[2]. Si une telle dérogation est d'un usage courant, bien au-delà de ces contentieux, l'originalité pourrait provenir de ce que le juge, en notre matière, s'autorise une « pleine utilisation des potentialités de la jurisprudence *AC* »[3]. Il en reprend ainsi le considérant[4] pour décider, non seulement, de différer l'annulation à une date qu'il fixe (qui correspond à la date à laquelle l'Autorité est tenue d'adopter une nouvelle décision), mais également de rendre définitifs certains des effets produits par la décision antérieurement au prononcé de son annulation[5]. Le Conseil d'État a ainsi fait un usage combiné de ces deux pouvoirs à l'occasion des arrêts d'Assemblée rendus le 23 décembre 2013 dans le cadre de l'affaire *Société métropole télévision.* La solution inverse aurait été un non-sens[6] : elle aurait conduit à libérer les parties à l'opération de l'ensemble de leurs engagements lorsque l'annulation tendait justement à ce que des mesures correctives plus strictes soient adoptées. Le Conseil d'État s'assure ainsi, d'une part, que la préservation de la libre concurrence sur le marché concerné est maintenue et que les entreprises demeurent soumises à leurs engagements dans l'attente de l'adoption des

[1] CE, ass., 11 mai 2004 *Association AC ! et autres*, n° 255886 (v. le considérant de principe reproduit *infra*).
[2] Cette date constituant alors, bien souvent, le délai butoir dans lequel l'administration est tenue d'adopter un nouvel acte qui viendra se substituer à celui vicié dont l'annulation a été prononcée par le juge.
[3] P. IDOUX, « Concentrations dans le secteur de la télévision gratuite et innovations contentieuses », note sous CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole télévision et Sté TF1*, n° 363702 et 362719 et CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole Télévision*, n° 363978, *RJEP*, n° 721, juillet 2014, comm. 33.
[4] « L'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher au maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif – après avoir recueilli les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effets, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation […] que sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».
[5] CE, ass., 23 décembre 2013, précités. Après avoir annulé une autorisation de concentration sur fondement d'une violation du principe de collégialité, le Conseil juge que l'annulation ne prendra effet que six mois plus tard (dérogation à l'effet immédiat) et que les effets produits par cette décision « antérieurement à son annulation sont regardés comme définitifs » (dérogation à l'effet rétroactif ; il s'agit du principe de l'autorisation mais aussi des engagements qui en avaient conditionné l'octroi). V. spéc. cons. 20-24 de l'arrêt n° 363702.
[6] Un auteur l'avait pressenti, F. BLANC, *Les engagements dans le droit français des concentrations,* précité, n° 529.

mesures plus strictes – ce que permet la dérogation à l'effet rétroactif – et d'autre part, que la sécurité juridique est assurée – ce que permet la dérogation à l'effet immédiat de l'annulation.

395. Bilan. Le juge saisi du recours exercé contre un acte adopté dans le cadre du contrôle *ex ante* d'un projet de concentration, bien que statuant en qualité de juge de l'excès de pouvoir, dispose ainsi d'un panel de pouvoirs important ; pouvoirs qu'il tient du droit commun mais dont il se réserve le droit de faire une application combinée et quelque peu extensive[1] en vue d'adapter son intervention aux exigences spécifiques du contentieux économique. Répondant aux alertes d'observateurs craignant le retour d'un juge administrateur, certains, plus mesurés, avancent que ce mouvement tend à atténuer la différence de pouvoirs qui distinguerait le juge de l'excès de pouvoir de son homologue du plein contentieux[2]. C'est d'ailleurs ce dernier qui est saisi des actes adoptés, cette fois-ci, dans le cadre du contrôle *ex post* des concentrations.

§ II – Le recours contre les actes relevant du contrôle *ex post*

396. Préambule : les actes adoptés dans le cadre du réexamen des mesures correctives. Les mesures correctives s'inscrivent souvent dans le temps[3]. Un suivi est alors assuré[4] par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre[5]. Dans ce cadre, outre la répression des manquements sur laquelle nous reviendrons, l'Autorité peut être conduite à réexaminer les mesures initiales en vue de leur modification, voire de l'abrogation de certaines[6]. Elle le fait nécessairement chaque fois que des mesures avaient été fixées pour une durée renouvelable, au terme de la première période d'exécution, souvent en application d'une « clause de rendez-vous ». Ce réexamen peut également intervenir avant ce terme à la demande des parties, voire d'office, lorsque l'évolution des circonstances de droit ou de fait ayant motivé la décision et/ou l'évolution de la situation

[1] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée (n° 863) relève que si « innovations contentieuses » il y a, elles « sont uniquement permises par la combinaison de pouvoirs existants ».
[2] M. GUYOMAR, « Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt *Boussuge* ? », *JCP A,* 2012, 2310.
[3] Qu'il s'agisse de mesures comportementales que les parties s'engagent à observer sur une période déterminée ou qu'elles prennent la forme de mesures structurelles que les parties s'engagent à mettre en œuvre dans un délai fixé
[4] V. L. VOGEL, ouvrage précité, n° 632 et *Lignes directrices,* précitées, § 420 à 441, pour une présentation détaillée.
[5] Lorsque les mesures en cause ont été enjointes par ses services, v. art. L. 430-7-1 dernier alinéa C. com.
[6] En se fondant sur l'art. L. 430-7 C. com., le Conseil d'État juge qu'il appartient à l'Autorité de veiller à la bonne exécution des mesures correctives qui conditionnent l'octroi de l'autorisation et qu'elle « tire de ces dispositions la faculté de les modifier pour en réduire ou même en supprimer la portée en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents et de l'utilité de la poursuite de l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions » (CE, ass., 21 mars 2016 *Société NC Numericable,* n° 390023).

des marchés affectés justifient leur remise en cause[1]. Les parties peuvent encore, sous certaines conditions, solliciter une prorogation du délai d'exécution fixé[2].

Dans toutes ces hypothèses, il est procédé à une nouvelle analyse concurrentielle actualisée qui peut impliquer la consultation de tiers et/ou du mandataire désigné pour suivre l'exécution des engagements initiaux. La procédure est contradictoire et les parties sont mises en mesure d'exprimer leur avis et prétentions. Par dérogation au principe de la collégialité, les décisions de réexamen peuvent être adoptées par le président ou par un vice-président[3] ; la possibilité leur étant laissée de renvoyer le dossier à la formation collégialité en cas de difficulté. La décision adoptée au terme de l'instruction et des débats est publiée sur le site de l'Autorité après écoulement d'un délai laissé aux parties pour solliciter la protection du secret des affaires[4]. Ce dispositif permet d'adapter les mesures correctives à l'évolution de la situation. Les objectifs ainsi que les conditions de forme et de fond[5] qui encadrent leur adoption sont les mêmes que celles applicables à la procédure initiale. La nature des décisions adoptées est inchangée ; leur contrôle doit donc s'exercer selon les mêmes modalités que celui applicable aux décisions initiales adoptées dans le cadre du contrôle *ex ante*.

En outre, en cours d'exécution, les parties peuvent solliciter l'Autorité en vue d'obtenir des précisions sur la portée et l'exécution des mesures adoptées. En réponse, l'Autorité, sans modifier les mesures, peut apporter des précisions via des avis et prises de position à l'encontre desquels le Conseil d'État a récemment ouvert son prétoire ; nous y reviendrons.

397. Doutes quant à la mise en œuvre de l'article L. 430-9 C. com. Quelque peu différente est la faculté reconnue à l'Autorité de remettre en cause une autorisation lorsque l'opération

[1] Le Conseil d'État fixe par cette formule les conditions dans lesquelles les parties peuvent solliciter une modification des mesures correctives : « Les parties notifiantes à l'opération de concentration peuvent, si elles s'y croient fondées, faire état devant l'Autorité de la concurrence de circonstances de droit ou de fait nouvelles de nature à justifier qu'elles soient déliées, par une décision de l'Autorité, de tout ou partie des obligations découlant des engagements, injonctions ou prescriptions dont est assortie une autorisation de concentration, en raison soit de l'évolution de la situation des marchés pertinents et des conséquences pouvant en résulter sur la pertinence de ces engagements, injonctions ou prescriptions, soit de ce que de telles circonstances rendent l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions impossible ou particulièrement difficile » (CE, 28 septembre 2017 *Société Altis Luxembourg et Société SFR Group*, n° 409770).

[2] Sur toutes ces hypothèses v. *Lignes directrices,* précitée, § 442 à 455.

[3] Art. L. 461-3, al. 4 C. com.

[4] Il est fait applications de l'art. R. 430-7 C. com. (v. *Lignes directrices,* précitées, § 454).

[5] Notamment les caractères adapté, nécessaire et proportionné sur lesquels v. *supra.* C'est le maintien de ce caractère proportionné des mesures qui justifie d'ailleurs que les parties à la concentration puissent solliciter leur réexamen, indépendamment de toute procédure de sanction.

autorisée a conduit à des abus anticoncurrentiels[1]. Cette « ultime soupape »[2] lui permet d'imposer de nouvelles mesures correctives, voire de remettre en cause le principe de l'autorisation. Le juge n'a pas encore eu d'occasion de qualifier ces mesures, ni même de tracer les contours de son office lorsqu'il se trouve saisi d'un recours exercé à leur encontre. Des éléments permettent de les rattacher à l'exercice du pouvoir de police : à l'exception notable du retrait de l'autorisation, elles sont de simples modifications des mesures initiales. Néanmoins, elles sont adoptées *a posteriori*, en réaction au constat d'une pratique illicite et donc dans une perspective davantage répressive que préventive. Nous rejoignons le propos d'un membre du Conseil d'État qui avance qu'il « n'est pas certain » que la décision prise par l'Autorité sur ce fondement, « n'ait pas, au moins en partie, un caractère punitif »[3] qui la rattacherait alors au régime et aux modalités de contrôle juridictionnel applicables aux actes du contrôle *ex post.*

398. Contrôle *ex post.* Ces différents actes ne concrétisent, pour la plupart, que le suivi de ceux adoptés dans le cadre du contrôle *ex ante*. Ils sont délicats à classer dans notre chronologie sommaire, raison pour laquelle ils ont été évoqués à la frontière des deux temps d'intervention des autorités administratives de contrôle. Intéressons-nous, désormais, aux actes qui relèvent indiscutablement de l'exercice du contrôle *ex post* des concentrations économiques.

Il s'agit alors de s'intéresser aux actes qui ont pour objet essentiel de sanctionner la méconnaissance des obligations résultant du contrôle *ex ante* et d'assurer ainsi l'effectivité et l'efficacité de ce contrôle préalable. Reprenant la même démarche, nous procèderons au recensement de ces actes (A) avant de présenter les modalités du contrôle juridictionnel auquel ils sont susceptibles de donner lieu (B).

A. Le contrôle *ex post* : entre police de la concurrence et répression administrative

399. Recensement, qualification. Afin de disposer de l'ensemble des éléments nécessaires à l'étude des modalités de contrôle juridictionnel dont ils peuvent faire l'objet, le recensement des actes adoptés dans le cadre de l'exercice du contrôle *ex post* des concentrations (1) devra être complété par la recherche de leur nature juridique (2).

[1] V. art. L. 430-9 C. com. : « L'autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre ».
[2] G. ODINET, article précité.
[3] *Ibid,* l'auteur parle de *terra incognita* pour désigner le contentieux qui pourrait naître de la mise en œuvre de ce pouvoir par l'Autorité.

1. Recensement des actes du contrôle *ex post*

400. La sanction, *a posteriori,* du défaut de notification. Des seuils conditionnent l'obligation pour les parties à un projet de concentration d'en adresser une notification à l'Autorité de la concurrence. La qualification de concentration et le calcul des chiffres d'affaires sur lesquels ces seuils reposent peuvent s'avérer complexes[1]. L'erreur est possible et la prudence de mise : qu'il résulte d'une omission par négligence ou qu'il soit volontaire[2], le défaut de notification constitue « par nature, une infraction grave à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'ADLC de toute possibilité de contrôler, comme le prévoit le code de commerce, un projet de concentration préalablement à sa réalisation »[3]. Il fait obstacle au contrôle *ex ante* et ne laisse place qu'à une intervention *ex post* qui revêt un caractère répressif. Les sanctions encourues sont lourdes : l'Autorité peut *a minima* enjoindre sous astreinte aux parties de notifier l'opération, sauf à revenir à l'état antérieur à la concentration (ce qui implique la restitution au cédant des titres ou actifs transférés). Elle peut surtout infliger aux entreprises auxquelles incombait la notification une sanction pécuniaire d'un montant maximum de 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos augmenté, le cas échéant, de celui exercé au cours de la même période par « la partie acquise »[4]. Est organisée une procédure contradictoire devant le collège de l'Autorité qui peut se saisir d'office sur proposition du rapporteur général[5]. Un rapport est adressé aux entreprises concernées qui disposent d'un délai de deux mois pour présenter leurs observations avant d'être entendues par le collège. La décision adoptée est notifiée aux parties puis publiée sur le site de l'Autorité dans le respect du secret des affaires. Un dispositif similaire est prévu en cas « d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification »[6].

[1] Ce qui conduit certains à suggérer « quelques bonnes pratiques à adopter », J. LUCAS, « Défaut de notification au titre du contrôle des concentrations : quelles bonnes pratiques adopter ? », *CCC,* n° 3, mars 2013, étude 5.
[2] Toutefois, pour le calcul du montant de la sanction, l'Autorité tient compte du comportement des parties et d'éléments tels que le caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération, la taille de l'entreprise et des moyens, notamment juridiques, dont elle dispose ainsi que de leur éventuelle volonté d'échapper à l'obligation de notification. V. *Lignes directrices,* précitées, § 164 et par ex. décision n° 13-D-01 du 31 janvier 2013.
[3] Aut. conc., décision n° 13-01 du 31 janvier 2013, § 50, qui ajoute que cette gravité existe « quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence ».
[4] Art. L. 430-8, I C. com. Un plafond de 1,5 million d'euros est prévu pour les personnes physiques sanctionnées.
[5] Art. L. 462-5, III C. com. Dispositif validé par le Conseil constitutionnel: décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 *Groupe Canal Plus.* Pour des sanctions prononcées par l'Autorité pour défaut de notification v. décisions n° 12-D-12 du 11 mai 2012, n° 13-D-01 du 31 janvier 2013 et n° 13-D-22 du 20 décembre 2013 (partiellement réformée par CE, 15 avril 2016, n° 375658) et, récemment, décision n° 22-D-10 du 12 avril 2022.
[6] Art. L. 430-8, III C. com. la seule différence tient à ce que, lorsque cette omission ou déclaration inexacte est constatée après l'octroi d'une autorisation, celle-ci peut être retirée. Les parties ont alors un mois pour notifier de nouveau l'opération, sauf à en revenir à l'état antérieur à la concentration.

401. Sanction de la réalisation anticipée de l'opération notifiée, le *« gun jumping »*. Une fois le projet notifié, la procédure de contrôle se déclenche et produit en principe un effet suspensif prohibant la réalisation de l'opération avant notification de la décision finale[1]. Pèse alors sur les parties une obligation de s'abstenir de formaliser juridiquement – par la cession d'actifs ou activités – ou factuellement – par une prise de contrôle ou d'influence effective de l'entreprise cible par l'acquéreur[2] – l'opération en cours d'examen. Si elles anticipent l'opération et cessent de se comporter en concurrents, elles privent le contrôle *ex ante* de tout objet pour, de nouveau, ne laisser place qu'à une possibilité d'intervention *a posteriori* à dimension répressive. Les sanctions encourues sont les mêmes qu'en cas de défaut de notification et sont prononcées selon les mêmes modalités[3].

402. Sanction de la méconnaissance des mesures correctives (1) : l'injonction. Lorsque, dans le cadre du suivi des mesures correctives, un doute sérieux apparaît quant à l'inexécution d'engagements, injonctions ou prescriptions par les parties, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité d'engager une procédure de non-respect. Un ou plusieurs rapporteurs désignés par lui sont alors chargés d'instruire l'affaire. La procédure suivie est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2[4] et aux articles L. 463-4[5], L. 463-6[6] et L. 463-7[7] du Code de commerce ; précision faite que « les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du

[1] Sur l'effet suspensif, les dérogations et le moment à compter duquel une opération est réputée réalisée, v. *supra.*
[2] L'Autorité explique prendre « en compte le comportement concret des parties à l'opération, afin d'apprécier dans quelle mesure elles ont continué de se comporter comme des concurrentes qui défendent leurs intérêts respectifs ou, au contraire, comme une entité unique partageant d'ores et déjà un objectif unique ». En outre, de tels comportements antérieurs à l'autorisation pourraient constituer des pratiques anticoncurrentielles prohibées.
[3] Art. L. 430-8, II et art. L. 462-5, III C. com. pour les modalités procédurales. Pour une mise en œuvre de ce dispositif ayant abouti au prononcé d'une sanction pécuniaire de 80 millions d'euros v. Aut. conc., décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 concernant la prise de contrôle exclusif par le groupe Altice Luxembourg de la société SFR Group d'une part, et du groupe Omer Telecom Limited d'autre part. V. encore décision n° 22-D-10 du 12 avril 2022 dans laquelle l'Autorité cumule sanction d'un défaut de notification (art. L. 430-8, I) et d'une réalisation anticipée de l'opération (art. L. 430-8, II) pour un montant total de 7 millions d'euros (au terme d'une procédure de transaction). Ce cumul, inspiré des textes et de la jurisprudence européens, a conduit certains à s'interroger sur sa conformité à la lettre du texte national (A. RONZANO, *L'actu concurrence,* Hebdo n° 16/2022, 25 avril 2022).
[4] Qui prévoit la notification du rapport établi par le rapporteur général aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Ce rapport doit être accompagné des documents sur lesquels il se fonde et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés.
[5] Qui prévoit l'articulation que le rapporteur général doit assurer entre l'exercice des droits de la défense – qui peut impliquer la communication ou la consultation de documents originaux – et la protection du secret d'affaires des parties. Les art. R. 463-13 à R. 464-15-1 fixent les modalités de cette articulation qui concerne tant les documents communiqués à l'Autorité ou au ministère de l'Économie que ceux saisis par leurs services. L'art. R. 463-15-1 C. com. étend cette possible protection aux « personnes apportant des informations à l'Autorité ».
[6] Qui fixe la peine encourue pour divulgation d'une information protégée (renvoi à l'art. 226-13 C. pén.).
[7] Qui prévoit que seuls les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent assister aux séances de l'Autorité, les premières pouvant se faire assister ou représenter. L'Autorité peut procéder à toute audition qu'elle juge utile. Lorsque l'Autorité statue en application de l'art. L. 462-5 C. com., sur la base d'investigations menées ou *a minima* entamées par le rapporteur général, ce dernier et le rapporteur n'assistent pas au délibéré (al. 4).

rapport [rédigé, au terme de l'instruction, conformément à l'art. L. 463-2, al. 2 C. com.] dans un délai de quinze jours ouvrés ». Une séance contradictoire est ensuite organisée devant le collège (art. L. 463-7 et règlement intérieur de l'Autorité) puis l'Autorité « se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés »[1].

Si, au terme de l'instruction, il apparaît que les parties n'ont pas exécuté dans les délais des mesures correctives qui conditionnaient l'autorisation de concentration, l'Autorité peut prendre à leur égard diverses mesures prévues par le IV de l'article L. 430-8. Elle peut notamment leur enjoindre sous astreinte d'exécuter, dans un nouveau délai fixé, les injonctions, prescriptions ou engagements inexécutés[2]. Depuis 2015, l'Autorité dispose également de la possibilité d'ordonner – le cas échéant sous astreinte – l'exécution, dans un délai qu'elle fixe, d'injonctions ou prescriptions venant se substituer aux obligations méconnues par les parties. Elle substitue ainsi aux mesures initiales – qui pouvaient avoir pris la forme d'engagements – de nouvelles mesures correctives[3].

403. Sanction de la méconnaissance des mesures correctives (2) : la sanction pécuniaire. En cas de manquement constaté aux mesures correctives, l'Autorité dispose également du pouvoir de prononcer, seule ou en complément de l'une des autres mesures recensées, une sanction pécuniaire dont le plafond est identique à celles susceptibles d'être prononcées en cas de défaut de notification ou de réalisation anticipée de l'opération[4].

404. Sanction de la méconnaissance des mesures correctives (3) : le retrait. La sanction ultime mise à disposition de l'Autorité est celle du retrait de l'autorisation. Lorsqu'elle est mise en œuvre, les parties disposent alors d'une alternative à deux branches : revenir à l'état antérieur à la concentration (en procédant aux restitutions que cela implique) ou procéder à une nouvelle notification dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision. À défaut de se conformer à l'une de ces branches, elles s'exposent au prononcé d'astreintes et sanctions pécuniaires dans les limites qui viennent d'être rappelées.

---

[1] Art. L. 430-8, IV C. com.

[2] Art. L. 430-8, IV, 2° C. com. Si une astreinte est prononcée, elle est soumise à l'encadrement de l'art. L. 464-2, II C. com., l'astreinte prononcée est limitée, au maximum, à 5% du montant du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard. Les comptes de l'entreprise sur le dernier exercice clos servent de base de calcul. C'est l'Autorité qui en fixe le montant et qui a la charge de la liquidation de cette astreinte.

[3] Art. L. 430-8, IV, 3° C. com. L'astreinte est soumise à l'encadrement qui vient d'être rappelé. Cette mesure a été ajoutée à cette liste par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 précitée dite « loi Macron ». V. décision n° 18-D-16 du 27 juillet 2018 par laquelle l'Autorité, après avoir constaté le manquement à son engagement de céder plusieurs magasins pris par le groupe Fnac dans le cadre de sa prise de contrôle de la société Darty, le condamne à une amende de 20 millions d'euros et à des injonctions structurelles en substitution des engagements initiaux. Elle ordonne la cession de deux nouveaux magasins en lieu et place des trois magasins dont la cession avait été décidée.

[4] Art. L. 430-8, IV, al. 2 C. com. qui renvoie au I du même article. Sur le montant et les plafonds, v. *supra*.

2. Nature des actes du contrôle *ex post*

405. Entre prévention et répression. S'intéressant plus largement au contrôle des actes des autorités administratives indépendantes, des auteurs ont relevé que les sanctions prononcées par celles en charge d'une mission de régulation font l'objet de quelques spécificités au stade du contrôle juridictionnel[1] qui s'expliquent par leur « finalité duale »[2]. Si elles poursuivent une finalité classique de réprimer une personne en raison du manquement à ses obligations ou d'un comportement non conforme à la législation en vigueur, elles poursuivent également « une finalité « régulatrice », inhérente à la mission de régulation visant le bon fonctionnement du marché »[3]. La première de ces finalités est celle qui permet de distinguer la sanction administrative des actes de police administrative[4]. La seconde, proche de la dimension préventive de l'activité de police, semble prise en compte par le juge qui reconnaît ainsi une finalité duale aux actes en cause, à rebours de sa pratique traditionnelle[5].

Bien que la sanction existe et qu'elle « s'avère [parfois] être la mesure la plus efficace »[6], elle demeure exceptionnelle, « pathologique »[7] et « davantage que réprimer, [elle] permet de servir la mission de régulation »[8]. Cette finalité duale, en apparence dissimulée par le caractère exclusif de la qualification de sanction, exerce une influence sur le régime auquel sont soumis les actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex post*.

406. Dimension répressive et qualification de sanction. « Le caractère répressif des sanctions de régulation économique [dont font partie les actes ici envisagés] emporte la qualification de sanction administrative »[9] et conduit à l'application – sur les plans européen et national – des

[1] M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 331 et s. ; l'auteur avance que les spécificités relevées ne résultent pas de la nature des autorités en cause (les AAI) mais de la mission particulière confiée à certaines : la mission de régulation.
[2] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 453.
[3] *Ibid.*
[4] V. *supra*, n° 365 et Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions,* précité, p. 36.
[5] Laquelle consiste à retenir le caractère exclusif d'une qualification, notamment dans le cadre de la nécessaire – mais parfois délicate – distinction entre mesure de police et sanction. V. J. PETIT, « Police et sanction », précité et M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 471 :« la frontière entre les deux catégories est parfois ténue » mais l'importance de cette qualification dans la perspective d'un recours juridictionnel « impose au préalable un choix de l'une des qualifications, qui sera dès lors exclusive de l'autre ».
[6] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 486.
[7] N. CHARBIT, « Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation,* Presses de science po-Dalloz, 2004, p. 57.
[8] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 486.
[9] *Ibid.* Le Conseil constitutionnel (décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012) suivi par le Conseil d'État (CE, ass,, 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal plus et vivendi,* précité), juge que les mesures que l'Autorité de la concurrence peut prendre sur fondement du IV de l'art. L. 430-8 C. com., parmi lesquelles le retrait de l'autorisation de concentration, relèvent de la qualification de sanction.

garanties attachées à la matière pénale ou répressive[1]. Ces garanties sont d'ordre procédural mais également matériel. On y retrouve notamment l'exigence de nécessité et de proportionnalité de la sanction – ou « des peines » – qui découlent de la DDHC et doivent s'apprécier à l'aune de la gravité des actes réprimés[2].

407. Dimension préventive et conséquences quant à l'exigence de proportionnalité. Cohabite aux côtés de la dimension répressive commune à tous les actes du contrôle *ex post*, pour certains d'entre eux au moins[3], une dimension préventive ou « régulatoire ». Cette dernière, insufflée par les textes et consacrée par le juge[4], confère à ces actes un caractère hybride qui combine sanction et mesure de police[5].

Ce « métissage »[6] n'est pas anodin : d'un point de vue théorique il illustre, si besoin était, la difficulté de maintenir l'étanchéité entre prévention et répression, entre police et sanction,

---

[1] Sur lesquelles v. CEDH, 27 septembre 2011 *Menarini Diagnostics SRL c/* Italie, n° 43509/08 : la Cour, après avoir constaté le « but à la fois préventif et répressif » (§ 40) des sanctions pécuniaires prononcées par l'autorité de la concurrence italienne, juge que du fait de son montant élevé « la sanction relève, par sa sévérité, de la matière pénale » (§ 42). Puis elle fait le parallèle avec le Conseil de la concurrence français en rappelant qu'il se trouve soumis au volet pénal de l'article 6 de la Convention (§ 43). Ainsi « même en présence d'une finalité duale, l'existence de la finalité répressive et la gravité de la sanction encourue emportent l'insertion de ces sanctions au sein de la matière pénale » (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 463). V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Les autorités de régulation confrontées à la convention européenne des droits de l'Homme », *LPA*, 1999, n° 29, p. 19 ; J.-C. BONICHOT, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme. De la prévention pour les adaptations à l'adaptation préventive », *AJDA,* 2001, p. 73 ; G. EVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA,* 2010, p. 531.
Cette qualification emporte aussi l'application des principes constitutionnels gouvernant le droit répressif, v. CE, 24 juin 2013 *Sté Colruyt France,* n° 360949, qui l'affirme à propos du pouvoir de sanction dont dispose l'Autorité en cas de manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration : il est fait application des principes de légalité des délits et des peines et de personnalité des peines (art. 8 et 9 de la DDHC).

[2] V. art. 8 DDHC et CONSEIL D'ÉTAT, « Le juge administratif et les sanctions administratives », précité (spéc. 1-2-4 : « Le principe de proportionnalité des peines »).

[3] Il s'agit des mesures autres que la sanction pécuniaire, laquelle est classiquement présentée comme revêtant une dimension principalement, sinon exclusivement répressive (M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000, p. 52, v. néanmoins M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 500, qui invite à « garder une certaine prudence à cet égard »). Il s'agit donc de l'injonction, de la substitution de mesures correctives, de l'astreinte et du retrait de l'autorisation.

[4] De manière assez explicite par le Conseil d'État qui rappelle (CE, ass., 21 décembre 2012, n° 353856, précité) que l'Autorité est, dans le cadre du contrôle des concentrations, chargée de « l'exercice des pouvoirs de police en matière de concentration » (cons. 5) avant d'expliquer que les sanctions adoptées en cas de méconnaissance des engagements « ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans les secteurs affectés par l'opération de concentration » (cons. 48) et que les sanctions prévues aux 1° et 2° du IV de l'article L. 430-8 ont pour objet « outre [leur] portée punitive […] la préservation de l'ordre public économique » et qu'elles « sont distinctes de la sanction pécuniaire prévue au quatrième alinéa de ce IV ». M. CRESPY-DE CONINCK (thèse précitée, n° 498) note à raison que cette hybridité transparaît déjà de la décision du Conseil constitutionnel (décision du 12 octobre 2012 précitée) qui relève que les sanctions prévues aux 1° et 2° du IV de l'article L. 430-8 « ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé » et tendent à la « préservation de l'ordre public économique », ce qui renvoie à la mission de la police spéciale de la concurrence.

[5] G. ODINET, « Le Conseil d'État, juge des concentrations », précité.

[6] X. DOMINO, A. BRETONNEAU, article précité.

notamment dans le champ de la régulation économique et de la concurrence[1]. Sur le plan pratique, le Conseil d'État en tire des conséquences quant aux conditions de validité des injonctions et retraits prononcés par l'Autorité de la concurrence : si, en leur qualité de sanction, ces mesures « doivent être proportionnées à la gravité des manquements constatés » ; elles doivent aussi l'être, comme toute mesure de police[2], aux exigences du maintien ou du rétablissement de l'ordre public et plus spécifiquement, en notre matière, « aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés »[3]. Est ainsi organisé « un double contrôle de proportionnalité »[4] qui repose *in fine* sur trois critères : l'importance des engagements méconnus au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils tendaient à prévenir, l'ampleur des manquements en cause et la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés[5].

L'identification de ces spécificités était un préalable nécessaire à l'appréciation de leurs conséquences sur le contrôle opéré par le juge saisi, sur recours, de ces différents actes.

B. Le recours : du plein contentieux objectif à l'émergence d'un juge régulateur

408. Nature du recours. L'enjeu de la qualification des actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex post* se situait non seulement sur le terrain des conditions dans lesquelles ces actes doivent être adoptés, mais aussi et surtout sur celui de la nature et des modalités du recours juridictionnel dont ils sont susceptibles de faire l'objet. Or il vient d'être vu que, nonobstant la reconnaissance de leur nature hybride, ces actes sont, du fait de leur dimension répressive,

[1] Et, plus largement, dans « tous les cas où, dans le maniement de son bâton par le gendarme, les intentions répressives et préventives ne se trouvent point nettement divisées », *ibid.*
[2] V. CE, 13 mai 1933 *Benjamin,* n° 17413.
[3] CE, ass., 21 décembre 2012, n° 353856, précité, cons. 49.
[4] X. DOMINO, A. BRETONNEAU, article précité. Les auteurs notent que « cette approche n'est, à vrai dire, pas totalement inédite » : elle rejoint celle adoptée quant aux décisions prises par la commission des sanctions de l'AMF de publier les sanctions qu'elle prononce qui, bien que qualifiées de sanctions complémentaires, « voient leur nécessité appréciée par le juge au regard des exigences d'intérêt général relatives au bon fonctionnement des marchés, à la transparence des opérations et à la protection des épargnants qu'elles poursuivent » (v. CE, 9 novembre 2007 *Sté Bourse direct SA,* n° 298911) ; comp. G. ODINET, article précité.
[5] V. X. DOMINO, A. BRETONNEAU, article précité, qui illustrent ainsi leur mise en œuvre : « Pour résumer, un manquement grave, en raison de son caractère massif ou répété, du caractère central, dans l'architecture des engagements souscrits, de celui qu'il méconnaît ou encore des effets anticoncurrentiels qu'il a pu avoir, appellera nécessairement une sanction importante. Mais dans l'hypothèse où les effets anticoncurrentiels auraient, pour une raison ou pour une autre, totalement disparu au moment où intervient la sanction, le principe de proportionnalité exigerait que l'Autorité de la concurrence porte son choix sur une sanction exclusivement pécuniaire. Dans le cas où des effets anticoncurrentiels subsisteraient, l'évolution de la situation du marché depuis la souscription des engagements initiaux devrait être prise en compte pour savoir s'il convient de prononcer des injonctions (hypothèse où le respect des engagements a encore un sens) ou un retrait de la mesure (hypothèse où les engagements ne sont plus d'aucune efficacité) ». Ce n'est donc que dans l'hypothèse où les manquements et l'état du marché nécessitent un réexamen complet et une nouvelle analyse économique que la décision de retrait est justifiée et proportionnée.

aspirés par la qualification de sanction administrative. La conséquence à en tirer quant à la nature du recours juridictionnel ouvert à leur encontre est connue : le prononcé d'une sanction administrative doit nécessairement donner lieu à un contrôle entier confié à un juge de plein contentieux[1]. Ce plein contentieux objectif relève dans notre champ de la compétence exclusive, en premier et dernier ressort, du Conseil d'État. Étudions en les modalités.

Pour ce faire, fidèle à notre démarche, nous étudierons brièvement les éléments de l'instance de recours (1) avant de nous intéresser à l'office du juge qui en est saisi (2).

1. Éléments de l'instance de recours

409. L'identification des acteurs de l'instance qui naît de l'exercice d'un recours contre un acte adopté dans le cadre du contrôle *ex post* (a) précèdera l'étude de la matière qui la compose (b).

a. Les acteurs de l'instance de recours

410. Rapporteur public et auteur de l'acte : acteurs nécessaires. Nul besoin d'y revenir : tant le rapporteur public que l'autorité qui a rendu l'acte contesté – Autorité de la concurrence ou ministre de l'Économie – sont des protagonistes que l'on pourrait qualifier de « nécessaires » en ce qu'ils participent, en principe systématiquement, à l'instance. Nous avons consacré plusieurs développements à leurs rôles respectifs et nous contentons donc d'y renvoyer[2].

411. Auteurs probables : les parties à l'opération. Étant les premières dont les droits sont affectés par les actes adoptés par l'Autorité de la concurrence ou le ministre dans le cadre du contrôle *ex post,* les parties à l'opération ayant fait l'objet d'une décision d'autorisation sont, dans la majorité des cas, à l'initiative du recours. Les mesures prononcées – sanctions pécuniaires, retrait, injonction d'exécuter les engagements et prescriptions initiaux ou de nouveaux – le cas échéant sous astreinte, portent nécessairement atteinte à leur situation juridique en ce qu'elles modifient les conditions de l'autorisation initiale voire les privent de son bénéfice. Cet élément suffit à en faire les auteurs « naturels » ou probables du recours.

412. Auteurs potentiels : les tiers dont les droits sont affectés. La liste et la catégorisation des tiers à laquelle nous avons procédé dans l'étude du recours contre les actes du contrôle *ex ante* pourraient être reprises. Elles nous conduiraient de nouveau au constat que le prétoire du juge de recours est largement ouvert à différentes catégories de tiers. Toutefois, c'est d'un

[1] V. CE, ass., 16 février 2009 *ATOM,* n° 274000, précité. Pour une confirmation et une application de cette solution dans la mise en œuvre des pouvoirs prévus par le IV de l'article L. 430-8 C. com., v. CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal plus*, n° 353856, précité (« affaires *Canal Plus I* »).
[2] V. *supra*, n° 373-374.

recours pour excès de pouvoir dont il s'agissait. L'intégralité des actes du contrôle *ex post* donnent, eux, lieu à un recours de plein contentieux, ce dont on pourrait tirer des conséquences quant aux conditions de recevabilité. Néanmoins, un auteur a démontré, à l'appui d'une analyse approfondie de la jurisprudence, que dans le cadre du plein contentieux objectif – dont fait partie le recours étudié – le juge procède à une appréciation souple de l'intérêt à agir, semblable à celle à laquelle il procède lorsqu'il est saisi en qualité de juge de l'excès de pouvoir[1]. La tendance est à admettre la recevabilité du recours de plein contentieux exercé par un tiers dès lors que son action tend, non à la reconnaissance d'un droit subjectif, mais davantage à la contestation de la légalité d'un acte administratif. Il n'est donc pas à exclure que le cercle des tiers recevables à agir contre les actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex ante* le soit également contre les actes du contrôle *ex post.* Ces tiers pourraient invoquer les mêmes intérêts (risque d'atteinte à leurs droits et intérêts créé par le comportement des bénéficiaires de l'autorisation, insuffisance des mesures adoptées pour assurer le maintien de la concurrence sur le marché concerné etc.) qui suffiraient à leur donner intérêt et donc qualité à agir.

413. Acteurs potentiels : les autorités administratives intéressées. De la même manière que les autorités administratives dont le champ d'activité est affecté par un acte adopté dans le cadre du contrôle *ex ante* pourraient être recevables à en contester la légalité devant le Conseil d'État[2] ; elles pourraient l'être tout autant si c'est un acte adopté dans le cadre du contrôle *ex post* qui produit des conséquences sur le secteur dont elles assurent le contrôle ou la régulation[3]. Les hypothèses de rencontre entre régulations de la concurrence et sectorielle sont nombreuses ; les hypothèses de recours exercé par une autorité sectorielle le sont donc tout autant. Reformulons l'espoir que les échanges entre ces autorités suffisent à rendre très exceptionnel l'exercice de tels recours.

b. La matière de l'instance de recours

414. Dimension objective du recours : la légalité d'un acte administratif au cœur des débats. Le recours envisagé revêt une importante dimension objective en ce que la légalité d'un acte administratif est au cœur des débats. Les conclusions des parties, qui alimentent la matière de l'instance, ont pour objet principal la contestation de cet acte systématiquement qualifié de

[1] V. H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, précité, p. 315 et s.
[2] V. *supra*, n° 377.
[3] La réserve émise quant à la recevabilité du recours du ministre de l'Économie contre un acte du contrôle *ex ante* ne nous semble pas devoir être reprise ici car son pouvoir d'évocation ne concerne pas le contrôle *ex post.* Nous rejoignons la position de F. BLANC, thèse précitée, n° 998, qui explique que « le ministre de l'Économie est évidemment fondé à agir puisqu'il a lui-même des responsabilités importantes dans le droit des concentrations ».

sanction. Les parties sont donc bien souvent amenées à contester la réunion des éléments qui conditionnent la légalité de toute sanction administrative – à commencer par leurs caractères nécessaire et proportionné au regard du manquement et/ou de l'atteinte à l'ordre public envisagé – mais également des spécificités auxquelles le juge conditionne la légalité de certaines mesures prises dans le cadre du contrôle *ex post* – en premier lieu, le caractère proportionné des mesures adoptées au regard des exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés.

Qu'il s'agisse des parties à l'opération ou de tiers intéressés externes (clients, concurrents…) voire internes (dirigeants, actionnaires…), la contestation peut ainsi porter sur le caractère prétendument disproportionné – par insuffisance ou par excès – du montant des sanctions pécuniaires ou astreintes prononcées, des nouvelles mesures substituées aux anciennes méconnues par les parties, ou encore reposer sur l'invocation de l'atteinte disproportionnée aux droits des parties à l'opération qui résulterait du retrait d'une autorisation initialement accordée.

415. Dimension de pleine juridiction du recours : facteur d'enrichissement du contenu des demandes. Bien qu'ayant pour objet central la contestation de la légalité d'un acte administratif répressif, le recours ne tend pas nécessairement ni exclusivement à l'annulation de cet acte. Le juge du plein contentieux est doté d'un pouvoir de pleine juridiction et dispose à ce titre d'un panel important de mesures qu'il peut adopter et sur lesquelles nous reviendrons. À ce stade, il suffit de noter que cet office « entier » du juge saisi conduit les parties à solliciter, dans le cadre de conclusions souvent hiérarchisées[1], la mise en œuvre de pouvoirs autres ou complémentaires à l'annulation. Nous en avons déjà passé en revue l'essentiel. Il n'est donc pas nécessaire de faire davantage que rappeler qu'il s'agit principalement de la réformation ou de l'annulation de l'acte illicite, cette dernière pouvant alors s'accompagner de la substitution par le juge de sa propre décision à celle dont il prononce l'annulation[2]. Intéressons-nous, plus précisément, à l'office spécifique de ce juge.

[1] En ce sens qu'elles sollicitent, à titre principal, la mise en œuvre du pouvoir juridictionnel qui correspond le mieux à leurs attentes et, à titre subsidiaire, la mise en œuvre d'un ou plusieurs autres pouvoirs. Ainsi, une partie condamnée à une amende peut demander, à titre principal, l'annulation pure et simple de la sanction et, à titre subsidiaire, sa réformation dans le sens d'une réduction par le juge. Une partie enjointe d'exécuter des mesures correctives nouvelles peut saisir le juge d'une demande en annulation de cette décision et/ou de réformation qui peut, par exemple, le conduire à réformer la décision de l'Autorité de la concurrence en substituant des mesures plus souples aux mesures initialement prononcées.

[2] Pour les débats entourant le pouvoir de substitution du juge de plein contentieux et sa distinction avec son pouvoir de réformation v. *supra*, n° 348 et s. et nos propos *infra* (n° 424 et s.), spécifiques à la matière ici envisagée.

2. Office du juge de recours

416. Pour appréhender l'office du juge saisi, sur recours, d'un acte adopté dans le cadre du contrôle *ex post* d'une concentration, nous aborderons les dimensions du contrôle qu'il exerce à son égard (a) avant d'analyser les pouvoirs dont il dispose pour mettre un terme au litige (b).

a. Les dimensions du contrôle juridictionnel

417. Puisque ces questions ont déjà fait l'objet de développements auxquels il est en grande partie suffisant de se référer, les propos relatifs à l'étendue, au champ (i) puis à l'intensité (ii) du contrôle opéré par le juge de recours seront brefs et au besoin complétés par des renvois.

i. Le champ du contrôle : généralisation du phénomène d'étirement

418. L'extension du champ du contrôle juridictionnel en matière répressive. Nous nous sommes déjà référés aux travaux d'un auteur qui a démontré, notamment dans le champ du contentieux de la régulation économique, que la finalité répressive des mesures adoptées constitue un vecteur d'extension du champ du contrôle juridictionnel opéré à leur égard[1]. Si « l'acte sanctionnateur » – en l'espèce la ou les mesures adoptées par l'Autorité ou le ministre en réaction à l'inobservation de leurs obligations initiales par les parties – reste au cœur du contrôle, il n'en est plus le seul objet. On observe, surtout à propos des sanctions prononcées par les AAI, un « élargissement constant du spectre des phases de l'instance disciplinaire soumises au contrôle du juge »[2]. Toutes les phases postérieures à l'émission de « l'acte d'accusation » – matérialisé, en notre matière, par la communication aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés du rapport établi à la suite de la décision de l'Autorité d'engager une procédure de manquement[3] – sont soumises au contrôle du juge. Il appartient alors à ce dernier de veiller au respect des formes procédurales qui encadraient l'exercice de son pouvoir de sanction par l'administration et, notamment, aux exigences de l'article 6 de la Convention EDH.

419. L'étirement du champ de son contrôle par le Conseil d'État dans le contentieux des concentrations. S'ajoute à ce premier mouvement général le phénomène « d'étirement » de son contrôle par le juge administratif[4], déjà observé lors de l'étude du contrôle *ex ante* des concentrations. Les mesures prises dans le cadre du contrôle *ex post*, bien qu'elles soient

[1] V. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 507 et s. et nos propos *supra*, n° 314 et s.
[2] M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives,* précité, p. 161. L'expression « d'instance disciplinaire » est à entendre au sens large, comme intégrant les procédures administratives ici étudiées.
[3] Prévue par l'art. L. 463-2 auquel renvoie l'art. L. 430-8, IV C. com.
[4] G. ODINET, article précité.

absorbées par la qualification de sanction, présentent une nature hybride et participent du processus de police administrative – ou « régulatoire » – que le Conseil d'État appréhende dans sa globalité et auquel il entend pleinement participer, nous y reviendrons. Cela contribue encore à l'extension du champ de son contrôle auquel il intègre les actes préparatoires relatifs à la protection du secret d'affaires, ainsi que tout acte du processus administratif dont il contrôle la conformité aux conditions de forme et de communication requises.

ii. L'intensité du contrôle : un contrôle nécessairement approfondi

420. Dimension répressive et nature du recours : facteurs généraux d'intensification du contrôle. La dimension répressive d'actes administratifs faisant l'objet d'un recours et les importants pouvoirs du juge du plein contentieux ont d'ores et déjà été identifiés comme facteurs d'intensification du contrôle juridictionnel. La première car les exigences européennes et constitutionnelles imposent l'instauration d'un contrôle juridictionnel approfondi sur les actes d'une autorité administrative à laquelle est confié un pouvoir de sanction[1]. Les seconds car, en ce qu'ils lui offrent la faculté de substituer son acte – et donc son appréciation – à celui de l'administration, les pouvoirs confiés au juge du plein contentieux doivent nécessairement s'accompagner d'un contrôle approfondi seul à même de lui permettre d'exercer son office. Le juge saisi d'un recours de plein contentieux contre les actes coercitifs adoptés par l'Autorité de la concurrence ou du ministre de l'Économie dans le cadre du contrôle *ex post* des concentrations a donc naturellement le pouvoir et la charge d'exercer un contrôle qualifié de normal, d'approfondi ou encore d'intense sur ces actes.

421. Volonté du juge de prendre part à l'analyse économique : facteur spécifique d'intensification du contrôle. Le constat de la volonté du juge administratif de devenir acteur des analyses économiques qui constituent les préalables nécessaires à la régulation de la concurrence a déjà été fait[2]. Cette dynamique assumée est accentuée par la nature du recours ouvert contre les actes du contrôle *ex post* : le juge y disposant de pouvoirs plus larges qu'à l'égard des actes du contrôle *ex ante*, l'intensité et le caractère non déférent de son contrôle s'en

[1] V. décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* et CEDH, 8 juin 1976 *Engel et autres c./ Pays-Bas*, n° 5100/71, sur lesquelles v. notamment *supra*, n° 190 et 406.

[2] V. les développements consacrés au recours contre les actes du contrôle *ex ante.* Ce constat a par ailleurs été fait dans les discours doctrinaux et politiques dès la fin du XXe siècle (v. Titre I – Chap. 1 de la présente Partie). Pour rappel, en matière de concentrations, le juge européen adopte une attitude différente et semble réduire l'intensité de son contrôle en présence d'appréciations économiques ou techniques complexes. V. *supra*, n° 386 et not. CJUE, 16 avril 2015 *TMK Europe*, précité, § 34.

trouvent renforcés. C'est encore un autre facteur d'intensification de son contrôle, cette fois-ci plus spécifique aux contentieux de la régulation économique et de la concurrence.

422. Un contrôle inévitablement approfondi : la qualification de manquement. Il en résulte qu'outre le contrôle qu'il opère sur le respect des conditions de forme et des garanties qui encadrent l'adoption de tout acte à caractère répressif, le Conseil d'État veille à ce que le comportement sanctionné par l'Autorité ou le ministre constitue bien un manquement des parties aux mesures correctives adoptées, sans s'en tenir aux apparences. À ce titre, il a admis que nonobstant le respect formel de ces mesures, le comportement des parties à la concentration pouvait s'analyser comme une forme de « fraude à la mesure corrective »[1] en ce qu'il aurait pour effet de les vider de toute portée ou utilité, se prêtant par là à une analyse approfondie du comportement en cause. Dans le cadre de l'une des affaires *Canal Plus*, le Conseil d'État a ainsi jugé que, nonobstant le respect de la lettre de ses engagements par la société Canal Plus dans le cadre de la fusion avec TPS, les modalités par lesquelles ils ont été mis en œuvre sont parvenues à un résultat contraire à celui recherché : a été constatée une dégradation significative de la qualité des services fournis par le groupe une fois l'opération réalisée. La Haute juridiction conclut à un manquement de la société Canal Plus qui s'est manifesté par l'adoption « de mesures ayant pour conséquence de priver de toute portée l'engagement » pris[2].

423. Un contrôle inévitablement approfondi : le double contrôle de proportionnalité. De plus, cela a été rappelé[3], le Conseil d'État adopte une approche originale de certaines des sanctions envisagées en leur reconnaissant un caractère hybride duquel découle une double exigence de proportionnalité. Pour veiller à sa bonne observation, la Haute juridiction s'adonne à un double contrôle. Le premier, classique en matière de sanction administrative, le conduit à opérer un contrôle de proportionnalité entre la gravité des manquements constatés et les sanctions prononcées. Le second, plus proche de son office en matière de contrôle des mesures de police, le conduit à porter une appréciation quant à la capacité des mesures prononcées à répondre aux préoccupations de concurrence existantes. Pour mener ce double contrôle, le juge n'a d'autre choix que de procéder à des analyses parfois complexes.

[1] Expression empruntée à G. ODINET, article précité.
[2] CE, ass., 21 décembre 2012, n° 353856, précité (affaire « *Canal plus I* »), spéc. cons. 29 et s.
[3] V. *supra.*

D'abord, l'appréciation de la gravité du manquement impose bien souvent d'évaluer l'importance de la mesure méconnue[1] au regard de l'état du marché au jour où il statue[2] et des effets anticoncurrentiels qu'elle avait pour objet de prévenir. L'évaluation de ces différents éléments implique des analyses économiques complexes auxquelles s'est par hypothèse déjà prêtée l'Autorité (ou le ministre) et que les parties au recours peuvent combattre. Le juge doit trancher avec détails, pédagogie et motivation : l'exercice de son office l'impose dès-lors qu'il s'engage dans la voie de la réformation.

Ensuite, pour veiller au caractère nécessaire et proportionné de la sanction prononcée – laquelle doit permettre le rétablissement d'une concurrence suffisante sur le marché affecté par l'inobservation de leurs obligations par les parties – le Conseil d'État se prête à un contrôle strict de la qualification juridique de faits et de la justesse du raisonnement mené par l'Autorité de la concurrence ou le ministre au soutien de leur décision. Cela le conduit à exercer un « plein contrôle de proportionnalité »[3] sur des qualifications, appréciations et décisions fondées sur des analyses économiques complexes revêtant de surcroît, parfois, une dimension prospective[4]. De nouveau, il revient au juge de prendre position de manière claire et motivée en vue de la mise en œuvre de ses importants pouvoirs auxquels il convient désormais de s'intéresser.

b. Les pouvoirs du juge saisi du recours

424. Annulation, réformation, substitution ? Nous avons rappelé la teneur des débats qui existent en contentieux administratif quant aux pouvoirs du juge et à la variation de son office

[1] Dans le contrôle des sanctions prononcées dans le cadre de la fusion de Canal Plus et TPS Star, le Conseil d'État relève (CE, ass., 21 décembre 2012, n° 353856, précité) que certains des engagements méconnus « se trouvaient au cœur du dispositif des mesures correctives prévues par la décision d'autorisation », ce qu'il n'est en mesure de faire qu'après avoir porté une appréciation détaillée et globale de l'ensemble des mesures mises en place et de l'importance respective de chacune pour répondre aux préoccupations de concurrence identifiées (cons. 50 et s.).

[2] C'est un élément caractéristique de l'office du juge de plein contentieux que de statuer au regard de la situation telle qu'elle est au jour où il se prononce et non au regard de ce qu'elle était au jour de l'adoption de l'acte contesté. En notre matière, ce principe le conduit à juger non nécessaire et/ou disproportionnée et à ce titre illégale la sanction d'une mesure corrective qui, du fait des évolutions du marché, a perdu son objet (v. CE, ass., 21 décembre 2012, n° 353856, précité, not. cons. 29 dans lequel le Conseil précise que le contrôle du respect de leurs engagements par les parties à une concentration qu'exerce l'Autorité ne doit porter que sur les engagements « que l'évolution du marché n'a pas privé de [leur] objet »).

[3] Degré ultime de contrôle que le juge peut exercer sur l'activité administrative (R. CHAPUS, *Droit administratif général,* précité, n° 1264).

[4] À titre d'illustration, v. le contrôle précis et détaillé auquel se prête le Conseil d'État dans le cadre des « affaires *Canal Plus I et II* » (CE, ass., 21 décembre 2012, précités) qui porte successivement sur : la qualification des manquements à différents engagements que l'Autorité impute aux parties à l'opération (n° 353856, cons. 19 à 46), la proportionnalité des sanctions prononcées au regard de la gravité des manquements et de l'objectif de rétablissement d'une concurrence suffisante (n° 353856, cons. 47 à 65), l'analyse des risques concurrentiels que présente l'opération litigieuse (n° 362347, cons. 27 à 106 : ce contrôle passe par le contrôle de qualifications juridiques et de notions directement issues de l'analyse économique telles que celles de position dominante, de barrières à l'entrée, de compensation de puissance d'achat, de verrouillage de marché etc.), le caractère proportionné des injonctions prononcées par l'Autorité (n° 362347, cons. 107 à 160) etc.

selon qu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir ou de pleine juridiction[1]. Le juge de plein contentieux saisi d'une contestation relative à la légalité d'un acte administratif peut être conduit à réformer – voire à « refaire », après l'avoir annulé[2] – l'acte en question, ce qui rend nécessaires les moyens d'un contrôle entier et le panel de pouvoirs complet qui lui sont confiés.

Dans le recours étudié, le Conseil d'État peut être conduit à réformer – ou à pleinement « refaire » – une décision de sanction pécuniaire, d'injonction d'avoir à respecter des mesures correctives qui accompagnaient l'autorisation initiale ou de nouvelles qui leur ont été substituées, voire de retrait de l'autorisation ; le tout sans dépasser les pouvoirs qui sont ceux de l'autorité auteur de l'acte. Comme en toute matière, ce pouvoir ne peut être exercé qu'à condition qu'il soit en mesure de respecter les formes du processus administratif que la loi impose en vue de l'adoption de la décision annulée ou qu'il s'apprête à réformer et qu'il dispose des moyens de procéder à une nouvelle instruction qui viendrait se substituer à celle viciée qui avait été menée par son auteur[3]. Si ces conditions sont réunies, le juge semble alors habilité à modifier le montant de la sanction pécuniaire, à modifier ou écarter une ou plusieurs mesures correctives imposées[4], voire à remettre en cause une décision de retrait d'autorisation[5].

Si l'exercice de ce pouvoir de statuer au fond, en substituant son appréciation et sa décision à celles de l'Autorité de la concurrence ou du ministre qu'il censure, n'est en principe qu'une simple faculté pour le juge, certaines formules du Conseil d'État laissent planer le doute[6]. Il n'est par conséquent pas à exclure que, saisi de seules conclusions aux fins d'annulation, le

---

[1] V. *supra*, n° 338 et s.

[2] Est ici visé le pouvoir de réformation du juge administratif de plein contentieux qui semble aujourd'hui pleinement reconnu. V. *supra*, n° 341 et s. et R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* précité, n° 259-262.

[3] Par conséquent, s'il annule l'ensemble de la procédure préalable à l'adoption de l'acte en question et qu'il ne dispose pas des moyens et/ou pouvoirs (d'instruction notamment) d'en mener une nouvelle à son terme dans les formes requises, le juge est contraint de renvoyer à l'autorité auteur de l'acte qu'il vient d'annuler. V. *supra.*

[4] L'office du juge ne semble en revanche pas lui permettre de « négocier » avec les parties l'adoption d'engagements, nous reviendrons sur cette question *infra.*

[5] V. J.-M. WOERHLING, « La revanche du plein contentieux », *in Le juge administratif à l'aube du XXIe siècle, Colloque anniversaire des tribunaux administratifs,* 1995, p. 245 : dans un propos général au cours duquel il traite notamment du contrôle des sanctions administratives, l'auteur explique que le juge dispose dans ce cadre de la prérogative de réformer l'acte de sanction administrative « soit en allégeant, soit en aggravant la sanction ».

[6] V. CE, ass., 21 décembre 2012, n° 353856, précité, qui juge, après avoir remis en cause la décision par laquelle l'Autorité de la concurrence fondait une sanction sur des manquements à des engagements dont le Conseil d'État conteste l'existence, « qu'*il appartient* au juge administratif, *eu égard à son office de juge de plein contentieux,* de réexaminer en conséquence les sanctions prononcées à l'encontre de la société Groupe Canal Plus au regard des seuls manquements de nature à justifier légalement le prononcé d'une sanction (…) » (cons. 47, nous soulignons). Sans que le Conseil ne juge expressément que, dans une telle situation, il a obligation de réformer ou de substituer une nouvelle décision et non simplement d'annuler la sanction (il ne parle que de « réexaminer »), l'expression pourrait laisser entendre que c'est son intention. En l'espèce, il procède d'ailleurs à une telle réformation.
Pour rappel, dans le cadre des recours exercés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence prises en répression des pratiques anticoncurrentielles, la Cour de cassation impose à la Cour d'appel de Paris d'user de son pouvoir de réformation dès lors que les conditions de son exercice sont réunies. V. *supra*, n° 344 et s.

Conseil se sente systématiquement contraint, lorsqu'il en a les moyens, de substituer sa décision à l'acte annulé[1], exerçant ainsi pleinement son pouvoir de réformation[2].

Habilité, au terme du contrôle approfondi qu'il opère, à annuler ou modifier l'acte adopté par l'Autorité de la concurrence ou le ministre de l'Économie dans le cadre de leur mission de contrôle *ex post* des concentrations, le Conseil d'État est ainsi conduit à substituer son appréciation et *in fine* son acte aux leurs. Son activité de contrôle de l'administration se meut alors quelque peu en une activité d'administrateur ; peut-être même de régulateur. Cette observation est de nature à nourrir quelques craintes.

425. La participation du juge au processus de régulation : l'émergence du juge régulateur ? La crainte d'un gouvernement des juges a longtemps animé la doctrine constitutionnaliste[3]. La doctrine administrative est, elle, davantage marquée par la crainte d'une résurgence du juge administrateur ou de l'administrateur juge, que certains estiment d'ailleurs être une réalité aboutie[4]. Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités administratives en charge d'une mission de régulation renouvelle ces craintes, débats ou interrogations ; à tel point qu'un auteur a pris position de manière claire – et, à certains égards, significative de la manière dont la doctrine et le juge administratifs lui-même envisagent son office dans ce cadre[5] – en écrivant que « juger la régulation, c'est encore réguler »[6].

---

[1] Contrairement à ce qui a été longtemps enseigné, le juge administratif semble de moins en moins considérer qu'annulation et réformation sont deux alternatives exclusives l'une de l'autre. L'observation du contentieux étudié conduit au constat que le Conseil d'État, dès lors qu'il est en mesure de le faire, procède à la réformation de l'acte vicié ou substitue à un acte annulé sa propre décision (v. Y. GAUDEMET, « Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », précité et M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 814).

[2] Ici encore, sans qu'il soit besoin d'entrer dans les débats relatifs à la distinction entre réformation et substitution, on peut avancer que la seconde constitue un effet de la mise en œuvre de la première. C'est la conception défendue par H. LEPETIT-COLLIN, thèse précitée, n° 536 et s. (v. aussi, *supra*, n° 340 et s.

[3] V. S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001 spéc. M. TROPER, O. PFERSMANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » ; M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *in Le nouveau constitutionnalisme ; mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, p. 65.
Elle en anime d'ailleurs encore une partie, v. B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?,* LGDJ, 2015 ; « Le gouvernement des juges, ce n'est plus la démocratie », *Gaz. Pal. prof.,* sept. 2015, n° 268-269.

[4] V. notamment, dans un autre cadre mais le propos est généralisable : C. BROYELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », précité.

[5] V. le discours d'un vice-Président du Conseil d'État qui présente la Haute juridiction administrative comme un « méta-régulateur » répondant au besoin de « régulation des régulateurs » (J.-M. SAUVÉ, *La régulation*, Intervention lors des Entretiens du contentieux le 20 novembre 2017 consultable sur le site du Conseil d'État).

[6] P. IDOUX, « Juger la régulation, c'est encore réguler… », *RDP,* 2005, n° 6, p. 1643. V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers un gouvernement économique des juges », *Commentaires,* 2005/3, n° 111, p 631-640, qui consacre son propos au droit économique qu'elle conçoit de manière large (intégrant le droit de la concurrence, de la consommation, de l'entreprise…) et explique que le juge se trouve de plus en plus intégré au « gouvernement » (à la régulation pourrait-on dire) de ce champ du droit en tant qu'acteur à part entière et non plus comme seul tiers intervenant uniquement dans les situations pathologiques.

Le Conseil d'État ne peut prétendre se substituer pleinement à la mission confiée à l'Autorité de la concurrence et au ministère de l'Économie en matière de contrôle des concentrations. Son intervention nécessite leur décision préalable et les pouvoirs du juge sont doublement limités : par ceux confiés à l'auteur de l'acte d'une part, et par les questions que celui-ci a tranchées par la décision objet du recours d'autre part. Il n'en demeure pas moins que dès lors qu'il constate un vice qui affecte la décision de l'autorité en charge du contrôle *ex post*, il est conduit à se saisir de l'intégralité de l'affaire et à y porter une nouvelle appréciation qui lui est propre et sur laquelle repose la décision finale qui s'impose aux parties. Passé de simple « garant de la cohérence de la régulation »[1] à « figure occasionnelle de régulateur »[2], le Conseil d'État ne serait-il pas en passe de devenir un véritable régulateur ? Est-ce là son rôle et surtout, en a-t-il les moyens ? Ces questions seront abordées dans le second temps de notre recherche, pour l'heure, observons que cette tendance ne peut qu'être encouragée par les pouvoirs que la Haute juridiction s'est octroyée à l'égard des actes de « droit mou » adoptés dans ce même cadre.

Sous-section 2 : Le recours contre les actes au cœur du dispositif régulatoire : les actes de *soft law*

426. Le droit souple au cœur du dispositif régulatoire. « Le droit est plus grand que la règle de droit »[3]. La formule est classique et le juge, notamment administratif[4], reconnaît aujourd'hui l'existence, à côté de la règle de droit « classique », impérative et susceptible de sanction[5], d'autres formes de normativité susceptibles d'influencer les comportements, voire de produire des conséquences directes sur l'ordonnancement juridique[6].

Le droit de la concurrence constitue un terrain privilégié d'épanouissement de cette « normativité souple »[7]. En 2013, le Conseil d'État en relève « l'omniprésence », notamment

[1] J.-M. SAUVÉ, « Justice administrative et autorités de régulation », intervention au colloque EFB-Dalloz du 9 avril 2008, consultable sur le site du Conseil d'État.
[2] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 811.
[3] J. CARBONNIER, « Droit et non-droit », *in Flexible droit*, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 22.
[4] D'abord par un rapport : CONSEIL d'ÉTAT, *Étude annuelle 2013. Le droit souple,* La Documentation française, 2013, puis, à partir de 2016, par une jurisprudence sur laquelle nous allons longuement revenir.
[5] Pour une critique de cette acception v. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *in L'Égalité, APD*, t. 51, 2008, p. 341. V. aussi F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2e tirage, 2010.
[6] Dans son rapport annuel précité (p. 9), le Conseil d'État fixe trois critères d'identification des instruments de droit souple : ils « ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires », ils « ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » et « présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ».
[7] C. LEMAIRE, « *Soft law* et droit de la concurrence : retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences,* n° 1-2014, art. n° 63022. V. aussi l'historique et l'analyse complète proposés par L. IDOT, « À propos de l'internationalisation du droit. Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence », *Concurrences,*

dans l'activité des AAI. Puis, dans le communiqué qui accompagne les arrêts de 2016 par lesquels il décide d'ouvrir son prétoire à la contestation de tels actes, constate « l'importante croissance de la régulation par [des] instruments de droit souple »[1]. La doctrine rejoint ce constat d'une « montée en puissance » de l'usage de cet outil[2] qu'elle présente comme nouvel « instrument » ou « mode » de régulation[3]. L'Autorité de la concurrence a largement recours aux outils de *soft law*[4] et le législateur semble l'encourager en ce sens[5]. Les différents avis, communiqués ou lignes directrices sont aujourd'hui au cœur de son activité régulatoire. La dynamique est similaire sur le plan européen : la Commission a, elle aussi, très largement recours aux lignes directrices, recommandations et autres communications[6].

427. Évolution. État de droit oblige, le contrôle juridictionnel de cet instrument, de plus en plus mobilisé par les autorités de régulation, a été au cœur de réflexions et débats. En jurisprudence, les théories classiques relatives à la norme juridique dont sont imprégnées les juridictions ont d'abord conduit au rejet, sans examen au fond, de toutes actions tendant à contester la légalité des actes de *soft law* et notamment de ceux adoptés dans le cadre de la régulation de la concurrence (§ I). Si le juge judiciaire semble s'être maintenu dans cette position, le Conseil d'État a, lui, poursuivi l'extension du champ de son contrôle et ouvert son prétoire à l'exercice de tels recours, notamment lorsqu'ils ont pour objet un acte de droit souple adopté par l'Autorité de la concurrence. Il l'a fait en restreignant ce recours au cadre de l'excès de pouvoir, au risque, parfois, de dénaturer l'office traditionnel du juge qui s'en trouve saisi (§ II).

---

n° 2-2007, art. n° 44996 (également publié *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon,* Dalloz, 2008).

[1] V. le communiqué « Recours contre les actes de droit souple des autorités de régulation », publié au lendemain des arrêts CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International GMBH et autres,* n° 368082, 368083, 368084 et CE, ass., 21 mars 2016 *Sté NC Numericable*, n° 390023. Sur ces arrêts v. *supra*, n° 136.

[2] P. IDOUX, « Le nouveau recours en annulation des actes de droit souple des autorités de régulation », *RLC,* n° 2016/50, p. 23. Pour une appréciation plus ancienne et générale de cette tendance des pouvoirs publics à se tourner vers ce « mode non autoritaire de direction des conduites v. P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 291.

[3] C. PRIETO, « L'avis exprimé d'office, nouveau mode de régulation », *RDC*, 2011, p. 488 ; M. BAZEX, « La fonction consultative de l'Autorité de la concurrence, nouvel instrument de régulation ? », *DA*, 2012, n° 6, p. 42 ; J. MOUCHETTE, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes,* LGDJ, 2019, spéc. Deuxième partie. Bien que l'auteur relève une « conceptualisation incertaine du droit souple » dont il propose une relecture – et même l'abandon de « cette volonté d'utiliser le lexique de l'obligation » (n° 515 et s.) – il intègre les actes et processus que la doctrine a pour habitude de désigner par cette qualification aux instruments de la magistrature d'influence des AAI, laquelle « caractérise » leur intervention (v. la préface de P. WACHSMAN).

[4] C'est en droit international que l'émergence d'un droit dénué de caractère obligatoire et/ou insusceptible de sanction étatique a d'abord fait l'objet d'études approfondies. C'est dans ce cadre que l'expression de *soft law* serait apparue dès 1930 (CONSEIL D'ÉTAT, rapport annuel précité, p. 7).

[5] C. LEMAIRE, article précité. Pour une évolution législative récente v. art. L. 463-6, al. 3 C. com. (créé par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 précitée, qui transpose la directive « *ECN+* ») qui permet à l'Autorité de communiquer sur des affaires en cours lorsqu'il en va de « l'intérêt public ».

[6] V. L. IDOT, article précité.

Avant d'entamer l'étude de cette jurisprudence interne, notons que sur le plan communautaire, la CJUE accepte de connaître de la validité des actes des institutions de l'Union « dépourvus d'effets juridiques obligatoires » à titre préjudiciel (sur fondement de l'article 267 TFUE) mais refuse d'en être saisie par le biais du recours immédiat prévu par l'article 263 TFUE[1].

§ I – Le refus traditionnel de contrôler la légalité des actes de *soft law*

428. Droit, non-droit, *soft-law* et régulation. Nul besoin de retracer en détail les évolutions qu'ont connues les théories normatives françaises. Tel n'est pas l'objet de notre recherche et le renvoi aux travaux réalisés par d'autres s'avèrera largement suffisant pour notre démonstration.

Une partie de la doctrine s'est longuement attachée à modéliser une distinction entre ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas ; entre la norme juridique et d'autres types de normes, religieuses ou sociales par exemple. La norme juridique – expression à laquelle certains substituent celle de « loi »[2] – a longtemps été présentée à travers une conception de la normativité « bureaucratique et hiérarchique »[3] qui lui attribuait deux caractères essentiels : celui d'être contraignante et par conséquent susceptible de sanction étatique, et celui d'être générale et impersonnelle. Suivant une telle acception, une norme ne peut être qualifiée de juridique qu'à la condition de produire des « effets directs en droit ».

La seconde partie du XXe siècle a été marquée par une « crise de la normativité » caractérisée par le déclin de la figure « de la règle impérative comme mode de régulation sociale »[4]. En réaction, se sont développées des formes de droit et d'exercice du pouvoir nouvelles – « postmodernes » ont dit certains[5] – qui laissent davantage de place à l'incitatif et à l'action concertée entre l'auteur de la norme et son destinataire. C'est dans ce cadre qu'ont émergé des autorités chargées d'une mission de régulation laquelle repose, pour partie au moins, sur l'édiction de normes incitatives et non impératives qualifiées de *soft law* ou « droit mou ». Si une part de la doctrine reconnaît pleinement le caractère normatif de l'activité et des actes émis

[1] V. déjà CJCE, 13 décembre 1989 *Grimaldi*, aff. C-322/88 puis, plus explicitement, CJUE, 20 février 2018 *Belgique c/ Commission,* aff. C-16/16 P (spéc. § 44, concernant une recommandation de la Commission) et, en dernier lieu, CJUE, 15 juillet 2021 *FBF c/ ACPR*, aff. C-911/19 (sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État à propos d'orientations publiées par l'Autorité bancaire européenne, spéc. § 35 à 50).

[2] Non sans raison si l'on relit la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 *Loi d'orientation et programme pour l'avenir de l'école,* par laquelle il juge que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit *et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » (nous soulignons). Sur cette décision v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. consti.,* n° 21, dossier précité, janvier 2007.

[3] G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Cah Cons. constit.*, n° 21 (Dossier : La normativité), janvier 2007.

[4] B. MATHIEU, *La loi,* Dalloz, 3e éd., 2010, p. 95 et s.

[5] J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », *RDP*, 1998, p. 678 ; *L'État postmoderne,* LGDJ, 5e éd., 2017.

par ces autorités[1], le juge, imprégné de la conception traditionnelle de la norme juridique, est longuement resté enfermé dans une conception binaire le conduisant à exclure de cette qualification – et donc de toute possibilité de contrôle de légalité[2] – tout acte dépourvu de caractère impératif et non producteur d'effets de droit. Les conceptions traditionnelles de la loi et de la normativité ont ainsi abouti à des difficultés d'intégration de ces nouvelles formes de normativité, plus « douces » et non contraignantes.

429. Absence de recours contre les actes de droit souple : le « présupposé dichotomique »[3] du juge. Faisant application des critères traditionnels de recevabilité d'un recours en contestation de la légalité d'un acte administratif à l'égard des actes des autorités en charge d'une mission de régulation économique, le juge administratif s'en est longtemps tenu à une distinction entre les actes « impératifs » ou « décisoires » – créateurs d'effets de droit et susceptibles de faire grief – et ceux qui ne le sont pas, qui ne sont « pas considéré[s] comme du droit »[4]. À l'égard de ces derniers, aucun recours et donc contrôle juridictionnel n'était envisageable[5]. « L'orthodoxie de cette démarche »[6] empêchait de soumettre au contrôle du juge des actes, pourtant de plus en plus nombreux et importants, adoptés par les autorités en charge d'une telle mission. Seuls les actes « impératifs »[7], « faisant grief » ; les « décisions » des autorités administratives étaient susceptibles de recours[8]. Cette condition « permet[tait] d'assurer l'utilité de l'intervention du juge en permettant de faire cesser les effets contraignants

[1] V. parmi une littérature abondante : G. TIMSIT, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », *RFAP,* 1996, p. 375 ; J. CHEVALLIER, article et ouvrage précités.
[2] Le juge administratif a historiquement eu pour office exclusif d'opérer un contrôle de légalité, lequel implique de veiller à ce que toute *norme juridique* de degré hiérarchique inférieur à la loi – en ce compris, tout acte administratif décisoire – soit conforme à cette dernière. L'objet du contrôle ainsi conçu ne peut être qu'une norme juridique. En somme « pas de norme juridique, pas de contrôle de légalité ».
[3] Expression empruntée à G. TIMSIT, article précité.
[4] A. SÉE, « Le droit souple des autorités de régulation », comm. sous CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International,* n° 368082, 368083 et 368084 et CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numéricable,* n° 390023, *DA,* n° 5, 2016, comm. 34. V. déjà l'analyse de G. TIMSIT (article précité) qui distingue *règlementation* et *régulation* et avance que le second, faute de caractère impératif prétendu, est méconnu, relayé à du non-droit.
[5] Pour une présentation critique v. M. COLLET, thèse précitée, p. 192 et s. et M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 195 et s. Nous nous limiterons pour notre part à présenter la jurisprudence postérieure à 2002.
[6] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 193.
[7] Un auteur résume l'état de la jurisprudence tel qu'il résulte de l'arrêt *Mme Duvignères* du 18 décembre 2002 (v. *infra)* en expliquant que c'est le caractère impératif d'une circulaire administrative – et, plus largement, de tout acte administratif – qui la rend, ou non, susceptible de faire l'objet d'un recours juridictionnel. V. G. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence Duvignières : réflexion sur un « sésame contentieux » », *RFDA*, 2008, p. 941.
[8] C'est la formule générale de l'art. R. 421-1 CJA qui dispose qu'en premier ressort « la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé *contre une décision* (…) » et celle de l'art. R. 311-1, 4° CJA qui prévoit que le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort pour connaître « des recours dirigés contre *les décisions* prises par les organes » de certaines autorités administratives « au titre de leur mission de contrôle ou de régulation (…) » (nous soulignons). En jurisprudence v. CE, sect., 18 décembre 2002 *Mme Duvignères*, n° 233618 et CE, 18 décembre 2002 *Asso. Promouvoir*, n° 232273 : seuls les actes producteurs d'effets de droit susceptibles de faire grief ou ceux susceptibles d'avoir eu un impact préjudiciable sur le processus d'adoption d'un acte décisoire peuvent faire l'objet d'un recours.

d'un acte illégal »[1] : il ne pouvait ainsi être saisi que d'actes entraînant directement une modification de l'ordonnancement juridique, « c'est-à-dire la création de droits ou obligations dans le chef d'une ou plusieurs personnes »[2]. Un acte produisant des effets non strictement juridiques, de quelque ordre que ce soit, était insusceptible de recours s'il ne comportait pas en son sein une règle de droit nouvelle ni ne modifiait la situation juridique d'une personne[3]. Souvent rendue dans d'autres champs mais à propos d'actes présentant des similarités avec ceux envisagés, la jurisprudence judiciaire conduisait à une conclusion semblable[4].

En pratique, cette jurisprudence empêchait le recours contre les avis, communiqués, prises de position ou recommandations de l'Autorité de la concurrence. Une société a ainsi vu déclarer irrecevable son recours contre un avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris au motif que « les prises de position et recommandations formulées » à l'occasion d'un tel avis « ne constituent pas des décisions faisant grief » sauf à ce qu'elles revêtent « le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »[5].

---

[1] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 196.

[2] CONSEIL D'ÉTAT, rapport public précité, p. 74.

[3] Sauf par des recours indirects ou détournés, rarement efficaces, qui tendaient à contester des actes décisoires périphériques (décision de publication notamment) ou subséquents à des actes de *soft law* (décision postérieure susceptible d'avoir trouvé son fondement sur un acte de soft law ; ce que certains ont qualifié de « faux » actes de *soft law*, v. *infra*). Sur cela v. L. CALANDRI, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », comm. sous CE, 11 octobre 2012 *Sté Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193 et CE, 11 octobre 2012 *Sté ITM Entreprises*, n° 346378, *RDP*, 2013, p. 771.

[4] Sans surprise, la Cour de cassation est moins prolixe sur la question de la normativité. Elle est peu accoutumée au contrôle de légalité de normes administratives mais le raisonnement est le même. La jurisprudence a principalement été rendue à propos d'actes de *soft law* de la Commission des clauses abusives. Cette autorité « placée auprès du ministre chargé de la consommation » (art. L. 822-4 C. conso.) n'a pas été intégrée à la liste des AAI établie par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 *portant statut général des AAI et des API* et en était déjà exclue par le Rapport du Sénat de 2006 intitulé *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié.* Mais les auteurs du rapport avaient néanmoins reconnu que cette Commission avait une « organisation et [un] fonctionnement […] très porches de celui d'une AAI ». La comparaison est donc porteuse. V. Civ. 1ère, 13 novembre 1996, n° 94-17369, qui juge que « les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation » (c'est bien le défaut de normativité, de production d'effets juridiques directs qui est relevé) ; la même formule est adoptée par Civ. 1ère, 1er février 2000, n° 97-16707. V. aussi, moins explicite mais concernant le droit de la concurrence : Com., 24 novembre 2009, n° 08-16259, qui fait droit au pourvoi d'une société qui reprochait à la Cour d'appel de Colmar d'avoir, notamment, fondé sa décision sur divers avis du Conseil de la concurrence ainsi que sur des lignes directrices de la Commission. L'arrêt est peu explicite à l'égard de ces références mais il censure la Cour d'appel sans même s'y référer. Sont en outre relevés une violation de la loi et un défaut de base légale, ce qui permet de déduire que la Cour de cassation considère que les références faites aux actes de *soft law* sont insusceptibles de fonder une décision de justice.

[5] CE, 11 octobre 2012 *Sté Casino Guichard-Perrachon,* n° 357193. En l'espèce l'avis avait été rendu, d'office, par l'Autorité (art. L. 462-4 C. com.) ; v. aussi CE, 17 juillet 2013 *Comité des constructeurs français d'automobiles*, n° 360100, qui rejette le recours en nullité exercé contre un « document de consultation publique » et un avis émis, dans le cadre d'une saisine d'office, par l'Autorité. Il semble que la même solution était retenue concernant les avis rendus sur sollicitation (art. L. 462-1 C. com.).

Si le Conseil d'État réservait l'ouverture de son prétoire aux actes impératifs et producteurs d'effets juridiques[1], il semblait toutefois déjà s'intéresser à l'aval en recherchant si l'acte, bien que ne produisant en lui-même de tels effets, ne pouvait servir de fondement à une sanction ultérieure[2]. Mais il s'agirait dans ces hypothèses davantage de « faux avis » ; « de vrais actes décisoires »[3]. Une autre véritable évolution a été amorcée par la Haute juridiction.

§ II – L'ouverture du prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux actes de *soft law*

430. Nouveau champ contentieux. Faisant le constat de l'importance toujours plus grande que les actes de *soft law* ont pris dans l'activité administrative, le Conseil d'État leur a peu à peu ouvert son prétoire et accepté d'être saisi pour en contrôler la légalité. Ce mouvement, qui a rapidement concerné les actes de droit mou de l'Autorité de la concurrence, produit des conséquences cruciales pour notre étude : un nouveau type d'acte adopté par certaines autorités nationales de concurrence est susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dont le juge administratif s'est réservé l'exercice[4]. Il convient donc d'en appréhender le régime.

Pour ce faire, après avoir brièvement retracé et commenté le processus ayant abouti à l'ouverture du prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux actes de *soft law* de certaines autorités de concurrence (A), il nous faudra présenter les pouvoirs dont dispose ce juge lorsqu'il est saisi, sur recours, de tels actes en nous interrogeant sur les perspectives d'évolution et sur son immixtion possible dans le cœur du processus de régulation de la concurrence (B).

A. Recevabilité du recours pour excès de pouvoir : état des lieux et perspectives

431. Ouverture du prétoire aux actes de droit souple. Pour répondre à l'inaptitude des critères traditionnels de recevabilité de l'action à « saisir les effets indirects mais effectifs »[5] des actes de régulation économique, le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence. Le premier pas a consisté en la prise en compte de l'aval et de la potentialité qu'un tel acte constitue, à l'avenir, le fondement d'une sanction prononcée par son auteur ou par toute autre

[1] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 203 : « la démarche empruntée par le juge semble donc bien guidée par la recherche de l'édiction de nouvelles règles de droit. Appliquée au cas des actes de régulation économique, la démarche du juge n'a donc rien d'original, constat qui sera le même au regard de la recherche du caractère prescriptif des dispositions de l'acte soumis au contrôle du juge ».

[2] Ce qu'illustre la formule « prescriptions […] dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance » que l'arrêt *Casino Guichard-Perrachon* précité utilise pour désigner une hypothèse dans laquelle l'acte de *soft law* en question pourrait faire l'objet d'un recours juridictionnel. V. à ce sujet X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012, p. 2373.

[3] L. CALANDRI, article précité.

[4] V. *supra*, n° 136.

[5] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 227 ; v. sur le sujet M. COLLET, thèse précitée, p. 182 et s. et B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ, 2013, spéc. p. 353 et s.

autorité[1]. Ça n'est alors pas tant la nature des effets pris en compte qui fût modifiée – il s'agissait toujours d'effets juridiques – que l'exigence de leur caractère direct : ont été pris en compte par le juge des effets indirects et potentiels de l'acte, qui impliquent une intervention postérieure, pour conclure à son caractère décisoire et à la recevabilité du recours à son encontre.

Mais ce sont surtout deux arrêts du 21 mars 2016[2] qui consacrent l'ouverture large de son prétoire, par le juge administratif, aux actes de *soft law*[3] des autorités de régulation[4]. Par une formule aux allures de considérant de principe, le Conseil d'État reprend les deux critères alternatifs déjà établis permettant de déférer de tels actes au juge de l'excès de pouvoir[5] et en ajoute de nouveaux : ces actes peuvent également être déférés au juge « 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 » [6]. Dans ces hypothèses, le requérant doit encore justifier d'un intérêt direct et certain à l'annulation[7].

Il serait superfétatoire de procéder à une analyse détaillée de ces arrêts[8]. Notons simplement que le juge passe le cap qu'il avait refusé de passer en 2012 en acceptant de tenir compte d'effets

---

[1] V. CE, 11 octobre 2012 *Sté Casino Guichard-Perrachon,* n° 357193 ; CE, 11 octobre 2012 *Sté ITM Entreprises*, n° 346378 et le commentaire précité de L. Calandri.

[2] CE, ass., 21 mars 2016 *Fairvesta International GMBH et a.*, n° 368082 (concl. S. VON COSTER) et CE, ass., 21 mars 2016 *Sté NC Numericable,* n° 390023 (concl. V. DAUMAS).

[3] Les deux arrêts dressent une liste indicative de actes concernés : « les avis, recommandations, mises en gare et prises de position ».

[4] Les arrêts concernent pour l'un, des communiqués de presse publiés sur son site par l'Autorité des marchés financiers (AMF) et pour l'autre, une prise de position de l'Autorité de la concurrence. Sur cette base et par la même formule, les deux arrêts font expressément usage de l'expression « autorités de régulation ».

[5] « (…) peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils *revêtent le caractère de dispositions générales et impératives* ou lorsqu'ils *énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* » (nous soulignons).

[6] Malgré la formulation alternative de l'attendu (« ou ») la jurisprudence fait parfois une lecture cumulative de ces conditions en exigeant que l'acte litigieux produise des effets – notamment économiques, sur la réputation ou, autrement formulé, politiques – « et » ait pour objet de modifier le comportement des opérateurs visés. V. CE, sect., 13 juillet 2016 *Sté GDF Suez,* n° 388150 (recours contre une communication de la CRE) ; CE, ass., 19 juillet 2019 *Mme Le Pen,* n° 426389 (recours contre une prise de position de la HATVP) ; CE, 16 octobre 2019 *La Quadrature du net et a.,* n° 433069 (recours contre une prise de position de la CNIL en matière de ciblage publicitaire en ligne).
Aucun de ces arrêts ne concerne les actes d'autorités de concurrence. Toutefois, dès l'arrêt de 2016 relatif à une prise de position de l'Autorité de la concurrence, le Conseil d'État veille, pour admettre la recevabilité du recours, à ce que l'acte soit, d'une part, « de nature à avoir des conséquences économiques notables » et, d'autre part, à ce qu'il ait pour objet « de modifier le comportement des opérateurs sur le marché [en cause] ». Pour une analyse détaillée v. L. CALANDRI, « La justiciabilité variable des actes de Soft Law des autorités de régulation : retour sur une jurisprudence en construction », *DA*, janvier 2020, étude 2 (l'auteur relève toutefois des hypothèses dans lesquelles le juge conditionne l'accès à son prétoire à un seul de ces critères, la jurisprudence n'est donc pas fixée).

[7] Le considérant des deux arrêts étudiés le rappelle expressément.

[8] Nous renvoyons aux analyses complètes faites par d'autres auxquelles nous nous référons largement pour les courts développements à suivre. V. not. P. IDOUX, « Le nouveau recours en annulation des actes de droit souple des autorités de régulation », *RLC,* n° 2016/50, n° 2974, p. 23 ; A. SÉE, « Le droit souple des autorités de régulation », précité ; R. VANDERMEEREN, « Du nouveau sur le contentieux des autorités de régulation : le Conseil d'État ouvre le recours pour excès de pouvoir contre les actes de « droit souple » », *RJDA*, 6/16, 2016, p. 419 ; T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation », note

autres que strictement juridiques. La production effective ou potentielle d'effets juridiques n'est donc plus une condition *sine qua non* de recevabilité du recours. Les effets invoqués par les requérants pour justifier de leur intérêt à obtenir, par tous moyens[1], l'annulation de l'acte peuvent être « notamment de nature économique ». On ne pouvait faire liste moins limitative. C'est donc de manière assez large que le Conseil d'État semble ouvrir son prétoire[2] ; il refuse néanmoins d'y jouer un rôle de juge de plein contentieux.

432. Des actes relevant du recours pour excès de pouvoir. Seul le recours pour excès de pouvoir est rendu possible par cette jurisprudence. Les conclusions des rapporteurs publics sur les arrêts fondateurs de cette ouverture éclairent sur les raisons de ce choix : il fallait empêcher le juge de se substituer à l'autorité de régulation auteur de l'acte objet du recours[3]. Pour ce faire, il était impératif de le priver de son pouvoir de réformation.

Il existe plusieurs raisons de s'étonner de ce choix. D'abord, le recours pour excès de pouvoir a pour objectif de purger l'ordonnancement juridique d'actes viciés et illégaux. Or nous sommes ici en présence d'actes dont le juge et une partie de la doctrine s'obstinent justement à nier la faculté de produire une quelconque modification de l'ordonnancement juridique. On peut y voir une anomalie ou, comme certains l'avancent, une mutation témoignant de l'adaptabilité du recours pour excès de pouvoir aux défis nouveaux[4].

---

sous CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International,* n° 368082, 368083 et 368084 et CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numéricable,* n° 390023, *JCP G,* 2016, 623. V. pour une analyse actualisée de la jurisprudence sur cette question : D. COSTA, « Juger de la légalité du droit souple », *in* B. DEFOORT, B. LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 89.

[1] Dans ses conclusions sur l'affaire Numéricable, le rapporteur public V. Daumas préconisait une limitation en suggérant d'imposer que les moyens avancés correspondent à l'intérêt invoqué par le requérant au soutien de sa demande de nullité. Le Conseil d'État n'a pas retenu une telle délimitation. Sur cela v. P. IDOUX, article précité.

[2] Le Conseil a, suivant l'avis du rapporteur public S. von Coester, décidé d'ouvrir son prétoire « aux personnes auxquelles [l'acte] s'adresse » et non seulement à ses destinataires. Cela représente une masse potentiellement importante, notamment lorsque l'acte en question prend la forme d'une communication adressée au public. Toutefois, des auteurs ont décelé dans la jurisprudence une exigence que les effets invoqués soient d'une gravité suffisante pour que le juge accepte de connaître du recours. V. L. CALANDRI, article précité, spéc. n° 23 et s. et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », chron. sous CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numericable*, n° 390023, *AJDA*, 2016, p. 717. L'attendu fait mention d'un acte ayant « pour objet d'influer *de manière significative* sur les comportements » ou produisant des « effets *notables*, notamment de nature économique » (nous soulignons). En deçà d'un certain degré de gravité, l'acte de *soft law* pourrait redevenir insusceptible de recours.

[3] S. VON COESTER, concl. sur CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International,* n° 368082, 368083 et 368084, *RFDA*, 2016, p. 497 et V. DAUMAS, concl. sur CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Numéricable*, n° 390023, *RFDA*, 2016, p. 506.

[4] C'est l'analyse d'un auteur qui y voit le signe de « la plasticité du recours pour excès de pouvoir » et du « réalisme » de son juge : T. PERROUD, note précitée.

En outre, dans le cadre de ce « nouveau recours »[1], l'appréciation de la recevabilité suppose « la prise en considération affinée de la situation particulière du requérant »[2]. Le juge est invité à enrichir son analyse de la recevabilité d'une « approche plus concrète, destinée à mesurer la capacité réelle de l'acte à modeler, par le simple jeu de l'influence, le comportement de ses destinataires »[3]. Il doit prêter une attention particulière à la situation et au comportement des destinataires de l'acte, tant avant qu'après son adoption et abandonne ainsi son office de juge de la légalité d'un acte pour endosser celui de juge d'une situation individuelle. Si cette subjectivisation du recours pour excès de pouvoir n'est pas propre au contentieux de la régulation économique[4], elle en constitue un terrain privilégié. Preuve supplémentaire que la matière peine à s'insérer dans les catégories processuelles classiques, qui renforce le sentiment qu'aucune solution ne s'imposait *a priori* et qu'une profonde réflexion préalable est indispensable à chacun des choix qui sont faits.

B. Pouvoirs du juge : l'hypothèse de l'immixtion au cœur du processus régulatoire

433. Extension continue. La présentation des pouvoirs du juge saisi du recours exercé contre un acte de *soft law* (1) sera suivie de considérations relatives à cette extension du champ de son contrôle sur les actes des autorités de concurrence par le juge administratif, aux perspectives d'évolution qu'elle ouvre ainsi qu'aux doutes et craintes qu'elles pourraient faire naître (2).

1. Les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir

434. Potentialité d'un contrôle intense, maniement précautionneux de la nullité. Un auteur rappelle que le choix de s'en tenir à un contentieux de l'excès de pouvoir « ne préjuge […] nullement de l'intensité du contrôle juridictionnel » opéré par le juge[5]. D'ailleurs, dans « l'affaire *Numericable* », une prise de position de l'Autorité de la concurrence relative à l'exécution des injonctions assortissant l'autorisation de la fusion entre Canal Plus et TPS avait donné lieu à un contrôle approfondi englobant l'appréciation et la qualification juridique des faits retenues par l'Autorité[6]. Contrairement aux préconisations de son rapporteur public, le

[1] V. P. IDOUX, article précité, qui témoigne de la transfiguration du recours pour excès de pouvoir lorsqu'il a pour objet un acte de *soft law.*
[2] J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.
[3] *Ibid.*
[4] Ce mouvement de subjectivisation et la prise en compte croissante des droits et situation des particuliers dans le cadre du recours pour excès de pouvoir sont d'ailleurs pleinement assumés par un ancien vice-Président du Conseil d'État qui parle de « subjectivisation du contrôle de l'excès de pouvoir » ; v. J.-M. SAUVÉ, « L'avenir du modèle français de droit public en Europe », propos introductifs au colloque *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, organisé le 11 mars 2011, consultable sur le site du Conseil d'État.
[5] P. IDOUX, article précité.
[6] V. CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, précité, spéc. cons. 11 à 15.

Conseil d'État n'a pas souhaité limiter les moyens de nullité invocables par les parties[1] : le champ de son contrôle est donc ample et son intensité possiblement forte.

Sur le plan des pouvoirs mis en œuvre, l'observation du contentieux relatif aux actes de *soft law* conduit au constat que « les annulations demeurent exceptionnelles »[2]. Cette attitude rejoint celle plus générale du juge administratif d'éviter, autant que faire se peut, de faire produire les lourdes conséquences de l'annulation d'un acte administratif, notamment en matière de régulation économique et de la concurrence[3]. Elle pourrait être encore accentuée par l'importance de ce type d'acte dans l'activité quotidienne des autorités de concurrence et de l'influence qu'ils peuvent produire sur les comportements des acteurs économiques. Le juge est alors bien souvent conduit à s'en tenir à son pouvoir d'injonction.

435. Le pouvoir d'injonction priorisé : un risque pour l'autonomie des autorités de concurrence. Nous avons passé en revue l'essentiel des techniques mobilisées par le juge de l'excès de pouvoir pour éviter le prononcé de l'annulation lorsque les conséquences qu'elle entraînerait semblent disproportionnées au regard du vice qui affecte l'acte litigieux. Nul besoin d'y revenir, seule la mise en œuvre du pouvoir d'injonction nous retiendra davantage.

Le choix de circonscrire le contentieux des actes de droit souple des autorités de régulation au recours pour excès de pouvoir a principalement été motivé par la volonté d'empêcher le juge de faire acte de régulateur[4]. Or nous avons déjà observé que les potentialités offertes par les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge administratif étaient nombreuses tant celui-ci se montre parfois exigeant et détaillé dans les refontes et modifications qu'il impose à l'autorité auteur d'un acte vicié[5]. Le Conseil d'État, dès ses arrêts de mars 2016, se contente de préciser que le juge pourra faire usage de ce pouvoir lorsqu'il sera saisi de conclusions en ce sens[6]. Mais le rapporteur public sur « l'affaire *Numericable* » est parfaitement conscient de ce risque d'une immixtion trop grande du juge : il rappelle que la distinction du plein contentieux et de l'excès de pouvoir est aujourd'hui « avant tout affaire de doctrine ». Si le pouvoir de réformation

[1] V. *supra*, n° 431-432, le renvoi aux conclusions de V. Daumas et l'analyse de Mme Idoux.
[2] L. CALANDRI, « La justiciabilité variable des actes de Soft Law des autorités de régulation (…) », précité.
[3] Sur cette tendance v. *supra*, n° 390 et s.
[4] Dans ses conclusions sur « l'affaire Numericable » précitées, le rapporteur public V. Daumas explique que deux éléments devaient guider le choix du type de recours qui allait être ouvert : éviter que le Conseil d'État ne devienne régulateur ponctuel d'une part, et restreindre le contentieux à des questions de légalité d'autre part. Cela pour annihiler l'opportunisme de plaideurs qui auraient pu vouloir profiter d'un accès trop large au juge du plein contentieux pour insérer dans le recours de nombreuses questions annexes et lointaines tendant à remettre en cause l'ensemble de la politique concurrentielle mise en œuvre par le régulateur sur une question déterminée.
[5] V. C. BROYELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », précité et nos développements *supra*.
[6] « Qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative » (art. L. 911-1 et s. CJA).

distingue le juge du plein contentieux du juge de l'excès de pouvoir, l'usage plein et entier de ses pouvoirs d'injonction et d'astreinte par ce dernier le conduit à des solutions parfois très proches de ce que lui aurait permis l'octroi d'un pouvoir de pleine juridiction. Le respect de la frontière entre office juge et office du régulateur sera donc en grande partie dépendante de la jurisprudence appelée à se développer sur ce contentieux. L'autonomie volontairement octroyée au second par le législateur en dépend ; l'enjeu est de taille eu égard à l'extension encore en cours du champ de son contrôle par le premier.

2. L'intervention du juge au cœur du processus régulatoire

436. L'hypothèse de l'extension du contrôle du juge administratif aux actes d'autres autorités nationales de concurrence. Jusqu'à présent, les décisions rendues par le juge administratif sur des actes de *soft law* adoptés dans le champ du droit de la concurrence l'ont été à l'encontre d'actes émis par l'Autorité de la concurrence dans sa mission de contrôle des opérations de concentration ; champ dans lequel le Conseil d'État a toujours conservé compétence[1]. Il n'est cependant pas à exclure que l'extension se poursuive aux actes de *soft law* adoptés par les autres autorités, notamment ministérielles[2], en charge d'une mission de mise en œuvre du droit de la concurrence ou à des actes de droit souple émis par l'Autorité de la concurrence dans le champ de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles[3]. La jurisprudence récente constitue d'ailleurs un terrain propice à une telle extension[4] alors que le juge judiciaire maintient, lui, une attitude prudente et ambigüe à l'égard de ces actes.

[1] V. aujourd'hui l'art. R. 311-1, 4° CJA.

[2] Concernant les actes des ministres, le Conseil d'État faisait, avant le revirement de 2016, application des critères classiques de recevabilité. Ainsi a-t-il fait application du critère de l'impérativité pour apprécier la recevabilité du recours exercé contre un avis adressé par le ministre de l'Agriculture aux fabricants, distributeurs et utilisateurs de produits phytopharmaceutiques (CE, 5 juillet 2013 *Sté FMC Chemical SPRL*, n° 350310). Rien ne semble donc s'opposer à ce que le nouveau recours et les nouveaux critères de recevabilité soient étendus aux actes ministériels. Pour un exemple récent d'acte de *soft law* adopté par des services ministériels en matière de droit de la concurrence v. DGCCRF, *Lignes directrices relatives à la détermination des sanctions pour dépassement des délais de paiement interprofessionnels,* 2 décembre 2021 (consultables sur le site du ministère de l'Économie).

[3] Pour l'heure, il est possible de relever un arrêt par lequel le Tribunal des conflits a déclaré la juridiction administrative incompétente pour connaître du recours ayant pour objet une communication de l'Autorité de la concurrence relative à une sanction prononcée en matière de pratiques anticoncurrentielles (en l'espèce, publication sur les réseaux sociaux d'une vidéo faisant état de la gravité des pratiques et envoi d'un courrier d'information à un syndicat représentatif du secteur). Jugeant la communication indissociable de la décision de sanction, les juges départiteurs déclarent, *in fine*, la Cour d'appel de Paris seule compétente (TC, 11 avril 2022, n° C 4242). Cette décision est de nature à contenir l'extension de l'influence du juge administratif mais ne concerne que les communications se rapportant à une sanction particulière.

[4] Bien que dans ses conclusions sur l'arrêt *Fairvesta*, le rapporteur public avançait que l'ouverture du prétoire envisagée « ne trouverait […] a priori pas à s'appliquer pour des prises de positions ministérielles », une telle extension ne serait pas la première à aller au-delà de ce qui fût préconisé en 2016. V. CE, ass., 19 juillet 2019 *Mme Le Pen,* n° 426389, qui lève le carcan qui résultait de la référence à la notion « d'actes des autorités de régulation » et ouvre la porte à l'extension aux actes de *soft law* de toute autorité administrative, notamment ministérielle (v. B. LASSERRE, « Actualité concurrentielle du Conseil d'État », *Concurrences,* n° 3-2020, art. n° 95096).

437. La prudence ambigüe du juge judiciaire. Conduite à se prononcer, au moins à deux reprises, de manière incidente sur le « communiqué sanctions » de l'Autorité de la concurrence[1], la Cour d'appel de Paris s'en est tenue à réaffirmer l'absence d'effet normatif de ce type d'acte[2] ; ce qui est contestable[3] et contesté[4]. Certains y ont vu une validation par le juge de la méthode prévue par le communiqué[5]. En tout état de cause, l'arrêt ne témoigne pas d'un juge prêt à tirer les conséquences d'une irrégularité qui affecterait un tel acte de « droit mou »[6].

438. Le risque d'un énième éparpillement. Si le juge administratif venait à étendre son emprise en la matière[7], on se trouverait face à une nouvelle atteinte tant à la bonne administration de la justice qu'aux intérêts du justiciable.

L'atteinte à la première résulterait de ce que l'activité et les actes des autorités de concurrence – au premier plan, de ceux de l'Autorité de la concurrence – selon qu'ils sont des actes de « droit mou » ou de « véritables actes décisoires », normatifs, relèveraient, au stade du contrôle juridictionnel, d'ordres différents. Or s'il est des critères qui ont historiquement permis, sinon de justifier pleinement, au moins de délimiter la compétence des juridictions de chacun des ordres[8], le « degré de normativité » des actes en question n'en fait pas partie. Les actes d'une même autorité – tous adoptés en exécution d'une même mission de protection de l'ordre public

---

[1] Communiqué du 16 mai 2011 *relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.*

[2] CA Paris, 10 octobre 2013 *Sté Neslté Purina Petcare France,* n° 2012/07909 (qui a donné lieu à un pourvoi rejeté par la Cour de cassation qui approuve la position de la Cour de Paris, v. Com., 17 mars 2015 *Sté Royal Canin,* n° 13-26003) et CA Paris, 30 janvier 2014 *Sté Colgate Palmolive Services SA*, n° 2012/00723.
La jurisprudence européenne adopte une solution opposée à propos des lignes directrices de la Commission relatives aux sanctions et juge qu'il s'agit bien de « droit » au sens de l'art. 7 §1 de la Convention EDH et d'une « loi » au sens de la même Convention. V. CJUE, 28 juin 2005 *Dansk Rorindustri e. a. c/ Commission,* aff. C-189/02, C-202/02, C-205/02 à C-208/02 et C-213/02 (spéc. § 207 à 216).

[3] Ce type de communiqué lie l'Autorité dans son action et ce n'est qu'au soutien d'une décision motivée qu'elle peut s'en départir (v. § 7 du communiqué).

[4] E. CLAUDEL, « Le communiqué sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires validé sans réserve par la cour d'appel de Paris. Ou la *soft law* en roue libre », *RTD com.,* 2014, p. 78 et C. LEMAIRE, « *Soft law* et droit de la concurrence : retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », précité, spéc. n° 73 et 141 : l'auteur, commentant ce communiqué de 2011, explique qu'il « complète » et même « dépasse largement » le cadre législatif du Code de commerce. V. aussi D. BOSCO, « Validation du « communiqué sanctions » de l'Autorité de la concurrence par la Cour de Paris », comm. sous CA Paris, 10 octobre 2013 *Sté Nestlé Purina PetCare France*, n° 2012/07909, *CCC*, janvier 2014, comm. 18.

[5] V. les articles précités de D. BOSCO et E. CLAUDEL.

[6] Au contraire, la Cour assimile expressément le communiqué à une directive administrative et lui assigne une fonction strictement interprétative. Elle réaffirme à plusieurs reprises son absence d'effet normatif et considère que c'est au regard du seul article L. 464-2 C. com. qu'elle doit apprécier la proportionnalité et la légalité des sanctions prononcées. De tout cela, elle tire l'inapplicabilité des principes de non-rétroactivité de la loi pénale et de légalité criminelle audit communiqué. Les moyens fondés sur ces principes sont donc « inopérants ».

[7] Si le recours venait à être étendu à des actes de droit souple adoptés par le ministère de l'Économie en matière de contrôle des concentrations, ils relèveraient toujours de la compétence exclusive, en premier et dernier ressort, du Conseil d'État (art. R. 311-1, 7° CJA). Toutefois, si la DGCCRF était amenée à adopter de tels actes en matière de lutte contre les micro-PAC et que le juge administratif acceptait de contrôler, la compétence devrait revenir aux tribunaux administratifs, ces actes ne figurant pas dans la liste dérogatoire et limitative de l'art. R. 311-1 CJA.

[8] V. à ce sujet R. SOUCHE, *Les critères de répartition des compétences contentieuses dans la jurisprudence du Tribunal des conflits*, thèse Montpellier, 2017.

économique par la préservation de la libre concurrence – relèveraient de juridictions et de modalités de contrôle différentes, emportant avec eux les espoirs d'une application unifiée et prévisible de ce droit ainsi que celui d'une spécialisation des juridictions de recours.

L'atteinte aux seconds surviendrait dans l'hypothèse où un justiciable ayant fait l'objet de mesures coercitives prononcées par l'Autorité de la concurrence en répression d'une pratique anticoncurrentielle[1] souhaiterait à la fois contester, par la voie d'un recours juridictionnel, la décision de sanction ainsi qu'un acte de *soft law* – avis, recommandation, lignes directrices[2], communiqué…– qui en aurait constitué au moins l'un des fondements. Il devrait saisir, par deux recours distincts, la Cour d'appel de Paris – qui serait, bien souvent, contrainte de surseoir à statuer – et le Conseil d'État.

439. La crainte de l'altération de l'activité régulatoire des autorités de concurrence et du retour d'un juge que l'on a voulu contourner. Outre ces risques nouveaux sur les terrains procédural et d'application unifiée et cohérente du droit de la concurrence, une crainte d'ordre plus général pourrait être ravivée par ces évolutions et les perspectives qu'elles offrent. La pertinence du contrôle juridictionnel des actes des AAI a déjà été interrogée. S'il semble aujourd'hui faire consensus que l'indépendance de ces autorités ne signifie pas absence de tout contrôle juridictionnel[3], une partie de la doctrine et des praticiens plaident pour un contrôle déférent et peu approfondi de leurs actes et activités. Un haut magistrat, passé de la présidence de la Cour d'appel de Paris, à celle de la Cour de cassation et aujourd'hui membre du Conseil constitutionnel, a ainsi pu écrire que « la création d'autorités de régulation spécifiques investies d'un pouvoir d'injonction et de sanction était inspirée de la volonté d'accroître l'efficacité de ces organismes en réduisant à l'essentiel les garanties de procédure accordées devant elles aux opérateurs économiques »[4]. La formule est limpide. Or l'ouverture d'un accès large à un contrôle juridictionnel aux dimensions étendues – tant quant à son champ qu'à son intensité – présente « le risque »[5] de voir resurgir ces garanties juridictionnelles d'un champ que l'on avait souhaité leur soustraire. Elle multiplie aussi nécessairement les hypothèses de contrôle et

[1] De telles décisions relèvent, au stade du recours, de la compétence de la Cour d'appel de Paris. V. *supra.*
[2] La recevabilité du recours contre les lignes directrices adoptées par une autorité de régulation a déjà été admise : CE, 13 décembre 2017 *Sté Bouygues Télécom*, n° 401799 : concernant les lignes directrices édictées par l'ARCEP en matière de partage des réseaux mobiles.
[3] Alors qu'une partie de la doctrine avait pu soutenir, au début des années 1980, que l'immunité juridictionnelle des AAI était une condition *sine qua non* à la préservation de leur indépendance.
[4] G. CANIVET, « Régulateurs et juges : conclusions générales », *LPA,* 2003, n° 17, p. 50. V. aussi « Propos généraux sur les régulateurs et les juges » *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* Dalloz/Presses de Science Po, 2004, p. 188. V. aussi J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *RDP*, 1991, p. 1533.
[5] Selon ces mêmes auteurs.

conséquemment d'annulation que certains ont présenté comme des risques quant à la « régulation définie par les autorités compétentes » et à la légitimité de ces dernières[1].

S'il n'est à ce stade pas encore temps de prendre position sur l'équilibre qu'il conviendrait d'instaurer, il peut objectivement être relevé que l'extension toujours plus grande du champ et de l'intensité de son contrôle par le juge administratif est aux antipodes de ces positions doctrinales et de praticiens que l'on ne peut considérer comme isolées. Lorsqu'elle atteint l'un des outils essentiels de l'activité régulatoire des autorités de concurrence, resurgit nécessairement la crainte de voir le juge se faire régulateur à la place du régulateur.

440. Le Conseil d'État : méta-régulateur ou régulateur à la place du régulateur ? Nous avons rappelé les propos d'un ancien vice-président du Conseil d'État qui assumait l'ambition de la Haute juridiction administrative de devenir « méta-régulateur » et de répondre au besoin de « régulation des régulateurs »[2]. La frontière peut paraître fine avec un juge qui se ferait lui-même régulateur. La crainte existait à l'observation de la mise en œuvre de son pouvoir de réformation par le juge administratif, notamment dans le cadre du contrôle des décisions prises en matière de contrôle des concentrations. Néanmoins, bien que répondant à des considérations d'intérêt général – au moins d'une fraction de celui-ci – il s'agissait pour le juge de faire porter son appréciation sur des actes individuels adoptés au terme d'un processus décisionnel. En matière d'actes de *soft law* cette fois, il s'agit de faire porter son appréciation, de brandir la menace de l'annulation ou d'ordonner des injonctions potentiellement lourdes de conséquences, à propos d'actes qui, bien qu'*a priori* dépourvus de portée normative, ont vocation à influencer le comportement d'institutions et acteurs économiques nombreux.

L'outil est au cœur du dispositif de contrôle, de la préservation et de la protection de la libre concurrence et c'est pour les en doter que des autorités spécialisées, au statut parfois particulier, ont été instaurées. Si le contrôle du juge franchissait le Rubicon pour devenir immixtion, il pourrait rester peu de l'autonomie des titulaires de cette fonction spécifique. Le chamboulement procédural tendrait alors à devenir chamboulement institutionnel. L'enjeu est grand et mérite une réflexion d'ampleur afin que des choix fermes et réfléchis gouvernent le droit positif.

441. Conclusion de section. Qu'il le fasse en qualité de juge de l'excès de pouvoir ou de plein contentieux, le Conseil d'État opère, au moyen du droit commun, un contrôle par principe

[1] E. JORDAO, thèse précitée, p. 109. L. CALANDRI, article précité, note aussi que « si les annulations sont exceptionnelles, l'utilisation par ces instances atypiques de leurs instruments para normatifs souples a pu en être altérée, alors même que ces outils sont indispensables à la réalisation de leurs missions toujours plus complexes ».
[2] J.-M. SAUVÉ, « La régulation », discours précité.

approfondi des actes régulatoires de l'Autorité de la concurrence ; la dimension objective de ces recours le conduisant en outre à offrir un large accès à son prétoire.

En matière de concentrations économiques, par-delà l'examen du respect des conditions de forme et de procédure, l'exercice de ce contrôle approfondi, étendu à certains actes préparatoires, le conduit à se confronter à des analyses économiques complexes dont il tente parfois de se saisir pour éplucher et éventuellement censurer, corriger, voire réformer les appréciations et solutions retenues par l'Autorité ou, à la marge, par le ministre de l'Économie. Il le fait au moyen de catégories juridiques et d'outils issus du droit commun dont il s'arroge néanmoins le pouvoir de faire une interprétation et une application innovantes afin d'adapter au mieux l'exercice de son office aux spécificités de la matière. Ainsi fait-il un usage précautionneux du pouvoir d'annulation dont il tente, autant que faire se peut, d'éviter le prononcé – par la mise en œuvre de ses pouvoirs de réfaction ou, lorsqu'il en dispose, de réformation de l'acte vicié – ou de limiter les effets, notamment en dérogeant à son immédiateté et à son effet rétroactif. Le tout le conduit à avoir largement recours à son pouvoir d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence les mesures nécessaires au rétablissement de la légalité, voire de s'emparer de certains de ses pouvoirs de contrôle, de sanction et peut-être même de régulation.

Concernant les actes de *soft law* de l'Autorité de la concurrence, la démarche conquérante du Conseil d'État pourrait ne pas encore être arrivée à son terme. En acceptant de procéder à l'examen de leur légalité, la Haute juridiction bouleverse des catégories juridiques établies pour étendre son champ d'influence à des actes qui sont au cœur de l'activité régulatoire des autorités de concurrence. Si la relative jeunesse de l'évolution limite les conclusions qui peuvent en être tirées, elle ouvre des perspectives d'expansion qui confirment le souhait du juge, notamment administratif, de devenir un acteur à part entière du processus de régulation de la concurrence. La question de l'opportunité de poursuivre une telle démarche, dans un cadre contentieux dispersé et sur la base d'un droit commun au moins pour partie inadapté, reste entière.

Conclusion du Chapitre 1

442. Le degré d'éclatement du contentieux de la concurrence est tel qu'il caractérise aujourd'hui le contentieux qui naît de l'exercice d'un recours contre les actes du seul pôle indépendant. Qu'il ait pour objet un acte adopté en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des concentrations, le justiciable doit en saisir des juges différents. Inévitablement, son recours est traité selon des modalités variables.

Engagée devant une juridiction judiciaire spécialisée qui statue en premier et dernier ressort dans la première hypothèse, la procédure de recours, en partie spécifique, est conduite par un juge coutumier de la résolution de litiges privés, qui limite l'accès à son prétoire aux protagonistes de la première procédure et devant lequel les considérations d'intérêt général sont portées par une multitude d'acteurs dont le statut interroge parfois. Sa décision, adoptée sur la base d'éléments de preuve obtenus sans atteinte disproportionnée au principe de loyauté et selon des modalités assurant une protection dynamique du secret des affaires, est susceptible de pourvoi.

Dans la seconde hypothèse, le recours est exercé, selon la procédure de droit commun, devant la juridiction suprême de l'ordre administratif dont les décisions sont insusceptibles de recours. Qu'il soit saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte préventif ou de plein contentieux contre un acte répressif adopté dans le cadre du contrôle des concentrations, le juge permet l'accès à son prétoire à de nombreux tiers. Imprégné d'un constant souci de l'intérêt général, il fonde ses décisions sur des éléments de preuve sans égard pour leurs conditions d'obtention et assure une protection du secret d'affaires selon des modalités confuses.

Sauf exception, ces deux juridictions opèrent un contrôle approfondi et étendu à de nombreux éléments de la procédure menée par l'Autorité de la concurrence. Elles acceptent, selon des modalités proches, d'endosser une part de ses pouvoirs pour réformer les décisions viciées lorsque leurs moyens et l'état du dossier le permettent. À défaut, la Cour de Paris se contente de mettre un terme à la procédure ou de renvoyer l'affaire à l'Autorité. Le Conseil d'État adopte une attitude plus entreprenante en lui adressant des injonctions parfois très précises.

Enfin, le Conseil d'État innove encore pour étendre son contrôle à des actes dépourvus d'effets juridiques directs que l'Autorité place au cœur de son activité régulatoire. Bien qu'il soit encore tôt pour tirer des conclusions, ce contentieux naissant laisse entrevoir des perspectives conformes à l'ambition affichée par certains que le Conseil d'État se meuve en « méta-régulateur », voire en « régulateur [de plus en plus souvent ?] occasionnel »[1]. Est-ce le rôle du juge ? En a-t-il les moyens ? Avant d'aborder ces questions, il nous faut rechercher si cette dynamique s'étend au traitement des recours exercés contre les actes du pôle gouvernemental.

[1] Selon les formules de J.-M. SAUVÉ, « La régulation », précité et M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 811.

Chapitre 2 : Le recours contre un acte du ministère de l'Économie

443. Recensement des actes envisagés. Le deuxième pôle d'autorités conduites à faire application du droit de la concurrence identifié a été qualifié de pôle gouvernemental. Il est composé du ministère de l'Économie et de la DGCCRF qui lui est rattachée[1].

Aux côtés de l'autorité indépendante instituée en 1986, le législateur et bien souvent, sur délégation, le pouvoir exécutif, ont confié un rôle et des pouvoirs importants à ces autorités gouvernementales. Après avoir porté atteinte au monopole de l'Autorité de la concurrence en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles au profit du ministère de l'Économie, les pouvoirs publics ont habilité ce dernier à infliger des injonctions et amendes aux opérateurs économiques ne se conformant pas à leurs obligations en matière de délais de paiement et de transparence dans les relations commerciales. Récemment, ils ont encore bousculé l'équilibre initial en confiant aux services de ce même ministère un pouvoir d'astreinte relatif aux pratiques restrictives de concurrence. Les recours dont sont susceptibles de faire l'objet les actes adoptés dans l'exercice de ces différents pouvoirs seront au cœur des développements qui suivent[2].

444. L'inévitable recours au droit commun. Aucune disposition ne règlemente de manière spécifique – ni même, parfois, ne prévoit – les recours susceptibles d'être exercés contre ces actes de la DGCCRF, que ce soit en matière de micro-pratiques anticoncurrentielles (injonctions, transactions), de manquements aux obligations relatives à la transparence tarifaire et aux délais de paiement (injonctions, astreintes, amendes administratives) ou de pratiques restrictives de concurrence (injonctions, astreintes). Pourtant, tous doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, *a minima* quant à leur légalité et ce, y compris dans l'hypothèse où certains constitueraient de « véritables » transactions[3].

---

[1] Pour rappel, la DGCCRF est une Direction rattachée au ministère de l'Économie. La précision devrait conduire à systématiquement les distinguer. Il a néanmoins été vu qu'en pratique, tant en matière de micro-PAC qu'en matière de délais de paiement et de transparence tarifaire ou encore de pratiques restrictives, ce sont les agents de la DGCCRF (ou de ses émanations décentralisées) qui exercent les pouvoirs confiés au ministère. Par un léger abus de langage, bénéfique à la fluidité du propos, il nous arrivera de viser indistinctement l'un ou l'autre.

[2] Les recours contre les actes que le ministre peut être amené à adopter, de manière exceptionnelle, en matière de contrôle des concentrations ont été envisagés au cours du chapitre précédent.

[3] La question de la renonciation au droit d'action par voie de transaction ne doit pas donner lieu à confusion : une telle rénonciation concerne la seule action qui aurait pu naitre – ou qui est née – du litige auquel la transaction a pour objet de mettre fin. En matière de transaction passée avec la DGCCRF, la renonciation tendrait à l'évitement de la procédure répressive organisée devant l'Autorité de la concurrence. La renonciation ne s'étend pas, en principe, au-delà et n'empêche aucunement un recours en contestation de la légalité ou de la validité du processus transactionnel ou de son résultat (v. *supra*, n° 153 et s). Pour une application récente en matière de transaction mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence v. CA Paris, 7, 13 juin 2019, n° 18/20229, qui juge que s'engager dans une telle voie « n'implique pas […] que l'entreprise renonce à toute voie de recours ».

Le droit commun retrouve donc sa vocation subsidiaire. Sur le terrain de la compétence, il a été vu que cela conduisait – sauf une exception incertaine sur laquelle nous reviendrons – à la compétence des juridictions administratives. Si le critère de l'ampleur de la pratique en cause pouvait justifier qu'une autorité ministérielle soit substituée à l'Autorité de la concurrence et si la dépénalisation du droit des affaires a conduit à confier encore de nouveaux pouvoirs au pôle gouvernemental, ils ne nous semblent en rien justifier la mise à l'écart de la compétence spéciale attribuée à la Cour d'appel de Paris. Cet état des choses serait d'autant plus gênant s'il en résultait un traitement différencié des actes concernés au stade du contrôle juridictionnel.

445. Poursuite de l'analyse comparative. Poursuivant notre recherche d'éventuelles disparités et conséquences procédurales qui découleraient de l'éclatement du contentieux de la concurrence, il nous faut désormais nous intéresser aux recours exercés contre ces actes adoptés par les autorités gouvernementales de concurrence. L'approche adoptée commande de conserver les mêmes outils d'analyse, ceux-ci devant nous permettre de relever les principales caractéristiques des recours envisagés.

Pour appréhender le recours susceptible d'être exercé contre chacun des actes de ce pôle gouvernemental, il convient d'aborder, en premier lieu, l'hypothèse la plus courante : celle de la nature répressive ou, *a minima*, coercitive de l'acte qui en fait l'objet (Section 1). Reste qu'il nous a été impossible d'exclure fermement que la dimension conventionnelle de certains des actes prononcés en matière de micro-PAC puise conduire à une remise en cause de leur nature répressive. La prudence nous a conduit à retenir les deux hypothèses, ce qui contraint à scinder l'analyse. Devront dès lors être envisagées, en second lieu, les conséquences qu'est susceptible de produire, au stade du recours, la dimension conventionnelle de tels actes (Section 2).

Section 1 : Le recours contre les actes coercitifs du ministère de l'Économie

446. Actes coercitifs et dimension conventionnelle : champ de l'hésitation. Les actes coercitifs adoptés par le ministre de l'Économie ou, sur délégation, par la DGCCRF, le sont, en droit positif, à l'encontre de trois types de comportements : les « micro-PAC »[1], les manquements aux obligations relatives aux délais de paiement et à la transparence[2] et les pratiques restrictives de concurrence[3]. Dans les deux derniers cas de figure, ils sont systématiquement qualifiés de sanction administrative ; il n'y a aucun doute à cet égard, ils ne

[1] Art. L. 464-9 C. com.
[2] Chap. I et III du Titre IV du Livre IV C. com.
[3] Chap. II du Titre IV du Livre IV et art. L. 470-1, III C. com.

seront donc traités que dans ce premier temps de l'analyse. Dans le premier cas de figure, nous avons exposé les doutes sémantiques et incertitudes relatives à la qualification juridique des « sommes proposées à titre de transaction » par les services du ministère[1]. Cela nous a contraint à formuler deux hypothèses à leur égard. Seule la première sera traitée à ce stade, la seconde fera l'objet de développements spécifiques à la section suivante.

Seront par conséquent ici envisagés les recours ouverts contre l'ensemble des actes coercitifs adoptés par la DGCCRF dans la mise en œuvre de sa mission de maintien d'une saine et libre concurrence : amendes, astreintes et injonctions prononcées en application des dispositions du Titre IV du Live IV du Code de commerce, mais aussi transactions et injonctions prononcées en répression des « micro pratiques anticoncurrentielles », en retenant l'hypothèse qu'ils sont tous des actes administratifs unilatéraux revêtant une dimension coercitive, voire répressive.

447. Démarche. Déceler d'éventuelles disparités impose de comparer à l'appui d'outils et de critères stables. Dès lors, la démarche reste inchangée : l'étude des éléments de l'instance à laquelle donne naissance l'exercice des recours à l'étude (§ I) précèdera celle de l'office du juge qui s'en trouve saisi (§ II). Faute de régime spécifique, ce sont principalement le droit commun et l'observation d'un contentieux assez peu fourni qui serviront de base à l'analyse.

§ I – Éléments de l'instance de recours

448. Acteurs, matière. Prenant appui sur un certain nombre d'éléments déjà développés plus tôt, nous identifierons brièvement les acteurs potentiels de l'instance de recours envisagée (A) avant d'en étudier la matière et les principes qui gouvernent son établissement (B).

A. Acteurs de l'instance de recours

449. Il convient, d'abord, de consacrer quelques développements à la recherche du type de recours dont doivent pouvoir faire l'objet les actes coercitifs adoptés par la DGCCRF (1). Le résultat de cette recherche nous permettra de conclure au caractère « ouvert » dudit recours (2).

1. Dimension répressive de l'acte et type de recours ouvert

450. Compétence des juridictions administratives de premier ressort. L'absence de disposition organisant le recours envisagé nous a conduit à recourir aux critères de droit

[1] V. *supra*, n° 161 et s. Les doutes les plus sérieux concernent cette seule transaction car il nous a semblé improbable que les injonctions prononcées par la DGCCRF dans le cadre de la poursuite des micro-PAC soient revêtues d'une quelconque dimension conventionnelle. Cette distinction pourrait produire des conséquences fâcheuses déjà exposées ; elle constituera malgré tout notre hypothèse de travail.

commun pour déterminer l'ordre juridictionnel compétent. C'est à la compétence des juridictions administratives que nous avons conclu. Contrairement aux autres recours jusqu'ici envisagés, cette compétence devrait revenir aux juridictions administratives de premier degré qui se prononceraient en premier ressort et à charge d'appel. Les actes dont le recours est envisagé ne sont en effet pas concernés par la réserve de compétence prévue au profit de la Cour d'appel de Paris[1] ou du Conseil d'État[2]. Que ce soit dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions relatives aux pratiques restrictives, aux délais de paiement et à la transparence commerciale ou de la répression des micro-PAC, ce sont donc des tribunaux administratifs, dont la compétence territoriale est déterminée en application du droit commun[3], qui doivent être saisis des recours contre les actes coercitifs adoptés par la DGCCRF. Reste à identifier le type de recours dont ces juges peuvent être saisis.

451. Solution minimale : le recours pour excès de pouvoir. Principe général du droit, le prétoire du juge de l'excès de pouvoir « est ouvert même sans texte *contre tout acte administratif* »[4]. Un tel recours doit dès lors *a minima* être ouvert à l'encontre de tout acte adopté par la DGCCRF qualifié d'acte administratif. Cette solution minimale a toutefois une dimension subsidiaire : dès lors qu'un autre type de recours est ouvert, le recours pour excès de pouvoir devient impossible[5]. Or la dimension répressive de plusieurs de ces actes pourrait offrir aux justiciables concernés un accès au recours de plein contentieux.

452. Solution probable : un recours de plein contentieux objectif. La chose est certaine à propos des actes expressément qualifiés d'amendes administratives et des astreintes prononcées en matière de pratiques restrictives de concurrence[6]. Elle nous semble non moins certaine à propos des injonctions[7] et sommes proposées à titre de transaction dès lors qu'elles sont qualifiées d'actes administratifs unilatéraux. Adoptés en réaction à un comportement illicite[8],

---

[1] Laquelle ne concerne que certains des actes adoptés par l'Autorité de la concurrence ; v. *supra.*

[2] Laquelle ne concerne que certains des actes adoptés par l'Autorité de la concurrence et ceux du ministre de l'Économie dans le seul cadre du « contrôle des concentrations économiques » (art. R. 311-1, 7° CJA).

[3] Art. R. 312-1 et s. CJA.

[4] CE, ass., 17 février 1950 *Min. Agriculture c/ Dame Lamotte,* n° 86949 (nous soulignons).

[5] En application de « l'exception de recours parallèle » ; v. CE, 20 février 1868 *Bouchers de Paris*, n° 40313.

[6] L'art. L. 470-1, III C. com. le prévoit expressément.

[7] En doctrine la question ne semble pas faire de doute. Commentant les évolutions en matière de sanction des délais de paiement et de la transparence tarifaire, deux auteurs expliquent que « la loi *Hamon* a […] élargi l'éventail des *sanctions* en dotant les agents de contrôle d'un *pouvoir d'injonction* », J.-C. GRALL, T. BUSSONNIÈRE, « Les sanctions administratives en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives de concurrence : premier bilan et perspectives », *RLC*, n° 2016/53, p. 37 (nous soulignons).

[8] Certes ces mesures poursuivent concomitamment deux objectifs : un répressif et un préventif ou « régulatoire » mais c'est le cas pour toute mesure répressive, particulièrement en matière de régulation économique où la distinction pouvoir de police/pouvoir de sanction est délicate. V. Q. EPRON, « Les sanctions en droit administratif. Le cas des autorités administratives indépendantes », *in* C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, G. GUERLIN, *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, vol. 1, 2013, p. 521. V. aussi P. DELVOLVÉ,

les uns et les autres s'apparentent à des sanctions administratives[1] et pourraient bien relever de la « matière pénale » [2]. Que ce soit au premier[3] ou au second de ces titres[4], elles relèvent alors du plein contentieux, au moins pour les entreprises ayant fait l'objet des mesures en cause. La question au cœur de l'instance étant celle de la légalité d'un acte administratif, il s'agirait de nouveau d'un recours de plein contentieux objectif.

2. Multitude d'acteurs potentiels de l'instance de recours

453. Acteurs nécessaires : rapporteur public et auteur de l'acte. De manière tout à fait classique en contentieux administratif, tant le rapporteur public que l'autorité auteur de l'acte objet d'un recours juridictionnel sont parties à l'instance qui naît de l'exercice de ce recours[5]. Il en va ainsi tant en matière de recours de plein contentieux que d'excès de pouvoir ; nul besoin d'y revenir plus longuement.

454. Acteurs probables : les entreprises sanctionnées. Bien souvent, le recours exercé contre une décision prononçant une injonction, une astreinte et/ou une amende administrative est initié par les justiciables qui en font l'objet ; des entreprises en notre matière. Ce sont les droits et intérêts de ces dernières qui sont en premier lieu affectés par l'acte en cause, ce qui en fait des acteurs et même les auteurs « naturels » du recours. Quand bien même elles n'en auraient pas pris l'initiative, l'issue d'un recours engagé par un tiers risquerait également de porter atteinte à leurs intérêts ou *a minima* de produire des conséquences sur leur situation. Elles doivent par conséquent joindre l'instance si elles n'y sont pas attraites dès l'origine, ce qui est rendu possible par leur intervention ou mise en cause.

455. Acteurs potentiels : les tiers dont les droits sont affectés. Rappelons que le recours pour excès de pouvoir « ne se réduit pas à l'action dans l'intérêt de tel ou tel administré, mais s'étend

Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, p. 427, qui considère que la régulation économique est, *in fine*, l'expression d'un pouvoir de police administrative. Si l'on retient cette analyse, les pistes sont brouillées dès l'origine : ces autorités de police disposeraient d'un pouvoir de sanction. V. encore nos développements à ce sujet *supra*, n° 405 et s.

[1] Sur les critères d'identification d'une sanction administrative v. *supra*, n° 365.

[2] Hypothèse avancée par E. CLAUDEL, « L'essor des sanctions en droit de la concurrence – Quelle efficacité ? Quelles garanties ? », *CCC,* n° 6, juin 2014, dossier 13, spéc. n° 13.

[3] CE, ass., 16 février 2009 *Société Atom,* n° 274000, qui rattache le contentieux des sanctions administratives au contentieux de pleine juridiction.

[4] CEDH, 23 octobre 1995 *Gradinger c/ Autriche*, n° 15963/90, qui juge que dès lors que l'on se trouve en matière pénale, la personne qui fait l'objet d'accusations ou de sanctions doit bénéficier d'un recours de pleine juridiction. L'expression n'est pas entendue de la même manière par la Cour de Strasbourg et par les juridictions françaises mais l'élément déterminant est celui du pouvoir de réformation dont doit disposer la juridiction de recours ; pouvoir exclu en matière de recours pour excès de pouvoir.

[5] Cette présence systématique de représentants du ministère de l'Économie en qualité de partie assure la conformité aux exigences de la jurisprudence « *VEBIC* » (bien qu'en l'absence de dimension européenne des pratiques concernées, ces exigences ne sont pas directement applicables). Sur cette jurisprudence v. *supra*, n° 288-289.

à l'action dans l'intérêt de la légalité administrative, c'est-à-dire dans l'intérêt *de tous les administrés effectivement concernés par la mesure litigieuse* »[1] et qu'il en résulte une appréciation « libérale » de l'intérêt à agir par le juge qui en est saisi[2]. Un tiers est ainsi recevable à exercer un recours à l'encontre d'un acte qui ne le concerne pas au premier chef, dès lors qu'il justifie d'un intérêt personnel et légitime menacé par ledit acte.

Il a été vu que la tendance est, sur ce point, au rapprochement du recours pour excès de pouvoir et du recours de plein contentieux objectif. Il en résulte que dans l'un ou l'autre cas, le juge, qui est souverain dans son appréciation de l'intérêt à agir, pourrait ouvrir son prétoire à de nombreux tiers. Que l'on songe, sans que la liste ne soit exhaustive, à d'éventuelles victimes des pratiques concernées qui n'auraient pas saisi à temps l'Autorité de la concurrence ou seraient insatisfaites des mesures prononcées par les services du ministre de l'Économie ; à des maillons d'une chaîne de distribution auxquels les pratiques auraient causé un dommage, même par ricochet et qui auraient intérêt à ce que l'auteur soit plus lourdement sanctionné ou contraint de modifier certaines de ses pratiques ; à des concurrents de l'entreprise visée ou encore à des associations de consommateurs. La liste est longue et les potentialités que l'acte des services du ministère soit remis en cause par une décision juridictionnelle d'autant plus nombreuses.

B. Matière de l'instance de recours

456. Il convient de nouveau de présenter les conditions d'établissement de la matière litigieuse des instances de recours envisagées (1) avant d'en étudier le contenu (2).

1. Établissement de la matière litigieuse : un principe dispositif pas si lointain

457. Remise en cause du caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse. Bien que jusqu'au début des années 2000 une partie de la doctrine a continué de soutenir que la procédure administrative contentieuse, à l'inverse de la procédure civile, est encore fortement marquée par son caractère inquisitorial[3] – ce qui conduit à la mise à l'écart du principe dispositif pourtant fondamental dans le procès civil – la tendance est au constat d'un rapprochement des deux procédures, sur ce plan aussi.

---

[1] O. GOHIN, F. POULET, *Contentieux administratif,* précité, n° 249.
[2] F. BLANCO, *Contentieux administratif*, précité, n° 559.
[3] O. GOHIN, « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », précité. V. pourtant, déjà, les doutes émis par une partie de la doctrine classique sur cette « dichotomie » du droit processuel entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire : R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE,* n° 29, 1977-1978, p. 11. Il est ici sans intérêt de rouvrir les débats sur la naissance, les évolutions et la véracité de cette *summa divisio*. Pour une présentation générale de ces notions, de leur évolution et une discussion à leur sujet v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 202-206.

Les points de rapprochement et similarités sont nombreux : les deux procédures ne peuvent en principe être initiées que par les parties[1] – le principe d'initiative est ainsi maintenu[2] – et si le rythme et le déroulement de l'instance sont fixés par le juge[3], son contenu est très largement déterminé par les parties. Malgré la tendance inquisitoriale de la procédure administrative contentieuse, « il revient aux parties au litige de fixer le cadre de l'instance » ; ce sont leurs conclusions qui « déterminent l'*objet de la demande en justice* »[4]. C'est donc bien « la demande des parties » qui « fixe le terrain juridictionnel du litige »[5]. Le principe dispositif pourrait n'être pas si étranger que cela au contentieux administratif[6], ce que d'autres ont constaté avant nous[7]. Si l'on reprend la conception civiliste de l'objet de la demande – défini comme l'objectif économique et social poursuivi par les parties – celui-ci est déterminé, même dans le procès administratif, par les conclusions des parties[8]. Il peut évoluer au cours de l'instance, notamment

[1] Il demeure une différence : dans le procès civil, le demandeur initie en principe l'instance en adressant une assignation directement à l'adversaire ; dans le procès administratif, le demandeur remet une requête au juge et c'est ce dernier qui la remettra à l'adversaire en l'invitant à intégrer l'instance (v. art. R. 411-1, al. 1 CJA). Le juge apparaît dès ce stade comme « chef d'orchestre » de la procédure. Cependant, sur les spécificités de l'introduction de l'instance de recours devant la Cour d'appel de Paris contre les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles v. *supra.*

[2] En procédure civile les parties introduisent l'instance et peuvent décider d'y mettre fin (art. 1 CPC) ; le principe est le même en contentieux administratif où les parties peuvent mettre fin à l'instance, bien que dans des conditions parfois plus strictes, notamment par la transaction ou le désistement (art. R. 626-1 CJA).

[3] En procédure administrative contentieuse la chose est certaine : le juge dirige le procès (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* précité, n° 958) et dirige même « seul » l'instruction (CE, 7 octobre 1983 *Mlle Limoge,* n° 35249 et CE, sect., 7 février 2004 *Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounkhila,* n° 252988). En procédure civile, les parties « conduisent » l'instance (art. 2 CPC) mais le font sous les charges qui leur incombent et la surveillance du juge qui peut imposer des délais et mesures nécessaires à son bon déroulement (art. 3 CPC). Le caractère accusatoire de la procédure est ainsi largement atténué, de plus en plus du fait des réformes adoptées depuis 1971 qui font peser toujours plus de charges sur les parties et octroient de plus en plus de pouvoirs au juge (v. déjà E. JEULAND, « Transformation et pérennité du nouveau code de procédure civile », *in* J. FOYER et C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005),* Economica, 2006, p. 75. Pour une étude complète des impacts d'une réforme récente d'envergure de la matière v. C. CHAINAIS, X. LAGARDE (dir.), *Réformer la justice civile : Séminaire de droit processuel, actes du colloque du 6 février 2018, JCP G,* 2018, suppl. au n° 13 et *L'avenir du procès civil : 2e séminaire de droit processuel du 21 février 2019, JCP G,* 2019, suppl. au n° 14). Certains craignent que l'équilibre initial du procès civil s'en trouve détruit (S. AMRANI-MEKKI, E. JEULAND, Y.-M. SERINET, L. CADIET, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? À propos du décret « procédure » », *JCP G,* 2006, doctr. 146, n° 23. La crainte a été exprimée antérieurement à l'entrée en vigueur de réformes qui pourraient avoir encore accru ce risque).

[4] F. BLANCO, ouvrage précité, n° 600-602.

[5] L. RIBOULET, concl. sur CE, 26 juillet 1912 *Compagnie d'Orléans et du Midi*, n° 46176.

[6] V. *contra* O. GOHIN, article précité, p. 171, qui explique que dans le contentieux administratif il n'est fait « aucune place au principe dispositif qui exprime la conception […] accusatoire de tout procès civil puisqu'il d'abord, sans l'être exclusivement, la chose des parties » et F. BRUS, *le principe dispositif et le procès civil,* thèse précitée, n° 26 : « il semble ainsi que les termes « principes dispositif » et « procès administratif » ne marchent pas ensemble car la procédure administrative est présentée comme une procédure inquisitoire ».

[7] Des auteurs soutiennent que la maîtrise de la matière litigieuse par les parties se constate en des termes similaires dans les deux procédures. V. déjà C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, 1962, p. 118 et s. et p. 140 et s. ; M. SAUSSEREAU, « La cause de la demande a-t-elle encore une place en contentieux administratif ? L'apport de la procédure civile à la réflexion », *RDP*, 2003, p. 636 ; plus récemment : A. MEYNAUD-ZEROUAL, *L'office des parties dans le procès administratif,* thèse précitée, n° 193 et s.

[8] Art. R. 441-1 CJA. Le CPC vise les « prétentions » mais la différence sémantique ne doit pas être exagérée, il peut être avancé que de dernier vise le contenu, le *negotium,* là où le Code de justice administrative vise le

du fait de demandes incidentes[1], en application du principe de mutabilité contrôlée. Ce dernier pourrait toutefois être appliqué de manière plus stricte par le juge administratif qu'il ne l'est dans le cadre d'une instance civile[2]. En tout état de cause, le juge n'a aucun pouvoir sur ce plan, il est « enfermé » [3] dans l'objet du litige tel que fixé par les conclusions des parties et soumis à cet égard à un principe de neutralité.

En outre, un rapprochement a été remarqué sur le terrain de la cause et de la charge de l'allégation. La doctrine publiciste se réfère peu à ces notions[4], leur préférant celle de « moyen » pour répondre à la question du « pourquoi ». Mais ici encore, « il convient de dépasser ces quelques différences sémantiques pour remarquer l'essentiel »[5]. Dans tous les cas les parties ont la charge d'établir le « pourquoi » de leurs prétentions et doivent le faire par la formulation ou « l'articulation » de moyens[6]. Toutefois là où, dans le procès civil, est retenue une conception factuelle de la cause qui aboutit à ce que la charge de l'allégation couvre les seuls éléments de fait, le principe du contentieux administratif est que les parties invoquent tant les éléments de fait que les fondements juridiques de leurs demandes[7]. « La juridiction administrative n'est pas

---

contenant, l'*intrumentum.* Un auteur explique ainsi que « les conclusions […] déterminent l'*objet de la demande en justice.* Il s'agit ainsi de la prétention du requérant, ce qu'il demande concrètement au juge administratif » ; elles « contiennent les prétentions premières et essentielles du demandeur » (F. BLANCO, ouvrage précité, n° 602 et 607 ; comp. O. GOHIN, F. POULET, ouvrage précité, n° 312).

[1] Au premier rang desquelles figurent les demandes reconventionnelles : v. CE, sect., 25 octobre 1946 *Sieurs Gronier et Gastu*, n° 71985 et 71986, pour le principe de leur admission en plein contentieux et CE, sect., 24 novembre 1967 *Sieur Noble*, n° 66271, pour sa prohibition eu égard « à la nature particulière du recours pour excès de pouvoir ». Toutefois une exception a été prévue en matière d'urbanisme et permet au titulaire d'un permis de construire attaqué de formuler des conclusions reconventionnelles indemnitaires (art. L. 600-7 C. urb. qui résulte de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 *relative au contentieux de l'urbanisme*). Il n'est pas à exclure que cette solution propre à un contentieux particulier inspire des évolutions du droit commun. Sur ce mouvement v. D. LABETOULLE, « Bande à part ou éclaireur », *AJDA*, 2013, p. 1897.

[2] En contentieux administratif, c'est d'abord l'échéance du délai de recours (en principe deux mois, art. R. 421-1 et R. 421-2 CJA) qui importe car sa survenance génère une forme de « cristallisation du débat contentieux » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 759 et s.) et, sous les nuances sur lesquelles nous reviendrons, rend irrecevables les « conclusions nouvelles qui modifient « en plus » l'objet de la demande », F. BLANCO, ouvrage précité, n° 619. L'auteur parle bien « d'immutabilité de la chose demandée ».

[3] Expressions empruntées à C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, procédure civile, précité, n° 527 et s.

[4] V. toutefois, qui se réfère à l'expression de « charge de l'allégation » : C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, précité, n° 271-273. Et, qui consacre des développements conséquents à ces notions : A. MEYNAUD-ZEROUAL, thèse précitée, n° 219 et s.

[5] A. MEYNAUD-ZEROUAL, thèse précitée, n° 224.

[6] Ce constat vaut même dans le contentieux de l'excès de pouvoir alors que les considérations d'intérêt général et de légalité auraient pu conduire à ce que seul le juge supporte la charge de l'allégation et de la recherche des moyens opérants (R. CHAPUS, ouvrage précité, n° 876).

[7] L'art. R. 411-1 CJA vise, au titre des mentions obligatoires de la requête introductive, l'exposé « des faits *et moyens* », sous-entendu des moyens de droit. La distinction du fait et du droit est moins cardinale en contentieux administratif et serait encore moins opportune dans le contentieux de la légalité : A. MEYNAUD-ZEROUAL, thèse précitée, n° 227 : « Il paraît d'autant plus difficile de cloisonner les parties sur le terrain des faits et le juge sur celui du droit, lorsque le litige porte sur la légalité d'une décision. Qu'il s'agisse de l'allégation de vices affectant la légalité d'une décision ou, *a contrario*, de l'allégation du caractère infondé des motifs invoqués, tout semble nécessairement prendre appui sur une argumentation juridique ».

[…] un bureau des réclamations. Celui qui la saisit doit donc s'efforcer de convaincre le juge du bien fondé de ses prétentions, en invoquant différents *moyens*, de fait et de droit, de nature à les justifier »[1]. Mais il s'agit incontestablement d'une différence de degré plus que de principe : il a été vu que devant le juge judiciaire, les parties invoquent le plus souvent des moyens de droit, soit qu'elles y soient tenues, soit qu'elles y aient intérêt[2].

Concernant les recours contre les actes de la DGCCRF, dès lors qu'ils sont portés devant le juge administratif, les parties ont à leur charge l'allégation des moyens de droit et le juge dispose de son pouvoir classique de relever d'office les moyens d'ordre public[3]. Tous concourent ainsi à l'établissement de la matière litigieuse. Quelques disparités pourraient néanmoins demeurer dans le traitement de ce recours et le distinguer, notamment, du recours exercé devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions rendues par l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles[4].

458. Divergences persistantes : cristallisation de l'instance et pleine liberté de la preuve. Contrairement à son homologue judiciaire, le juge administratif dispose du pouvoir de fixer une date à compter de laquelle les parties ne pourront soulever de nouveaux moyens[5]. C'est ainsi lui qui « cristallise » l'instance, non les parties[6]. Cette faculté peut être rapprochée du pouvoir du juge civil de la mise en état de prononcer la clôture de l'instruction par ordonnance[7] ; le juge administratif peut toutefois l'exercer « sans clore l'instruction »[8]. En outre, ce dernier a obligation de soulever d'office les moyens d'ordre public dont la liste, d'origine principalement prétorienne, est longue[9]. Par ces mécanismes il peut limiter – dans le temps en tout cas – l'étendue de sa saisine mais également l'accroître, ce que le juge judiciaire ne peut faire que de

[1] R. CHAPUS, ouvrage précité, p. 775.
[2] V. *supra*, n° 300.
[3] La liste des règles d'ordre public que le juge administratif peut relever d'office étant bien plus fournie que celle des règles que son homologue judiciaire est habilité à appliquer d'office. V. A. DORSNER-DOLIVET, T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D*. 1986, p. 59.
[4] Qui connaît pourtant, comme la DGCCRF pour une part de son activité, de recours contre des actes adoptés dans le même champ de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Si l'existence de disparités au sein de l'ensemble du contentieux de la concurrence est gênante, elle l'est d'autant plus au sein du seul contentieux des pratiques anticoncurrentielles car elles résulteraient alors d'un unique élément : l'ampleur des pratiques en cause.
[5] Art. R. 611-7-1 CJA.
[6] A. DENIZOT, « L'immutabilité de l'instance en contentieux administratif : un principe de procédure civile acclimaté aux spécificités du procès administratif », *RFDA,* 2018, p. 99.
[7] V. pour la procédure devant le Tribunal judiciaire art. 778, 779, 798 et s. CPC.
[8] Art. R. 611-7-1, al. 1 CJA.
[9] Si longue qu'un auteur a vu dans ce pouvoir une dérogation à l'interdiction de statuer *ultra petita* : J.-M. AUBY, « L'*ultra petita* dans la procédure contentieuse administrative », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : Le juge et le droit public,* LGDJ, 1974, t. II, p. 267.

manière plus marginale[1]. Dans le cadre des recours ici étudiés, le juge pourrait ainsi prendre l'initiative de compléter l'instance de recours par des moyens non invoqués par les parties.

Sur le terrain probatoire, il est également souvent avancé que le juge administratif dispose de pouvoirs plus étendus que son homologue judiciaire. Toutefois, au-delà des apparences[2], la tendance est sur ce terrain aussi au rapprochement, notamment du fait de l'émergence d'un principe commun de coopération entre le juge et les parties[3] ; le premier n'intervenant qu'après que les dernières aient mis en œuvre tout ce qui était en leur pouvoir pour établir la preuve des faits allégués. Demeure néanmoins une différence relative aux modalités d'administration de la preuve : là où le juge judiciaire a consacré un principe général de loyauté, le juge administratif s'y refuse et le principe de liberté de la preuve connaît peu de limites. Il a été vu qu'il pourrait s'agir, ici encore, d'une simple différence de degré[4]. On retrouve toutefois la possibilité que, du fait de leur « culture » propre, les juges de chaque ordre aient tendance, dans le contrôle de proportionnalité auquel ils sont de plus en plus incités, à faire prévaloir des intérêts différents. Intérêt général pour le juge administratif qui serait davantage apte à admettre un moyen de preuve obtenu en méconnaissance des droits subjectifs d'autrui ; intérêt subjectif pour le juge judiciaire qui aurait alors tendance à écarter un élément de preuve obtenu de manière déloyale au détriment de la « recherche de la vérité ».

2. Contenu de la matière litigieuse : les éléments du plein contentieux objectif

459. La légalité d'un acte toujours au cœur du recours et le phénomène de liaison du contentieux. C'est toujours la légalité d'un acte – en l'occurrence administratif et répressif – qui est au coeur des débats. Les conséquences déjà tirées de cette circonstance doivent donc être reprises : outre des éléments de légalité externe, ces débats ne peuvent outrepasser le champ de l'acte qui en constitue l'objet. Le juge ne peut connaître d'éléments que l'auteur de l'acte initial n'a pas pris en considération. Le litige dont est saisie la juridiction de recours provient

[1] D'où la nécessité que des représentants de l'intérêt général soient mis en mesure d'étendre la saisine du juge judiciaire à des éléments non invoqués par les parties. V. *supra.*

[2] Il est notamment souvent fait référence au pouvoir du juge administratif d'enjoindre à une partie de lui communiquer les éléments de preuve en sa possession. Mais l'art. 11, al. 2 CPC offre au juge judiciaire – sur sollicitation d'une partie uniquement – un pouvoir similaire. Dans les procédures orales, le juge judiciaire peut même l'ordonner de sa propre initiative (art. 446-3 CPC) et à lire certains, il n'est pas à exclure qu'à l'instar de son homologue administratif, il puisse user d'office de ce pouvoir dans tout type de procédure (L. MAYER, A. MEYNAUD-ZEROUAL, « La preuve des faits » *in* L. JANICOT, J.-C. ROTOULLIÉ (dir.), *Regards croisés sur la procédure administrative contentieuse et la procédure civile,* Lextenso, 2019, p. 47-60, spéc. p. 55). Pour une remise en cause de l'opposition classique entre pouvoirs du juge civil et de son homologue judiciaire sur le terrain probatoire v. A. MEYNAUD-ZEROUAL, thèse précitée, n° 263 et s.

[3] Ce principe est aujourd'hui présenté comme commun aux deux types de procédure. V. L. MAYER et A. MEYNAUD-ZEROUAL, article précité. Nous en avons déjà mentionné la teneur dans le cadre du procès civil.

[4] V. *supra*, n° 302.

de l'antagonisme entre ce qu'invoquaient les parties devant l'autorité administrative et la décision rendue par celle-ci. Or « une fois identifié, l'objet du litige ne peut se transformer au point de dénaturer ces prises de position initiales. C'est pourquoi le demandeur est [ainsi] limité dans le choix des prétentions qu'il soumet par la suite au juge »[1].

460. Corrélation entre contenu de la matière litigieuse et pouvoirs du juge. Les arguments et demandes des parties sont de nouveau corrélés et limités par les pouvoirs dont dispose le juge saisi. Dès lors que celui-ci dispose, en sa qualité de juge de plein contentieux, d'un pouvoir d'annulation, d'injonction et de réformation, les parties peuvent le solliciter pour la mise en œuvre de l'un ou plusieurs de ces pouvoirs[2] après s'être assurées que les conditions en sont réunies (annulation d'une amende, d'une injonction ou d'une astreinte ou modification de leur montant ou de leur ampleur notamment). En outre, le juge dispose du pouvoir de suspendre le caractère exécutoire de l'acte litigieux, les parties peuvent donc aussi le solliciter en ce sens[3].

§ II – Office du juge de recours

461. Dimensions du contrôle, pouvoir du juge. Toujours selon la même démarche, l'étude des dimensions du contrôle opéré par le juge saisi du recours contre les actes coercitifs de la DGCCRF (A) précèdera celle des pouvoirs dont dispose ce juge (B).

A. Dimensions du contrôle juridictionnel

462. De nouveau, nous dirons quelques mots de l'intensité du contrôle opéré par le juge de recours (2) après en avoir présenté l'étendue ou, autrement dit, le champ (1).

1. Le champ du contrôle : poursuite probable du phénomène d'extension

463. Extension du contrôle juridictionnel en matière de sanction. Comme cela a déjà été observé à plusieurs reprises, le juge administratif étend le champ de son contrôle chaque fois qu'est en cause une sanction prononcée par une autorité administrative. Outre l'acte sanctionnateur en tant que tel, c'est l'ensemble de la « chaîne répressive »[4] que le juge passe au crible de son contrôle afin de s'assurer que toutes les garanties accordées aux personnes mises

[1] A. MEYNAUD-ZEROUAL, thèse précitée, n° 209.
[2] Et demander ainsi l'annulation totale ou partielle de l'acte attaqué, la réformation par réduction ou augmentation des amendes et/ou injonctions proposées etc.
[3] Concernant les astreintes prononcées en matière de pratiques restrictives de concurrence, l'art. L. 470-1, III C. com. prévoit expressément que le juge des référés peut prononcer la suspension de la décision qui en prévoit le prononcé ou la liquidation « dans les conditions prévues » à l'art. L. 521-1 CJA.
[4] F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », précité.

en cause ont été observées. Ce sont toutes les étapes postérieures à la mise en accusation qui font l'objet de ce contrôle : décision d'engager des poursuites, instruction plus ou moins approfondie, débats puis prononcé, ou non, d'une décision de sanction à l'encontre des personnes poursuivies. C'est le même « élargissement constant du spectre des phases de l'instance disciplinaire soumises au contrôle du juge »[1] qui est à l'œuvre.

464. Identification délicate de l'acte d'accusation, point de départ de la mise en œuvre du contrôle. Pour rappel, les garanties posées en matière pénale par l'article 6 de la Convention EDH sont applicables dès lors qu'une personne est mise en accusation d'avoir commis une infraction[2]. L'identification de l'acte de mise en accusation est donc cruciale et si elle a été aisée concernant les procédures conduites par l'Autorité de la concurrence, elle l'est bien moins concernant celles menées par les services du ministère de l'Économie.

Les amendes administratives prononcées par la DGCCRF en matière de transparence et de délais de paiement le sont au terme d'une procédure de sanction. Le point de départ de cette « chaîne répressive » est, lui, incertain : la procédure est décrite de manière sommaire par les textes[3] qui disposent néanmoins qu'elle est contradictoire[4]. La phase contradictoire semble déclenchée par la communication à l'entreprise concernée d'un procès-verbal constatant les manquements et infractions et lui faisant part des sanctions envisagées à son encontre[5]. Ce procès-verbal pourrait correspondre à l'acte d'accusation qui permet « de savoir pourquoi on est poursuivi » ; le contrôle juridictionnel s'exercerait donc sur tous les éléments de la procédure postérieurs à son émission[6].

---

[1] M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives,* précité, p. 161. La référence à l'instance « disciplinaire » ne présente pas de caractère restrictif dans le propos de l'auteur, lequel est parfaitement généralisable aux sanctions prononcées par les autorités chargées d'une fonction autre que strictement disciplinaire (régulation notamment).

[2] Autrement dit, dès lors qu'elle est destinataire d'une « notification officielle du reproche d'avoir accompli une infraction pénale ». La notion d'infraction pénale est à entendre dans la conception large et autonome que retient la Cour EDH de cette matière sur laquelle v. *supra.* Cette formulation est issue de la jurisprudence de la Cour, v. par ex. CEDH, 27 février 1980 *Deweer,* n° 6903/75, série A, n° 35, § 42.

[3] V. *supra*, n° 189 et art. L. 470-2, III à V C. com., pour rappel les principales étapes sont : l'établissement d'un procès-verbal constatant les manquements, l'information de l'entreprise mise en cause des sanctions envisagées à son encontre qui fait partir un délai de 60 jours pour présenter des observations écrites et/ou orales, puis le prononcé et l'éventuelle publicité de la décision de sanction.

[4] Art. L. 470-1, I et II C. com. pour le pouvoir général d'injonction et d'amende et L. 470-2, IV et V spécifiquement.

[5] Art. L. 470-2, III et IV C. com. et DGCCRF, *Lignes directrices relatives à la détermination des sanctions pour dépassement des délais de paiement interprofessionnels,* 2 décembre 2021, spéc. p. 2 et s. qui prévoit « l'envoi de la lettre d'intention de sanction » qui déclencherait « l'ouverture de la phase contradictoire ».

[6] Si l'émission de ce PV fait partie intégrante de la procédure de sanction, l'autorité qui en est l'auteur devrait être soumise au principe d'impartialité qui découle de l'art. 6 Conv. EDH (comp. le raisonnement proposé par un auteur relatif aux mises en demeure préalables aux sanctions prononcées par certaines AAI ; les interrogations soulevées sont parfaitement applicables à notre matière : H. PAULIAT, « Quel statut constitutionnel pour les mises en demeure prononcées par des autorités administratives indépendantes ? », *RJEP,* n° 719, mai 2014, comm. 23). Des interrogations ont déjà été exposées (*supra*, n° 189-190) concernant les principes de séparation des autorités

En matière de pratiques restrictives de concurrence, l'astreinte dont peut être assortie l'injonction est prononcée dans des conditions similaires, mais aucun procès-verbal n'est prévu[1]. Il est donc mal aisé d'identifier l'acte qui marque le point de départ de la procédure contradictoire préalable au prononcé de l'injonction et de l'éventuelle astreinte. La mise en accusation – point de départ de l'exercice du contrôle juridictionnel – pourrait prendre la forme de tout acte par lequel sont portés à la connaissance de l'entreprise en cause les faits qui lui sont reprochés et par lequel cette dernière est invitée à fournir des explications. Faute d'élément clair dans les textes, c'est au juge qu'il appartiendra, au cas par cas, d'identifier cet acte et la date de son émission afin de fixer le point de départ des éléments de la procédure qui entrent dans le champ de son contrôle.

Enfin, concernant les injonctions et sommes proposées à titre de transaction en répression des micro-PAC, si l'on retient la qualification de sanction, l'identification de l'acte de mise en accusation est de nouveau délicate. C'est l'envoi d'une lettre recommandée par les services de la DGCCRF aux entreprises concernées qui engage le processus contradictoire[2] et qui informe ces dernières, entre autres, des pratiques qui leur sont reprochées, de leur imputabilité et des mesures envisagées par le ministère. Autrement dit, c'est bien cette lettre qui permet aux entreprises de savoir pourquoi elles sont poursuivies et qui est à ce titre assimilable à une mise en accusation. Le contrôle juridictionnel s'exercerait donc à compter de son émission et, comme pour toute procédure répressive conduite par les services de Bercy, de difficultés se poseraient, notamment au regard des principes d'impartialité : les agents émetteurs de l'acte de mise en accusation et ceux chargés du processus pouvant aboutir à l'adoption d'injonctions et de sanctions pécuniaires appartiennent tous à une autorité gouvernementale au sein de laquelle aucune séparation fonctionnelle règlementaire n'est organisée.

465. Possible contrôle indirect de certains aspects de l'enquête administrative. Un acte d'accusation est nécessairement adopté au terme d'une enquête administrative, fût-elle sommaire[3]. Cette phase d'enquête n'entre pas, en principe, dans le champ du contrôle

d'instruction et « de décision » et du contradictoire devant la DGCCRF. Vient s'y ajouter celle relative à l'impartialité (v. *infra*).

[1] L'art. L. 470-1, I C. com. est applicable pour la mise en œuvre du III du même article. En revanche, l'art. L. 470-2, III qui prévoit l'établissement d'un procès-verbal, n'est applicable qu'aux manquements passibles d'une amende administrative.

[2] V. art. R. 464-9-1, al. 1 et 2 C. com. Pour une présentation des étapes de cette procédure, v. *supra*, n° 151 et s.

[3] Même si ce sont des dénonciations ou plaintes qui ont « créé le doute », l'autorité en charge de la répression doit faire procéder à une enquête, aussi sommaire soit-elle, afin de s'assurer qu'il y a matière à poursuites.

juridictionnel[1]. Pourtant, à l'instar de son homologue judiciaire, le juge administratif tend à opérer un contrôle indirect sur cette phase en veillant à ce qu'elle se déroule sans que n'y survienne une atteinte aux droits de la défense qui aurait un caractère irrémédiable[2]. Or dès lors que l'on considère que « la phase d'enquête est susceptible de vicier la procédure de sanction, il devient possible de soulever des moyens à l'encontre de l'enquête aux fins de voir annuler la mesure de sanction »[3]. Le champ du contrôle opéré par le juge s'en trouve alors étendu. Les différents actes et procédures envisagés ne présentant sur ce plan aucune spécificité, ils ont de bonnes chances d'être concernés par ce phénomène d'extension du contrôle juridictionnel dont il nous faut désormais étudier l'intensité.

2. L'intensité du contrôle : contrôle approfondi du juge de plein contentieux

466. Intensité invariable du contrôle en plein contentieux. Dès lors qu'est à l'étude l'hypothèse de la nature répressive de l'ensemble des actes de la DGCCRF, l'intensité du contrôle mené par le juge n'appelle aucun développement qui n'ait déjà été proposé[4]. Nous nous contenterons par conséquent d'affirmer que ce contrôle exercé par un juge de plein contentieux est nécessairement et invariablement entier ou intense ; tant sur les éléments externes de l'acte que sur ses éléments internes.

Le fait que la compétence revienne ici à des juridictions de première instance et non au Conseil d'État pourrait conduire à davantage de déférence dans la mise en œuvre de ce contrôle et dans le maniement des pouvoirs qui leur sont reconnus. Mais il ne s'agit là que d'hypothèses difficiles à vérifier eu égard au faible nombre de recours exercés depuis l'adoption de ces dispositifs. En tout état de cause, l'exercice des voies de recours par des plaideurs insatisfaits de l'issue de la première instance conduirait à la saisine de cours administratives d'appel puis, en cassation, du Conseil d'État. Si l'hypothèse de l'allègement d'un contrôle en première instance était vérifiée, elle devrait décroître au fur et à mesure de l'exercice de ces recours[5]. Voyons, désormais, les pouvoirs dont disposent ces juges pour statuer sur ces différents recours.

---

[1] V. CA Paris, 10 novembre 2009 *Sté Guerlain*, n° 2008/18277, qui juge, en matière de pratiques anticoncurrentielles, que le contradictoire n'est applicable qu'à compter de la notification des griefs et donc, *a contrario*, pas à la phase d'enquête administrative. V. encore les explications de F. BRUNET, article précité.

[2] Par ex. CE, 25 mai 2013 *Sté Alternative Leaders France,* n° 356054. À l'inverse de son homologue judiciaire, le juge administratif ne fait pas reposer cette extension du champ de son contrôle sur le principe de loyauté.

[3] M. CRESPY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique,* précité n° 524.

[4] Sur l'intensité invariable du contrôle opéré par le juge de plein contentieux v. *supra*, n° 320 ; sur les variations de l'intensité du contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir v. *supra*, n° 382.

[5] En matière de délais de paiement, la lettre d'un arrêt d'appel témoigne en tout cas d'un contrôle approfondi, notamment quant à la qualification juridique des faits et à la proportionnalité des sanctions prononcées ;

B. Pouvoirs du juge de recours

467. Les pouvoirs généraux du juge administratif saisi d'un acte coercitif de la DGCCRF sont ceux dont dispose, en contentieux administratif de droit commun, tout juge de plein contentieux. Ceux relatifs au traitement de la matière litigieuse (2) puis ceux qui lui permettent de résoudre le litige par l'adoption d'une décision qui marque le dénouement du recours seront donc succinctement présentés (3). Davantage de questions se posent à l'égard des pouvoirs dont il dispose pour prononcer le sursis à exécution des actes coercitifs objet du recours, ce qui justifie que nous leur consacrions quelques développements préalables (1).

1. Le sursis à exécution de l'acte objet du recours

468. Privilège du préalable et enjeu du sursis à exécution. Étant, eux aussi, des actes administratifs, les différents actes coercitifs de la DGCCRF à l'étude bénéficient, en application du privilège du préalable qui gouverne l'activité administrative, d'un caractère directement exécutoire[1]. L'exercice d'un recours ne dispense donc pas de l'exécution des obligations de paiement et injonctions créées par l'acte qui peuvent avoir des conséquences très lourdes, voire fatales pour les opérateurs concernés. L'enjeu est crucial[2], il est par conséquent impératif que le juge puisse être saisi en vue de faire obstacle à ce caractère exécutoire.

469. Absence de voie spécifique et recours au référé de droit commun. Aucune voie n'est spécifiquement prévue pour solliciter du juge le sursis à exécution des amendes et injonctions prononcées par la DGCCRF (en matière de transparence, de délais de paiement et de micro-PAC) ou des sommes proposées à titre de transaction et acceptées (en matière de micro-PAC). La seule voie envisageable est celle du référé de droit commun ; c'est d'ailleurs vers celle-ci que renvoie le Code de commerce concernant les astreintes susceptibles d'être prononcées en matière de pratiques restrictives de concurrence[3]. Or il n'est pas certain qu'elle soit pleinement adaptée, ni qu'elle offre des garanties suffisantes aux entreprises concernées.

470. Caractère inapproprié du référé en matière de micro-PAC. La consistance de la décision de la DGCCRF adoptée en répression d'une micro-pratique anticoncurrentielle et l'exercice d'un recours à son encontre ne sont envisageables que dans l'hypothèse où elle a été

---

v. CAA Lyon, 24 octobre *2019 SAS Caterpillar France,* n° 17LY01678, qui censure le jugement par lequel le tribunal administratif de Grenoble avait annulé une décision de sanction prise par la DIRECCTE de Rhône-Alpes.

[1] Sur cela v. *supra*, n° 325.

[2] En témoigne la vigueur des discussions et débats dont fait l'objet cette discussion depuis la préparation de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

[3] V. art. L. 470-1, III, 1, al. 5 C. com.

exécutée dans les délais[1]. Le recours aurait alors une vocation strictement « purgative » et tendrait à l'annulation d'une injonction/transaction déjà exécutée. Tout au plus l'entreprise concernée pourrait-elle avoir intérêt à solliciter en urgence la suspension de la publication de la décision sur le site de la DGCCRF[2] laquelle est désormais systématique et comporte, depuis 2012, le nom des entreprises sanctionnées[3]. On peine à identifier à quelles autres fins l'entreprise ayant accepté puis exécuté les mesures proposées pourrait saisir le juge des référés d'une demande de sursis à exécution. L'objet du recours serait la contestation de la légalité de l'injonction/transaction exécutée ou de la procédure qui a conduit à son adoption or ces éléments relèvent d'une discussion au fond, non du juge des évidences et du provisoire.

471. Sursis à exécution des amendes, injonctions et astreintes : le rigoureux référé suspension. Concernant les injonctions, astreintes et amendes prononcées en répression des manquements aux obligations relatives à la transparence dans les relations commerciales et aux délais de paiement ou de la commission de pratiques restrictives de concurrence, seule la voie du référé suspension offre un espoir d'obtenir le prononcé d'un sursis à exécution[4]. « Contrepartie précieuse du « privilège du préalable » »[5], cette procédure peut aboutir au prononcé du sursis à exécution de la décision administrative à de strictes conditions.

Outre l'urgence – commune au prononcé de toute mesure en référé[6] – s'ajoute une condition, classique en contentieux administratif, qui constitue le pendant de la présomption de légalité de l'action administrative et du privilège du préalable qui en découle. Il s'agit de la production, par le requérant, d'un moyen susceptible de faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision dont la suspension est requise et qui fait l'objet d'un recours au fond[7]. Cette condition

[1] En cas contraire, il est mis fin à cette procédure dérogatoire : l'entreprise étant réputée y avoir renoncé par refus des mesures proposées, l'affaire est immédiatement renvoyée à l'Autorité de la concurrence (art. R. 464-9-3 C. com.). Sur les modalités et effets de ce renvoi, v. *supra.*

[2] Il est de jurisprudence constante que les sanctions complémentaires, telle une publication, peuvent faire l'objet d'un référé suspension (CE, ord., 14 décembre 2006 *Société Bourse Direct SA,* n° 298912), voire d'un référé liberté (CE, ord., 14 mars 2005 *Gollnisch,* n° 278435, où est invoquée la présomption d'innocence, liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-4 CJA).

[3] Sur ces évolutions et les craintes qu'elles engendrent v. J. BOMBARDIER et L. DE CHALENDAR, « Pratiques anticoncurrentielles locales : Fonctionnement et bilan du dispositif de transaction-injonction », *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 91120.

[4] Art. L. 521-1, al. 1er CJA : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

[5] M. GUYOMAR, B. SEILLER, ouvrage précité, n° 429. Sur le référé suspension en général v. n° 428-456.

[6] Y. S STRICKLER, « Regard d'un privatiste sur le référé administratif », *RFDA,* 2007, p. 86, qui identifie l'urgence et l'évidence comme des caractéristiques communes aux différentes procédures de référé ; tant en procédure civile qu'en contentieux administratif.

[7] Cette condition distingue le référé devant le juge administratif de celui exercé devant son homologue judiciaire (sur lequel v. nos développements *supra*, n° 327 relatifs au sursis à exécution des décisions de l'Autorité de la concurrence relevant de la compétence de la Cour de Paris).

nécessite d'amorcer un débat sur le fond et de convaincre le juge d'un élément au cœur du recours principal : l'illégalité de l'acte litigieux. Entre réalisme et prudence[1], c'est du pouvoir souverain des juges saisis, en parallèle de l'exercice d'un recours sur le fond, que dépendra la rigueur de cette condition nécessaire à l'octroi du sursis à exécution.

2. Le traitement de la matière litigieuse

472. Plusieurs des pouvoirs confiés au juge administratif dans la conduite de l'instance et dans l'établissement de la matière litigieuse ont déjà été étudiés. Dans le traitement de cette matière, nous retrouvons deux pouvoirs juridictionnels qui présentent un caractère crucial et une importance particulière dans le contentieux étudié. Il s'agit du pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction (a) et de celui d'assurer la protection du secret des affaires (b).

a. Le recours aux mesures d'instruction

473. Importance des mesures d'instruction et recherche d'un échange direct avec les parties. Les faits et analyses économiques complexes sur lesquels reposent les actes objet de recours – principalement en matière de micro-pratiques anticoncurrentielles mais également dans les autres champs appréhendés[2] – mêlés au contrôle approfondi qu'est conduit à opérer le juge de recours, commandent que ce dernier puisse recourir à d'efficaces mesures d'instruction pour l'éclairer.

Pour participer activement, via son pouvoir de direction, à la « construction » du litige[3] et récolter les éléments nécessaires au traitement efficace de la matière qui lui est soumise, le juge administratif a recours à des techniques d'instruction permettant un échange plus direct avec les parties ; particulièrement dans le contentieux économique. Il le fait notamment en organisant des échanges oraux, même lorsqu'ils ne constituent pas la norme. Cela car, bien que débattue[4], il est reconnu que « l'oralité apparaît comme un instrument permettant une meilleure orientation

[1] N. CAYROL, « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.*, 2011, p. 904.
[2] Que l'on songe à l'expression de « science de la facturologie » proposée par certains : J.-J. MOUSSERON, « Une nouvelle science : la facturologie », *CDE*, 1988, IV, p. 3 ; et la réplique de N. RENAUDIN, « La « facturologie », une science à la portée de tous », *Rev. conc. consom*., n° 81, septembre-octobre 1994, p. 33.
[3] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 252.
[4] Tant en procédure civile qu'en contentieux administratif, des avantages sont largement reconnus à l'oralité tout en étant relativisés voire, parfois, remis en cause. Parmi une littérature abondante v. R. PERROT, « Procédure orale : le rôle de l'écrit (à propos d'une exception d'incompétence) », *RTD civ.*, 1993, p. 192 ; B. LASSERRE, « La redécouverte de l'oralité. Propos décousus d'un membre du Conseil d'État » *in Juger l'administration et administrer la justice. Mélanges D. Labetoulle,* Dalloz, 2007, p. 546 ; J.-L. GILLET, « Faut-il sauver l'oralité ? », *in Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard,* Dalloz, 2010, p. 709 ; P. BLANC, « Le silence du juge », *RDP*, 2012, n° 4, p. 1133.

des débats et, conséquemment, une optimisation de la délimitation du litige »[1]. Les échanges directs entre les parties et entre les parties et le juge permettent à ce dernier d'obtenir des éclaircissements sur des pièces ou éléments de faits invoqués par les premières, lesquels présentent parfois un haut degré de technicité[2]. De plus, le pouvoir de direction dont il dispose lui permet d'orienter ces débats vers les points du dossier qui lui semblent cruciaux ou encore trop obscurs. Ces débats oraux entre parties et juges permettent alors « la clarification des données du litige »[3] ; ils peuvent être complétés par le recours à d'autres mesures d'instruction.

474. Mesures traditionnelles et « imagination prétorienne ». Le juge administratif dispose de ses pouvoirs traditionnels d'instruction et peut ordonner l'exécution d'un certain nombre de mesures nécessaires à sa pleine et bonne appréhension des éléments du litige. Cette faculté devient obligation lorsque, malgré les échanges et les pièces apportées par les parties, il ne dispose pas de suffisamment d'éléments pour se forcer une conviction éclairée[4]. Ainsi peut-il – ou doit-il en certaines circonstances – ordonner une expertise[5] ou visiter des lieux[6] mais le recours à ces mesures semble assez rare en matière économique[7].

Alors le juge fait depuis longtemps œuvre « d'imagination prétorienne concernant le prononcé de mesures d'instruction » en la matière, ce qui a souvent conduit le contentieux économique à être « à l'initiative de l'extension de techniques d'instruction »[8]. Ainsi c'est à l'occasion d'un

---

[1] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 755. L'auteur parle notamment de « résurgence des enquêtes à la barre en contentieux administratif » (v. art. R. 623-1 CJA). Ce procédé permet d'organiser un débat oral avec de nombreux intervenants – parties, tiers et membres de la juridiction – et permet au juge de recentrer les débats sur les éléments de la procédure qui lui semblent essentiels. V. les intérêts que présentent de tels procédés en contentieux administratif général : A. LYON-CAEN, « Vers une procédure de dialogue interactif du juge et du justiciable *», in Mélanges D. Labetoulle*, précité, p. 585.

[2] B. STIRN, « Le juge administratif et l'entreprise : quelle actualité ? », Entretien avec C. Jamin, B. Stirn, E. Piwinica, D. de Béchillon, *CDE,* n° 5, septembre 2012, entretien 5.

[3] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 841.

[4] V. CE, sect., 1er octobre 2014 *M. E.*, n° 349560 : « il appartient au juge administratif, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis et notamment de requérir des parties ainsi que, le cas échéant, des tiers, en particulier des administrations compétentes, la communication des documents qui lui permettent de vérifier les allégations des requérants et d'établir sa conviction » et CE, 23 octobre 2013 *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Borlet,* n° 360961, qui juge qu'il revient à ce juge « d'ordonner une expertise lorsqu'il n'est pas en mesure de se prononcer au vu des pièces et éléments qu'il a recueillis et que l'expertise présente un caractère utile ». Sur ces questions v. N. CARPENTIER-DAUBRESSE, « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *AJDA*, 2014, p. 1143 et pour une étude collective et complète C. TEITGEN-COLLY (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare & Martin, 2017.

[5] Art. R. 621-1 et s. CJA.

[6] Art. R. 622-1 et s. CJA.

[7] C'est ce que note M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 835. Cela pourrait notamment s'expliquer par le fait que l'expert a interdiction de donner un quelconque avis juridique sur l'affaire, ce que permet le recours à un *amicus curiae*. Or il est parfois délicat de distinguer éléments de fait et éléments de droit, principalement en matière économique où les analyses factuelles ont bien souvent pour objet principal l'application ou la mise à l'écart d'une qualification juridique. Nous reviendrons sur ces éléments dans la seconde partie de notre recherche.

[8] *Ibid.*

contentieux relatif à des regroupements d'entreprises que le juge a élargi la possibilité d'enjoindre à l'administration la production forcée de document en ne la subordonnant plus à la condition que le demandeur ait apporté un commencement de preuve ; l'extension étant notamment justifiée par la nécessité que le juge accède à une meilleure appréhension des faits économiques[1]. C'est dans ce même champ du droit économique que le juge a largement recours aux avis des autorités administratives – souvent indépendantes – compétentes. Enfin, toujours dans sa recherche d'un échange direct et immédiat avec les parties ou avec des tiers, c'est encore dans ce champ qu'a été observée une « résurgence des enquêtes à la barre »[2]. Ce procédé très souple permet au juge d'auditionner, lors de « séances d'instruction orales »[3], des parties ou des tiers et témoins afin de confronter leurs arguments tout en orientant le débat sur les éléments déterminants[4].

Si le constat de ces évolutions et résurgences ne concerne pas directement le contentieux des micro-PAC, des pratiques restrictives ou de la transparence dans les relations commerciales – qui sont assez peu fournis et étudiés – il concerne des contentieux économiques qui présentent de fortes similarités. Le juge pourrait par conséquent y adopter ces mêmes comportements en renouvelant son panel de pouvoirs d'instruction. Cette attitude le conduirait à jouer un rôle encore plus important dans l'instance et à approfondir encore davantage son analyse favorisant ainsi son immixtion dans le dispositif de contrôle et de régulation de la concurrence.

b. La protection du secret des affaires par le juge

475. Protection du secret d'affaires par les outils de droit commun. Aucun des recours ici envisagés ne fait l'objet de dispositions organisant un régime spécifique de protection du secret des affaires. C'est par conséquent en application du seul droit commun que le juge est susceptible d'être saisi pour veiller à la bonne application de cette protection cruciale par les services du ministère. Or l'intervention juridictionnelle sur ce sujet a fait l'objet de réformes récentes, tant en procédure civile qu'en contentieux administratif au sein duquel elle a pris la forme de la création d'une voie de droit nouvelle : le « référé secret des affaires »[5]. Ce référé offre au juge administratif des pouvoirs expressément calqués sur ceux confiés, quelques mois

[1] *Ibid.,* qui se réfère à R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOULLE, « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE*, 1970, p. 85.
[2] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 755.
[3] J.-M. SAUVÉ, « Quel contrôle pour les concentrations d'entreprise ? », Discours d'ouverture des entretiens du Palais-Royal, *RLC*, n° 2009/18, p. 129.
[4] V. art. R. 623-1 et s. CJA.
[5] Décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 *portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure administrative contentieuse*, spéc. art. 4 qui crée le nouvel art. R. 557-3 CJA.

auparavant, à son homologue judiciaire. Les deux réformes sont proches, reposent sur des outils similaires et poursuivent les mêmes objectifs : nous en proposerons donc une courte présentation. Cette incise s'avèrera utile pour la suite de nos développements.

476. Incise sur les nouveaux pouvoirs du juge judiciaire en matière de protection du secret des affaires. La matière a été récemment réformée via l'adoption d'une loi de transposition[1] d'une directive européenne[2] qui poursuivait l'objectif d'unifier le régime de protection du secret des affaires au sein de l'Union. Nous ne développerons pas les aspects substantiels de cette réforme[3] pour nous consacrer aux seules modalités procédurales de cette protection. Sur ce plan, le nouveau texte comporte deux volets.

Le premier correspond à « la protection du secret des affaires par le procès »[4]. Ses dispositions offrent au juge le pouvoir de prévenir ou de faire cesser, voire de réparer, une atteinte au secret protégé qui est imminente ou survenue, en dehors de toute procédure judiciaire, dans la vie des affaires. Le juge compétent – souvent saisi en référé, voire sur requête[5] – se voit attribuer le pouvoir de prononcer « toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser » une atteinte au secret des affaires (art. L. 152-3 C. com.). Une liste indicative des mesures possibles est proposée ; elle comporte des mesures d'injonction ou d'interdiction renvoyant à des hypothèses souvent éloignées de celle ici envisagée[6]. Dans le champ de la concurrence, elles ont bel et bien constitué le fondement d'une « lueur d'espoir » mais dans une affaire dans laquelle le ministre avait fait usage de son seul pouvoir « d'impulsion » en matière de pratiques restrictives[7] ; non de son pouvoir de décision qui est ici à l'étude.

---

[1] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 *relative à la protection du secret des affaires* validée par Cons. const., décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018.

[2] Directive n° 2016/943/UE du 8 juin 2016 *relative à la protection des savoir-faire et informations commerciales non divulguées (secret d'affaires), contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.*

[3] Sont prévus : une définition de « l'information protégée » (art. L. 151-1 C. com.), les conditions de détention légitime du secret des affaires, les conditions de son obtention, utilisation et divulgation licites (art. L. 151-2 et L. 151-3), le régime de la responsabilité encourue en cas d'inobservation desdites conditions (art. L. 151-4 à L. 151-6) et enfin, certaines dérogations au secret des affaires (art. L. 151-7 à L. 151-9). Sur ces aspects v. J.-C. RODA, « Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ? », *D.*, 2018, p. 1318 ; P. SPINOSI, « La loi sur le secret des affaires, à la recherche de l'équilibre impossible », *JCP G,* 2018, doctr. 845 ; T. D'ALÈS, O. SICSIC, « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée », *JCl. Com.,* fasc. 24.

[4] T. D'ALÈS, O. SICSIC, article précité, n° 12 et s.

[5] En effet « le juge des référés sera la juridiction naturelle pour prévenir ou faire cesser rapidement une violation du secret des affaires », T. D'ALÈS, O. SICSIC, article précité, n° 12. Sur cette voie, v. art. R. 152-1 C. com.

[6] V. art. L. 152-3 et R. 152-1, I C. com. (pour les mesures prononcées en référé ou sur requête). À défaut de prononcer l'une des mesures envisagées, la juridiction peut, sur requête ou en référé, autoriser la poursuite de l'atteinte prétendument illicite au secret des affaires sous réserve de la constitution, par le défendeur, d'une garantie destinée à indemniser le préjudice causé au demandeur le cas échéant (v. art. R. 152-1, II).

[7] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Confier la sanction des pratiques restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », précité, qui utilise cette expression en commentant l'arrêt CA Paris, 8 avril 2021, n° 21/05090, par lequel la Cour d'appel de Paris a jugé que l'art. L. 152-4 C. com. permettait d'imposer au ministre qui agit sur fondement de l'art. L. 442-6 ancien

Le second volet correspond à « la protection du secret des affaires pendant le procès »[1] et octroie au juge des pouvoirs pour prévenir ou faire cesser une atteinte à ce secret dans le cadre d'une procédure (art. L. 153-1 C. com.) – ce qui correspond davantage à l'hypothèse de travail – mais ne vise que les procédures judiciaires[2] – ce qui a pour effet d'exclure les procédures diligentées par l'Autorité de la concurrence ou la DGCCRF. On le voit, l'adaptation de ce dispositif aux recours à l'étude est incertaine. Puisque les nouveaux pouvoirs octroyés au juge administratif en sont directement inspirés, l'incertitude les concerne tout autant.

477. Incertaine adaptation du référé secret des affaires au contentieux des actes coercitifs de la DGCCRF. En contentieux administratif, la réforme est passée par la consécration d'un nouveau référé à l'occasion duquel le juge dispose des mêmes pouvoirs[3]. Il dispose donc « notamment » des mêmes pouvoirs d'injonction et d'interdiction.

Dans la projection de la mise en œuvre de ce référé en vue de veiller à la bonne protection du secret des affaires par les services de la DGCCRF, on retrouve une difficulté classique dans l'étude du recours contre les actes d'autorités administratives titulaires d'un pouvoir répressif : la procédure qui aboutit au prononcé de la sanction est de plus en plus proche de la procédure juridictionnelle mais n'est pas de même nature. Nonobstant de nombreuses similitudes et problématiques communes, les dispositifs applicables à la seconde ne peuvent en principe, en l'absence de texte, être étendus à la première.

Le justiciable qui estime son secret des affaires menacé au cours d'une procédure diligentée par la DGCCRF[4] devrait donc saisir le juge administratif des référés, compétent pour solliciter le prononcé de mesures sur fondement de l'article R. 152-1 du Code de commerce. La procédure

(devenu art. L. 442-1) de respecter le secret d'affaires des entreprises poursuivies et qu'en résultait notamment pour lui une interdiction de « transmettre sans aucune contrainte à d'autres parties à la procédure qu'il engage, des secrets qui sont opposables entre ces parties » (en l'espèce il s'agissait d'une assignation et de pièces comportant des données sensibles et secrètes concernant un distributeur ; or était également mise en cause à la procédure une centrale de référencement commune à d'autres distributeurs concurrents. La communication de ces éléments à la centrale emportait le risque que les concurrents du distributeur mis en cause y aient accès).

[1] T. D'ALÈS, O. SICSIC, article précité, n° 23 et s.

[2] Le texte vise « une instance civile ou commerciale », ce qui renvoie aux seules procédures juridictionnelles et, plus précisément, à celles qui se déroulent devant certaines juridictions de l'ordre judiciaire.

[3] V. art R. 557-3 CJA qui renvoie à l'art. R. 152-1 C. com. qui propose, en application de l'art. L. 152-3 C. com., une liste de mesures adoptées en vue de la protection du secret « par le procès » et donc d'une atteinte alléguée en dehors de toute procédure juridictionnelle.

[4] Par ex., en matière de micro-PAC, dans l'hypothèse où la production de pièces qu'un opérateur mis en cause estime couvertes par le secret est exigée par la DGCCRF dans le cadre de l'instruction préalable à la proposition de transaction et que l'opérateur craint que ces pièces soient rendues accessibles à des tiers en cas de « retour » à la procédure classique devant l'Autorité de la concurrence, ou encore, au terme de la procédure dérogatoire, lors de la publication de la décision. En matière de délais de paiement, de facturation ou même de pratiques restrictives de concurrence, on songe notamment à tous les documents dont la production peut être ordonnée pour justifier des pratiques tarifaires d'une entreprise, lesquelles peuvent être au cœur de sa stratégie commerciale.

en cours n'étant pas juridictionnelle, ce justiciable ne devrait pouvoir solliciter la mise en œuvre des mesures de protection du secret « dans le procès ». Toutefois, la liste de mesures proposée par l'article est indicative. Le juge pourrait alors accepter de faire application, en les adaptant, de pouvoirs similaires à ceux prévus pour assurer la protection du secret des affaires au cours d'une procédure judiciaire[1]/[2]. Tout cela est très incertain et l'on voit que parmi les hypothèses envisagées par les textes, aucune ne correspond véritablement à celle qui nous retient. Une nouvelle fois, cet état d'incertitude peine à satisfaire eu égard à l'importance de l'enjeu.

3. Le dénouement du recours : annulation, réformation…

478. Dimensions de contrôle et pouvoirs de pleine juridiction. Saisi en qualité de juge de plein contentieux, le tribunal administratif auquel est présenté le recours contre l'acte coercitif de la DGCCRF dispose des pouvoirs étendus déjà passés en revue. Outre l'annulation pure et simple de l'acte en cause – qui est et devrait demeurer relativement rare s'il s'en tient à la dynamique générale qui anime son ordre juridictionnel – il peut en opérer une réformation et substituer son appréciation et sa décision à celles des services du ministère. Titulaire d'un pouvoir de réformation à l'égard d'actes administratifs coercitifs, le juge est tenu d'opérer un contrôle approfondi de tous les éléments de procédure postérieurs à l'émission d'un acte de mise en accusation et de la décision adoptée, à son terme, par les services rattachés à Bercy. Les conditions de mise en œuvre et les limites de l'exercice de ces pouvoirs ainsi que les craintes qu'ils peuvent inspirer sont identiques à celles présentées dans le cadre de l'étude des recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence ; nous renvoyons donc à ces développements[3]. Reste toutefois une interrogation.

---

[1] Prévus par l'art. L. 153-1 C. com. : « Lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :
1° Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ;
2° Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ;
3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;
4° Adapter la motivation de sa décision et les modalités de publicité de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires ». V. aussi, pour le contentieux administratif, la procédure prévue par l'art. R. 412-2-1 CJA.

[2] L'office du juge saisi du référé se rapprocherait alors de celui qui lui est confié par l'art. R. 412-2-1 CJA dans l'hypothèse où une partie à une instance demande que certaines des pièces produites ne soient pas communiquées aux autres. La différence tiendrait à ce que le juge conduit à se prononcer sur cette seule question ne se trouve pas saisi du fond du dossier ; il ne lui appartiendrait alors que de dicter aux services de la DGCCRF la conduite à tenir.

[3] V. *supra*, n° 340 et s. et n° 424 et s.

479. Questions autour de la réformation des « sommes proposées à titre de transaction ». Si la réformation des injonctions, astreintes ou amendes prononcées en application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce n'appelle pas de commentaire particulier, celle des décisions par lesquelles ont été proposées puis acceptées des sommes à titre de transaction dans le cadre de la lutte contre les micro-pratiques anticoncurrentielles interroge davantage. Un certain nombre de seuils, critères et conditions encadrent la mise en œuvre de cette procédure dérogatoire. La remise en cause par le juge des appréciations et décisions des services du ministère pourrait aboutir à ce que certains de ces seuils et conditions ne soient plus atteints et réunis. Ne pouvant exercer davantage de pouvoirs que ceux dont dispose l'autorité auteur de l'acte objet du recours, le juge devrait alors se voir contraint d'annuler purement et simplement l'acte de la DGCCRF et, le cas échéant, d'enjoindre la saisine de l'Autorité de la concurrence. On voit que le caractère dérogatoire de cette procédure pourrait avoir des conséquences sur les pouvoirs du juge saisi du recours contre l'acte auquel elle aboutit. Sa coloration conventionnelle, si elle était reconnue, pourrait en produire encore davantage.

Section 2 : Les incertaines conséquences de la dimension conventionnelle du dispositif relatif aux micro-PAC

480. Objectifs. La prudence nous a conduit à retenir deux hypothèses alternatives quant à la qualification dont doivent être revêtues les injonctions et sommes proposées à titre de transaction par la DGCCRF en répression de micro-PAC. Vient d'être traitée celle où, comme les autres décisions adoptées par la DGCCRF en matière de droit de la concurrence, elles seraient qualifiées d'actes administratifs unilatéraux coercitifs ou de sanctions. Reste à envisager celle dans laquelle leur caractère négocié serait retenu pour les qualifier de « véritables » transactions. Si cette qualification nous a paru très incertaine, elle n'en demeure pas moins envisageable. Par ailleurs, quand bien même elle serait écartée, la seule « dimension conventionnelle » ou « négociée » du dispositif pourrait produire des effets au stade du recours.

Il serait redondant de reprendre l'intégralité des questions passées en revue dans la section précédente car, pour un certain nombre d'entre elles, les solutions resteraient inchangées. Nous nous focaliserons par conséquent sur les composantes procédurales du recours envisagé susceptibles d'être impactées par de telles dimension et qualification.

À cet égard, si seule une pleine consécration de la qualification de transaction serait de nature à produire des effets conséquents sur les composantes de l'instance de recours (§ I), la simple

prise en compte de la « dimension conventionnelle » ou du caractère « négocié » du dispositif pourrait suffire à entraîner une modification de l'office du juge qui s'en trouve saisi (§ II).

§ I – Qualification de transaction et modification des éléments de l'instance

481. Focale sur les éléments de l'instance. L'application de la qualification de transaction aux actes envisagés produirait, non seulement, une modification des acteurs potentiels de l'instance de recours à laquelle ils sont susceptibles de donner lieu (A) mais aussi de la matière qui la compose (B). Une telle qualification aurait également d'importantes conséquences sur les pouvoirs du juge de recours. Toutefois, puisqu'elles seraient pour partie communes à celles produites par la simple prise en compte du caractère négocié du dispositif, ces conséquences sur l'office du juge ne seront envisagées qu'au paragraphe suivant.

A. Acteurs de l'instance de recours ayant pour objet une transaction

482. Confusion sur la nature de la transaction et la compétence juridictionnelle. Nos tentatives de qualification des transactions et/ou injonctions mises en œuvre par la DGCCRF se sont soldées par l'émission d'hypothèses incertaines[1] : la qualification de transaction pourrait être retenue, au moins pour les « sommes » proposées et acceptées. En outre, il a été vu que notre matière a donné lieu à une rupture radicale du lien qui existerait entre la compétence juridictionnelle et le fond, au moins en matière administrative[2]. Or c'est en considération de ce lien que le juge répartiteur semble avoir fixé la frontière entre les champs de compétence du juge administratif et du juge judiciaire pour connaître des actions tendant à l'homologation ou à la contestation des transactions[3].

Si l'on retient que c'est en considération du juge qui aurait été compétent pour trancher le litige que la transaction a pour objet d'éteindre qu'il faut déterminer la compétence juridictionnelle

[1] Pour le détail de cette démonstration v. *supra*, n° 161 et s.
[2] L'exemple topique étant celui du recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence (actes administratifs) qui relève de la compétence de la Cour d'appel de Paris (juridiction judiciaire).
[3] TC, 18 juin 2007 *Sté Briançon Bus C/ Commune de Briançon,* n° 3600 et déjà CE, avis, 6 décembre 2002 *Synd. intercomm. des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses,* n° 249153.

pour connaître des actions en homologation ou contestation auxquelles elle donne lieu[1], on en arrive à la conclusion que c'est le juge judiciaire qui doit en être saisi en notre matière[2].

À l'inverse, si l'on retient que la transaction/injonction mise en œuvre par la DGCCRF constitue le support de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique – ou comporte des clauses exorbitantes – on peut en déduire sa nature administrative et ainsi la compétence des juridictions administratives pour connaître des recours dont elle fait l'objet[3].

483. Hypothèses envisagées. Ainsi, si la qualification de transaction interroge, la nature administrative ou civile de son résultat n'apparaît pas plus clairement et nous contraint à envisager les deux hypothèses. Alors, après nous être intéressé aux acteurs de l'instance en contestation ou en homologation de la transaction civile (1), il nous faudra nous consacrer à ceux de l'instance en contestation ou en homologation de la transaction administrative (2).

1. Le recours ayant pour objet une transaction civile

484. Homologation ou contestation de la transaction civile. Puisque la transaction est « à la fois un contrat et un mode alternatif de règlement des différends, il faut envisager qu'elle puisse être contestée par la nullité et par les voies de recours »[4]. Elle est un contrat qui produit un effet extinctif[5] et qui, en l'absence d'intervention d'un officier habilité, est un acte sous seing privé auquel les parties peuvent souhaiter conférer force authentique et exécutoire[6]. Pour ce faire elles devront saisir le juge. Naîtront alors une première instance judiciaire et d'éventuels recours. En outre, comme tout contrat, la contestation de la validité d'une transaction doit, en principe, elle aussi donner lieu à l'intervention d'un juge. Envisageons donc les deux situations.

---

[1] C'est l'hypothèse majoritaire au sein de la doctrine. V. G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA,* 2000, p. 548 ; F. MELLERAY, « La répartition des compétences juridictionnelles en matière de transactions conclues par une personne publique », *DA,* n° 11, novembre 2007, comm. 156. Sur les évolutions ayant conduit à cette solution v. A.-L. PONSARD, thèse précitée, p. 92-101. C'est d'ailleurs la solution déjà préconisée par J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1 et s., spéc. p. 4.

[2] V. *supra*, n° 170 c'est en effet, *in fine*, à la compétence de l'Autorité de la concurrence et, sur recours, à celle de la Cour d'appel de Paris que le recours à la transaction permet de déroger. La spécificité tient à ce qu'en « première instance », ça n'est pas à une instance judiciaire que le processus permet d'échapper.

[3] En application de la jurisprudence du juge répartiteur de compétences, v. TC, 18 juin 2007, précité. Pour une présentation complète v. *supra*, n° 170. La doctrine a émis d'importantes réserves à l'égard de cette lecture, estimant que la présence de telles clauses ou prérogatives est incompatible avec le régime de la transaction. Il se pourrait pourtant que nous soyons face à un tel cas de figure.

[4] M. REVERCHON-BILLOT, *v°* « Transaction »*, Rép. proc. civ.,* juillet 2018, n° 202.

[5] Art. 2052 C. civ. : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ».

[6] Parmi les outils qu'offre le droit judiciaire privé pour ce faire, seule l'homologation peut ici être envisagée. Le contrat judiciaire et le jugement d'expédient impliquent un accord intervenu en cours d'instance, ce qui n'est pas envisageable en notre matière. Sur ces notions v. J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé,* précité, n° 326 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1118 et s. ; pour une étude approfondie v. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé,* thèse Paris I, 1995 et G. DEHARO, *v°* « Contrat judiciaire »*, Rép. proc. civ.,* septembre 2017.

485. Acteurs de l'instance d'homologation. Si la transaction envisagée est de nature civile, son homologation est régie par les dispositions du Code de procédure civile. L'une des parties doit alors saisir « le juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée »[1] par requête aux fins d'homologation. Si la demande est rejetée, seule la voie de l'appel est ouverte[2] et *a priori*, seule la partie déboutée de sa demande est recevable à l'exercer[3].

À l'inverse, si le juge fait droit à la demande, « tout intéressé » peut lui en référer[4]. La formule ouvre le prétoire à toute personne justifiant d'un intérêt personnel, direct et légitime à ce que la transaction acceptée par le contrevenant ne devienne pas un acte authentique et exécutoire. Une victime prétendue des faits concernés par la transaction disposerait-elle de cet intérêt ? Une association de consommateurs ? Un concurrent direct qui estime la somme et/ou les injonctions insuffisantes ? On ne peut fermement l'exclure mais la chose est incertaine, l'appréciation de l'intérêt à agir est abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond. Le ministère public pourrait-il intervenir, par exemple pour soutenir que les « sanctions » fixées sont insuffisantes ? Ici encore la solution est hasardeuse, d'autant plus au regard de l'office et des pouvoirs du juge civil saisi d'une demande d'homologation[5].

Enfin, rappelons qu'en matière gracieuse, le rôle du juge est accru. Il y dispose de la faculté « d'entendre sans formalités » les personnes « dont les intérêts risquent d'être affectés par la décision »[6] et même d'ordonner la mise en cause de celles « dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre »[7]. Il y a alors une forme de gradation dans l'accès au prétoire et sa mise en œuvre dépend de l'appréciation du juge. En tout état de cause, si le défaut d'intérêt personnel pourrait priver les tiers dont les droits ou charges ne risquent pas d'être affectés par l'homologation de la possibilité d'exercer un recours ou d'intervenir en qualité de partie, rien ne semble faire obstacle à ce que certains soient « entendus sans formalités » par le juge. Le cercle des acteurs potentiels de l'instance s'élargirait alors.

---

[1] Art. 1565 CPC. La formule prête à confusion en notre matière, renvoie-t-elle à la Cour d'appel de Paris en application de sa compétence spéciale ou au tribunal (judiciaire ou de commerce) territorialement compétent ?
[2] Art. 1566, al. 3 CPC, de nouvelles difficultés pourraient naître ici si la Cour d'appel de Paris était jugée compétente pour se prononcer sur l'homologation en premier ressort.
[3] L'art. 1566, al. 3 C. civ. renvoie expressément à la matière gracieuse. Or l'art. 546, al. 2 CPC prévoit, par dérogation, qu'en matière gracieuse le droit d'appel est étendu « aux tiers auxquels le jugement a été notifié », formule qui ne trouve pas application en notre matière. On en revient donc au principe de l'art. 546, al. 1er : seule la partie qui y a intérêt est recevable à interjeter appel. À l'encontre du jugement rejetant une demande formulée par requête, seul l'auteur de la requête semble pouvoir justifier de cet intérêt.
[4] Art. 1566, al. 2 CPC.
[5] Sur lesquels v. *infra*.
[6] Art. 27, al. 2 CPC (disposition générale applicable à toute procédure gracieuse).
[7] Art. 332, al. 2 CPC.

486. Acteurs de l'instance en contestation de validité. Concernant la contestation de la validité de la transaction, l'action peut être portée, si la nullité encourue est relative, par la seule partie protégée par la condition méconnue (art. 1181 C. civ.). Si la nullité est absolue, tout intéressé ainsi que le ministère public peuvent en demander le prononcé (art. 1180 C. civ.)[1]. S'agissant d'une transaction proposée et conclue par une Direction ministérielle, il est légitime de penser que la présence, dans l'accord, de causes de nullité absolue – qui impliquent la violation d'une règle ayant pour objet la sauvegarde de l'intérêt général (art. 1179 C. civ.) – est en pratique rare, sinon inexistante. Seraient donc, seuls, parties au recours la DGCCRF et le contrevenant ; c'est bien souvent ce dernier qui aura été à l'initiative du recours après avoir exécuté une transaction qu'il estime, après coup, viciée[2].

Hormis l'hypothèse de la contestation du jugement d'homologation pour laquelle il pourrait décider d'élargir quelque peu le cercle des acteurs de l'instance, le prétoire du juge civil s'avèrerait donc particulièrement difficile d'accès si la transaction relevait de sa compétence.

2. Le recours ayant pour objet une transaction administrative

487. Homologation ou contestation de la transaction administrative. Malgré ses spécificités, la transaction administrative demeure un contrat administratif qui produit un effet extinctif et est, dès sa conclusion, exécutoire. Toutefois son homologation conserve un intérêt : elle permet de purger l'acte qui la matérialise de tout vice et d'empêcher ainsi toute contestation future. Faute d'homologation, la validité d'une telle transaction est susceptible d'être contestée par l'exercice d'un recours qui relève de la compétence exclusive du juge administratif.

488. Acteurs de l'instance d'homologation : première instance. Le juge administratif s'est longtemps refusé à jouer le rôle de « chambre d'enregistrement »[3]. Mais par un avis de 2002[4], le Conseil d'État a ouvert la voie à l'homologation d'une transaction conclue en dehors de toute procédure contentieuse, en insistant sur son caractère exceptionnel. Le principe demeure que l'action tendant à une telle homologation est sans objet et à ce titre irrecevable. Mais par exception, « dans l'intérêt général » et dans des hypothèses strictement définies, le juge accepte

[1] Les conditions de validité et causes de nullité de la transaction sont celles du droit commun des contrats depuis l'abrogation des dispositions spécifiques à la transaction par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*.
[2] V. *supra* (n° 156 et s.), le « retour » à la procédure classique devant l'Autorité de la concurrence en cas de refus ou d'inexécution des mesures proposées par la DGCCRF rend peu concevable une action engagée par les services du ministère ou par le contrevenant avant acceptation et exécution des mesures « proposées ».
[3] Expression empruntée à F. BLANCO, ouvrage précité, n° 503.
[4] CE, avis, 6 décembre 2002 *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, n° 249153.

d'en être saisi. Il en est ainsi si la transaction est destinée à « remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité » qui ne peut donner lieu à régularisation ou si l'exécution de l'accord donne lieu à « des difficultés particulières ».

La seconde hypothèse est rigoureusement interprétée et doit être écartée car en notre matière, toute difficulté ou opposition du contrevenant donne lieu à l'arrêt de la procédure dérogatoire puis à la saisine de l'Autorité de la concurrence. La première pourrait en revanche être invoquée si l'on considère qu'une pratique anticoncurrentielle figure parmi les illégalités visées. Il est néanmoins probable que le Conseil d'État, dans son office de juge administratif, ait avant tout – sinon exclusivement – visé l'illégalité qui résulterait de tout acte ou action de l'administration ou de l'un de ses co-contractants. Non celle qui serait le fait d'une entreprise privée qui, dans le cadre de son activité commerciale, a adopté un comportement contraire à la législation – ici, concurrentielle – en vigueur. Énième illustration de la difficile insertion de ce contentieux spécifique dans les catégories de droit commun.

Si l'on retient tout de même l'hypothèse, la demande d'homologation pourrait être formulée par les parties ou l'une d'elles seulement[1]. Le Conseil d'État exige qu'elle soit communiquée « à toute personne qui aurait eu la qualité de partie » à l'instance que la transaction a permis d'éviter ; nouvelle formule peu soluble dans notre matière : « l'instance » évitée est celle qui se serait tenue devant l'Autorité de la concurrence. Faut-il alors qu'une telle demande soit notifiée à toute personne qui aurait été « partie en cause » ainsi qu'aux autorités publiques auxquelles est reconnue la qualité de partie devant l'Autorité ? La liste serait relativement longue et délicate à dresser[2].

489. Acteurs de l'instance d'homologation : recours. Nous reviendrons sur les pouvoirs du juge de l'homologation ; mais qu'elle fasse droit à la demande ou qu'elle la rejette, sa décision est un jugement de première instance susceptible d'appel[3]. En contentieux administratif, l'appel est ouvert à « toute partie présente » ou « régulièrement appelée » devant le tribunal « alors même qu'elle n'aurait produit aucune défense »[4].

---

[1] CAA Versailles, 12 avril 2018, n° 16VE01353. La solution devrait valoir dans notre matière : bien que l'instance puisse conduire au prononcé de la nullité de la transaction – qui est bien « l'acte d'une autorité nationale de concurrence » – par le juge, les pratiques concernées ne relèvent par hypothèse pas du droit européen et le recours n'est donc pas soumis aux exigences de la jurisprudence « *VEBIC* » (sur lesquelles v. *supra*). Ce serait un moindre mal car en cas d'annulation, tout laisse à penser que l'Autorité de la concurrence doit être saisie de l'affaire.

[2] Par exemple, les coauteurs de la pratique incriminée qui auraient refusé le processus transactionnel et seraient engagés dans une procédure devant l'Autorité de la concurrence doivent-ils se voir notifier la demande ? *Quid* des victimes des pratiques en cause ? Faut-il tenir compte de toutes les autorités publiques qui ont vocation à devenir partie à l'instance de recours devant la Cour d'appel de Paris (…) ?

[3] CE, avis, 4 avril 2005, n° 273517.

[4] Art. R. 811-1 CJA.

Alors, si l'on retient que la notification de la demande d'homologation à ceux qui « auraient eu la qualité de partie » vaut convocation à l'instance et qu'elle conduit à ce que chacun des destinataires y ait été « régulièrement appelé », leur difficile identification ressurgirait sur celle des titulaires du droit d'interjeter appel. La liste serait possiblement longue, ce dont pâtirait le caractère exceptionnel du contentieux relatif à l'homologation de la transaction administrative.

Si l'on retient, à l'inverse, que cette notification ne vaut pas convocation à l'instance, seules les parties à la transaction pourraient accéder à la qualité de partie en première instance et deviendraient ainsi titulaires du droit de faire appel. Alors, que ce soit en première instance ou pour l'exercice du recours, l'accès au prétoire du juge administratif serait strictement réservé au contrevenant ayant, dans un premier temps, accepté le processus de transaction et à la DGCCRF. Aucun autre acteur, privé ou public, ne semblerait en mesure d'y faire porter sa voix. Pourtant l'homologation, si elle est acceptée, a pour effet de « transmuter »[1] la transaction en une décision juridictionnelle de première instance dont le contenu est purgé de tout vice, fermant ainsi la voie à toute contestation future de sa validité.

Aucune de ces deux alternatives ne convainc pleinement. L'incertitude est profonde et renforce les caractères inopportun et inapproprié des conséquences qui résulteraient de cette qualification de transaction administrative.

490. Acteurs de l'instance en contestation de validité. Non homologuée, la transaction administrative est un contrat administratif qui produit, entre les parties, un effet extinctif[2]. Elle est exécutoire et peut faire l'objet des recours ouverts contre tout contrat administratif[3] : recours en contestation de validité par les parties[4] mais aussi recours de pleine juridiction « par tout tiers […] susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses »[5]. La liste des potentiels titulaires du droit d'action redevient longue : que l'on songe à tout concurrent ou association de consommateurs qui estimerait les injonctions ou sommes proposées insuffisantes ou contesterait la réunion des conditions de recours à cette procédure dérogatoire telles que fixées par le Code de commerce. Se poserait de

[1] G. DE LA TAILLE, « Du plomb à l'or : la transmutation des transactions par leur homologation », *AJDA,* 2014, p. 50.
[2] Longtemps assimilé à l'autorité de chose jugée, par référence à la formule de l'ancien art. 2052 C. civ.
[3] A. ZARCA, « Questions sur l'annulation des transactions », *AJDA,* 2013, p. 506.
[4] Substantiellement remodelé par CE, ass., 28 décembre 2009 *Commune de Béziers,* n° 304802 (dit « Béziers I »).
[5] CE, ass., 4 avril 2014 *Département du Tarn et Garonne*, n° 358994. Ces tiers peuvent alors invoquer tous les moyens relatifs aux « vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont [ils se prévalent] ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

nouveau la question de la recevabilité de ce type d'action et le juge pourrait filtrer l'accès à son prétoire via l'appréciation souveraine qu'il porte sur l'intérêt à agir du requérant.

491. Une incertitude menaçante pour l'attractivité du dispositif. Un auteur a relevé que « le nombre de personnes susceptibles d'attaquer une transaction administrative est bien supérieur à celui qui aurait compétence à saisir la juridiction judiciaire d'une transaction civile »[1]. Le caractère hybride du dispositif étudié empêche de l'insérer pleinement et de manière satisfaisante dans l'une ou l'autre de ces qualifications. Il en résulte plusieurs difficultés, à commencer par celle tenant à ce que la liste des titulaires potentiels du droit d'en contester le résultat devant un juge est délicate à dresser. Pourtant, l'instabilité juridique résultant d'une possible remise en cause judiciaire d'un tel processus est susceptible d'en réduire fortement l'efficacité. La question est d'importance et ce flou préjudiciable à l'attractivité du dispositif. Voyons si les choses sont plus claires concernant la matière de l'instance de recours.

B. Matière de l'instance de recours ayant pour objet une transaction

492. Établissement de la matière litigieuse, incertitudes sans grande conséquence. Il a été vu que la répartition des rôles entre juge et parties quant à l'établissement de la matière litigieuse donnait lieu à un rapprochement largement observé entre la procédure civile et le contentieux administratif. Les doutes qui persistent quant à la juridiction compétente pour connaître du recours contre un acte transactionnel de la DGCCRF sont donc, sur ce plan, sans grande conséquence, sauf au sujet des quelques divergences persistantes qui ont été identifiées[2].

À titre d'illustration, les parties auront toujours à leur charge l'allégation tant des moyens de fait que de moyens de droit. Cette solution vaudrait si le recours relevait de la compétence des juridictions administratives : le contentieux administratif met systématiquement une telle allégation à la charge des parties. Elle vaudrait également s'il relevait de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire : la juridiction compétente, qu'elle soit le Tribunal judiciaire, le Tribunal de commerce ou la Cour d'appel de Paris[3], serait le plus souvent saisie par

[1] G. CHAVRIER, article précité. Précisons qu'outre les recours que nous venons de présenter, l'auteur envisage d'autres recours possibles lorsque la transaction est mise en œuvre par un délégataire ou par une collectivité territoriale. Les autorités centrales (préfet notamment) peuvent alors exercer un recours et certains tiers peuvent contester la validité du processus d'adoption de la décision de transiger (par une assemblée délibérante quelconque) ce qui n'est pas envisageable dans notre champ car le ministre dispose d'un pouvoir propre de transiger (CE, 23 décembre 1887 *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins,* n° 66833). En notre matière, la tendance pourrait être différente, si ce n'est inverse, concernant les personnes susceptibles d'intervenir à l'instance d'homologation.
[2] Principalement pouvoir de « cristallisation de l'instance » et de relever d'office de très nombreux moyens dont dispose le juge administratif et possibles divergences quant aux modalités d'établissement de la preuve. V. *supra.*
[3] Sur ces incertitudes et les hypothèses formulées v. *supra*, n° 161 et s.

assignation[1] et/ou nécessiterait la représentation par avocat[2] ; circonstances dans lesquelles les parties invoquent systématiquement les moyens de droit[3].

493. Contenu de la matière litigieuse : la validité d'un acte conventionnel au cœur des débats. Quel que soit le juge saisi, c'est toujours la validité d'un acte, de sa procédure et de ses modalités d'adoption qui sont au cœur des débats ; y compris lorsque le recours ne tend qu'à l'homologation[4]. La différence tient au fait qu'il ne s'agit plus d'un acte administratif unilatéral mais d'un acte conventionnel : une transaction civile ou administrative. Les arguments susceptibles d'être avancés et les questions posées sont donc relatifs à la validité du processus transactionnel et de son résultat. Ils sont une nouvelle fois corrélés et limités par l'ampleur du contrôle opéré par le juge et par les pouvoirs dont il dispose. Or ces éléments sont susceptibles d'être impactés par le seul caractère négocié du dispositif et de l'acte à l'adoption duquel il aboutit. Il convient donc de leur consacrer quelques développements spécifiques.

§ II – Procédure négociée, acte transactionnel et modification de l'office du juge

494. Gradation. Si l'hypothèse de la qualification de transaction – civile ou administrative – n'est pas la plus probable, la dimension conventionnelle ou, à tout le moins, le caractère accepté du dispositif envisagé semble indiscutable. Or tous sont susceptibles d'avoir un impact tant sur les dimensions du contrôle opéré par le juge (A) que sur les pouvoirs dont il dispose (B).

A. Procédure négociée, acte accepté et dimensions du contrôle juridictionnel

495. Caractère négocié et réduction du champ du contrôle juridictionnel[5]. La loi semble concevoir le dispositif de « transaction » proposée par la DGCCRF comme un véritable

[1] Il est en effet peu probable que l'enjeu du litige soit si faible (inférieur à 5000€) qu'il permette aux parties de saisir le Tribunal judiciaire par requête (art. 750, al. 2 CPC) ou que la partie sanctionnée et les services de la DGCCRF s'entendent pour aller saisir la juridiction par requête conjointe (art. 750, al. 3, art. 854, 900 et 926 CPC).
[2] C'est le principe tant devant le Tribunal judiciaire (art. 760 CPC) que devant la Cour d'appel (art. 899 CPC) sauf à ce qu'il soit fait une application extensive de la dispense de représentation qui gouverne la procédure de recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris. Même dans cette hypothèse, nous avons vu que les parties se font le plus souvent assister et/ou représenter par avocat.
[3] Qu'elles y aient intérêt ou l'obligation. Sur cela v. *supra*, n° 300.
[4] Car le contrôle du juge préalable à sa décision d'homologuer, ou non – approfondi pour le juge administratif, plus léger pour le juge judiciaire – porte sur la légalité du processus transactionnel et de son résultat, notamment au regard de l'ordre public.
[5] Quelques précisions sémantiques méritent d'être apportées. Des débats existent quant aux qualifications d'acte ou de procédure « alternatif » ou « négocié », voire « accepté » ou « transactionnel ». Un auteur avance que le qualificatif de procédure « négociée » ne serait véritablement adapté qu'à la procédure d'engagements. Les autres procédures (la transaction – mise en œuvre par la DGCCRF : art. L. 464-9 C. com. ou par l'Autorité de la concurrence : art. L. 464-2, III C. com. – et la clémence : art. L. 464-2, IV C. com.) reposant certes sur une « discussion » entre l'autorité compétente et les opérateurs concernés mais cette discussion serait déséquilibrée du fait que plane au-dessus de ces opérateurs la menace d'une sanction plus lourde s'ils sortent de ce cadre et en reviennent à la procédure « classique » (E. CLAUDEL, « Procédure négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder ! », *Concurrences,* n° 4-2015, art. n° 75896).

dispositif négocié puis accepté par l'entreprise concernée[1]. Cette « dimension conventionnelle » ou « transactionnelle », bien que la chose puisse paraître délicate à concevoir, n'est pas exclusive du caractère coercitif de l'acte adopté au terme de sa mise en œuvre.

Or l'étude d'autres dispositifs alternatifs mis en œuvre par l'Autorité de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles nous a conduit au constat que l'étendue du contrôle opéré par le juge à leur égard pouvait pâtir de cet élément[2]. Ainsi en est-il de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, rebaptisée « transaction »[3], à l'occasion de laquelle l'entreprise contrevenante renonce à discuter la réalité des pratiques qui lui ont été notifiées et ainsi à une partie de son droit fondamental à bénéficier d'une procédure contradictoire[4]. Un auteur avance que cet amoindrissement des garanties « doit être rattaché à la volonté de la partie de s'y soumettre et constitue la contrepartie de la réduction de la sanction »[5]. À la lecture de cette explication, la tendance semble générale et la solution tout à fait transposable au dispositif mis en place en matière de micro-PAC : il s'agit bien d'un dispositif « négocié » ou « accepté » par l'entreprise qui bénéficiera *in fine* d'une réduction des sanctions encourues. Bien qu'aucun aveu ou reconnaissance de responsabilité ne soit nécessaire[6], il se pourrait que l'acceptation et l'exécution des mesures proposées vaillent renonciation à contester la réalité des pratiques en cause et conduisent de ce fait à priver le juge du pouvoir de porter sur elles une quelconque appréciation, notamment quant à leur réalité ou à leur étendue. Si un moyen tendant à contester ces éléments était invoqué devant lui, le juge pourrait décider de soulever une fin de non-recevoir dont le fondement est incertain, de même que sa conformité au droit au recours effectif[7].

Il est délicat d'affirmer sans nuance une préférence pour une expression plutôt qu'une autre. Dans un souci d'alléger le propos nous aurons indifféremment recours à ces différentes expressions. Nous rejoignons Mme Claudel qui explique que le vocable le plus approprié serait celui de « procédures alternatives ou complémentaires à la sanction » proposée par l'Autorité de la concurrence. Sa lourdeur nous conduit néanmoins à en écarter l'usage répété. Sur tout cela v. *supra*, note sous n° 319.

[1] Les art. L. 464-9 et R. 464-9-1 et s. C. com renvoient à une « proposition de transaction » (« leur proposer de transiger »), à un délai laissé à l'entreprise pour « l 'accepter » etc. La doctrine mobilise, elle aussi, le champ lexical de la matière conventionnelle en la matière (v. *supra*, n° 165).

[2] V. *supra*, n° 314 et s.

[3] Par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.* V. art. L. 464-2, III C. com.

[4] L'entreprise qui conteste la réalité des pratiques notifiées perd le bénéfice de cette procédure (Com., 29 mars 2011 *Sté Manpower et a.,* n° 10-12913 et 10-1368). Les seuls éléments qu'elle peut discuter sont la gravité de la pratique et l'ampleur du dommage causé à l'économie (CA Paris, 21 septembre 2004 *Sté Dexxon*, n° 2003/18636).

[5] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 546.

[6] Un tel aveu est d'ailleurs explicitement exclu du dispositif de transaction devant l'Autorité de la concurrence : CA Paris, 29 janvier 2008 *SA Le Goff Confort,* n° 2006/07820 qui juge que la non-contestation des griefs « ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité ».

[7] Ces deux mises en garde ont été formulées à l'égard de la fin de non-recevoir opposée par le juge de recours saisi d'une décision de l'Autorité de la concurrence prise au terme d'une procédure de non-contestation des griefs : E. BARBIER DE LA SERRE, « De l'estoppel devant la cour d'appel », note sous CA Paris, 29 mars 2012 *Lacroix*

Le contrôle du juge ne porterait alors que sur la gravité des pratiques relevées et sur le quantum des sanctions prononcées. Y seraient soustraites la réalité desdites pratiques, leur qualification juridique par les services du ministère, ainsi que leur imputabilité à l'entreprise en cause[1].

496. Procédure négociée, acte accepté, nature conventionnelle et réduction possible de l'intensité du contrôle juridictionnel. Afin d'affiner ce parallèle avec les procédures négociées mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence, il est possible de mobiliser une sous-distinction peu claire à laquelle s'est essayée la Cour d'appel de Paris. Dans un arrêt de 2010[2], les magistrats spécialisés ont tenté de distinguer la procédure de clémence de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs par un raisonnement dont il pourrait être tiré des conséquences à l'égard du processus à l'étude[3].

En premier lieu, la Cour réaffirme que la procédure de clémence repose « pour l'essentiel sur une négociation » entre l'entreprise qui en a sollicité la mise en œuvre et le Conseil (actuelle Autorité) de la concurrence[4]. Elle poursuit en affirmant, à propos de la procédure de non-contestation des griefs, que « ce dispositif est en principe légal » et ne donne pas lieu « à un contrat ». En second lieu, la Cour en tire des conséquences sur le terrain du contrôle juridictionnel : la procédure de clémence et son résultat donnent lieu à un contrôle qui s'apparente à un strict contrôle de légalité par lequel le juge se contente de « vérifier la licéité de l'accord de clémence au regard de l'article L 464-2-IV »[5]. En revanche, la procédure de non-

---

et a., n° 2011/01228, *RLC*, n° 2012/32, p. 89. D'ailleurs, la CJUE a abandonné cette solution tendant à déclarer irrecevable un tel recours en contestation de la réalité des pratiques en expliquant qu'en l'absence de texte prévoyant une telle fin de non-recevoir, le risque existait qu'il en résulte une atteinte illicite au droit au recours effectif, CJUE, 1er juillet 2010 *Knauf c/ Commission*, aff. C-407/08 (spéc. § 91).

[1] Sur la crainte inspirée par un arrêt au terme duquel la Cour d'appel de Paris semblait avoir étendu la renonciation résultant d'une procédure de transaction devant l'Autorité de la concurrence au droit de contester le montant de la sanction infligée devant le juge de recours (CA Paris, 6 juillet 2017, n° 2017/07296) et au revirement bienvenu de cette solution vivement critiquée (par CA Paris, 13 juin 2019, n° 18/20229) v. nos développements *supra*, n° 319.

[2] CA Paris, 19 janvier 2010, n° 09/00334.

[3] Pour rappel, la procédure de clémence est mise en œuvre avant toute notification des griefs et peut conduire à une exonération totale ou partielle de sanction qui est fonction de « la contribution apportée à l'établissement de l'infraction » par les éléments fournis par l'entreprise concernée aux services de l'Autorité (art. L. 464-2, IV C. com). La procédure de transaction, elle, est, depuis 2015, mise en œuvre après notification des griefs au profit et sur sollicitation de l'entreprise mise en cause qui renonce à contester les griefs notifiés. Alors, le rapporteur général lui propose un montant minimal et un montant maximal de la sanction qui pourra être prononcée à son encontre (art. L. 464-2, III C. com.). Avant 2015, la procédure de non-contestation des griefs ne reposait que sur une proposition de réduction du plafond de la sanction encourue (en principe de 50%) par le rapporteur général.

[4] Ce n'est que la reprise d'un raisonnement au terme duquel la Cour avait procédé à une dissociation du dispositif de clémence et de la procédure de sanction qui se déroule devant le Conseil de la concurrence. V. CA Paris, 24 avril 2007 *Sté JH industries et Sté Malerba*, n° 06/06912, qui écarte, à l'égard de l'accord de clémence, l'application de l'art. 6 §1 Conv. EDH et du principe du contradictoire aux entreprises dénoncées, mises en cause dans la procédure et qui n'ont pas bénéficié de la clémence, au motif que dans sa mise en œuvre, le Conseil « ne prend aucune mesure de nature à affecter l'exercice ultérieur, par ces dernières, de leurs droits de la défense ».

[5] CA Paris, 19 janvier 2010, précité, § E. 61 : « l'utilisation de [la procédure de clémence], qui relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confiée au Conseil puis à l'Autorité de la concurrence (AdlC), repose pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux

contestation des griefs et son résultat donnent, eux, lieu à un recours et un contrôle « de plein contentieux devant la cour d'appel de Paris » à l'occasion desquels les entreprises peuvent, notamment, contester « l'insuffisante indulgence de l'Autorité à leur égard »[1].

C'est ainsi *a priori*, dans le premier cas, le caractère négocié du dispositif qui en justifie un strict contrôle de légalité et, dans le second, le caractère « légal » et l'absence de « contrat » qui justifient un contrôle de pleine juridiction. La distinction reste toutefois peu claire.

Nul besoin de revenir sur les variations dont peut faire l'objet l'intensité du contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir ou sur le contrôle invariablement approfondi exercé par le juge de plein contentieux[2]. S'il est certain, en l'état actuel de la jurisprudence, que le caractère « accepté » d'un dispositif peut entraîner une réduction du champ de ce contrôle ; il est délicat de savoir si c'est à un tel caractère, à une dimension véritablement « négociée » ou encore à l'existence d'un dispositif de nature conventionnelle que la Cour de Paris s'attache pour déterminer le type de recours dont elle s'estime saisie et, dans le même temps, l'intensité – invariablement forte ou possiblement réduite – du contrôle qu'elle opère.

Il est peu probable que ce soit au premier que la Cour s'attache[3]. Si c'est à la seconde – la dimension négociée du dispositif – qu'elle le fait et que le juge administratif faisait sienne une telle solution, le dispositif applicable aux micro-PAC pourrait être concerné[4] : en plus de donner lieu à un contrôle moins ample, il serait alors susceptible de donner lieu à un contrôle moins intense. Si c'est à la troisième, c'est au terme d'un choix fait quant à la nature (conventionnelle,

---

de la cour d'appel de paris ». Par conséquent, l'entreprise qui a accepté la proposition du Conseil est « irrecevable à invoquer avec force une meilleure prise en compte de ses efforts concrets et avérés de réorganisation et de modernisation, destinés à rétablir le jeu normal de la concurrence » ; la Cour d'appel a pour seule compétence de « vérifier la licéité de l'accord de clémence au regard de l'article L. 464-2-IV ».

[1] Même arrêt, § E. 62 : « Considérant que lorsqu'une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité, anciennement le Conseil, de prononcer une sanction qui tienne compte de l'absence de contestation ; que dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié ;
Considérant que ce dispositif est en principe légal et n'a en tout cas pas donné lieu en l'espèce à un contrat entre le Conseil et les entreprises, puisque ces dernières ont au contraire contesté jusque devant l'instance de décision la réduction que leur proposait le Rapporteur ; que dans ce cadre, il est toujours loisible aux entreprises concernées de contester au plein contentieux devant la cour d'appel de Paris l'insuffisante indulgence de l'Autorité ».

[2] V. *supra*, n° 320 et n° 382.

[3] Cela car l'acceptation caractérise aussi la procédure de non-contestation des griefs – actuelle transaction – conduite par l'Autorité de la concurrence. La distinction ne peut donc être opérée sur ce critère.

[4] À condition que le juge y décèle un véritable caractère négocié et non simplement accepté, ce qui nous semble probable. Le dispositif applicable au micro-PAC conduit à la fixation d'un montant définitif et limité par un plafond fermement établi de la sanction pécuniaire qui sera prononcée en cas de bonne exécution de ses obligations par l'entreprise. Il s'agit d'engagements fermes et définitifs qui présentent une certaine réciprocité, ce dont on peut déduire qu'ils sont fixés au terme d'une forme de négociation (bien que quelque peu déséquilibrée à notre sens, nous y reviendrons). À l'inverse, dans l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, le rapporteur ne proposait qu'une fourchette à l'entreprise, laquelle n'avait rien de précis, de ferme ni de définitif puisqu'il appartenait *in fine* au collège du Conseil ou de l'Autorité de s'y tenir, ou non.

ou non) du dispositif que le juge administratif se mettra en mesure de faire varier, ou non, l'intensité de son contrôle. Dans un ou l'autre cas, s'il décidait de faire varier le type de recours dont il est saisi en fonction de tels critères, il ne s'agirait plus d'une simple réduction du champ du contrôle mais d'une véritable transformation de son office et de ses pouvoirs.

B. Procédure négociée, nature conventionnelle de l'acte et pouvoirs du juge

497. Caractère négocié du dispositif et conséquences incertaines sur le panel des pouvoirs du juge. L'hypothèse peut être formulée qu'en matière de lutte contre les micro-PAC, le juge administratif, s'inspirant de son homologue de la Cour d'appel de Paris, décide de tenir compte du seul caractère négocié de l'acte et du dispositif dont il est saisi pour déterminer le type de recours ouvert contre les transactions proposées par la DGCCRF[1]. S'en tenant à l'office d'un juge de la légalité, il se trouverait alors saisi d'un recours pour excès de pouvoir exercé contre un acte hybride à plusieurs égards – entre unilatéral et négocié, entre négocié et répressif – qu'il ne pourrait réformer.

Toutefois, les conséquences sur le terrain des pouvoirs dont il dispose seraient à relativiser. En premier lieu, nous avons vu que le juge de l'excès de pouvoir dispose aujourd'hui d'outils et pouvoirs – notamment d'injonction – qui le rapprochent de son homologue de plein contentieux. Par ailleurs, l'équilibre et le caractère négocié du dispositif semblent peu compatibles avec la réformation unilatérale de l'acte qui en a résulté par le juge : puisqu'il n'entre pas de son office de « négocier » avec les parties, il ne dispose pas des moyens de réformer l'acte annulé. Même s'il s'estimait investi d'un pouvoir de pleine juridiction, l'annulation devrait donc, bien souvent, le conduire à renvoyer l'affaire aux services du ministère. Ces derniers pourraient alors soit tenter de convenir d'une nouvelle solution avec l'entreprise contrevenante, soit renvoyer l'affaire à l'Autorité de la concurrence ; cette seconde solution paraissant plus probable après un premier échec du processus dérogatoire.

498. Nature conventionnelle et réduction des pouvoirs du juge. Si le dispositif envisagé et l'acte à l'adoption duquel il conduit se voyaient reconnaître une pleine nature conventionnelle, notamment via la qualification de transaction (administrative ou civile), les pouvoirs du juge pourraient s'en trouver encore bien davantage limités. La solution varierait néanmoins selon l'objet du recours et, surtout, selon le juge compétent pour en connaître.

[1] Pour rappel, si la nature conventionnelle de l'acte n'est pas pleinement reconnue, le recours relèvera de la compétence des seules juridictions administratives.

Saisi d'une demande d'homologation, le juge administratif reste habilité à annuler l'acte en question, c'est même une conséquence directe de son refus d'homologuer[1]. Le juge judiciaire saisi d'une telle demande ne dispose en revanche pas d'un tel pouvoir et doit soit procéder à l'homologation, soit se contenter de rejeter la demande.

Lorsque l'instance a pour objet la contestation de la validité de la transaction, l'ampleur du contrôle variera encore selon que la compétence revient au juge judiciaire – qui opère un contrôle peu approfondi sur le consentement libre des parties et le respect des dispositions d'ordre public[2] – ou au juge administratif – lequel procède à un contrôle plus approfondi du contenu de la transaction en s'interrogeant notamment sur l'existence de concessions réciproques et non disproportionnées[3]. Quel qu'il soit, le juge saisi disposerait au terme de son contrôle du seul pouvoir de rejeter le recours ou d'annuler l'acte sans être en mesure de le réformer : modifier le contenu d'un acte à coloration répressive convenu entre l'administration et un administré, sans l'accord de ce dernier, reviendrait pour le juge à annihiler l'équilibre du dispositif et la nature conventionnelle, par hypothèse consacrée, de l'acte auquel il doit aboutir. Cela le conduirait à priver l'entreprise en cause de certaines garanties dont elle doit pourtant bénéficier et à se substituer aux autorités spécialisées dans l'exercice de certaines de leurs prérogatives. Tel n'est pas son office. Le juge doit dès lors s'en tenir à son pouvoir d'annulation.

Le caractère négocié et/ou la qualification de transaction sont ainsi susceptibles de conduire à une réduction du champ du contrôle et à des variations de son intensité. Elles rendent par ailleurs délicate l'appréhension des pouvoirs dont dispose le juge saisi du recours. C'est encore l'incertitude qui règne. L'indiscutable coloration répressive du dispositif aurait mérité qu'une plus grande attention soit accordée à la question du contrôle juridictionnel.

Conclusion du Chapitre 2

499. Les réformes par lesquelles de nombreux pouvoirs ont peu à peu été confiés aux autorités gouvernementales dans la mise en œuvre du droit de la concurrence n'ont bien souvent été

[1] CE, 10 février 2014 *SA Genica,* n° 350265. V. à ce sujet L. JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse ? », *RDP,* 2007, p. 907 et A.-L. PONSARD, thèse précitée, p. 301 et s.

[2] X. LAGARDE, « Ordre public et transaction », *D.*, 2000, p. 217 et M. REVERCHON-BILLOT, *v°* « Transaction – Le régime de la transaction », *Rép. proc. civ.*, n° 75 et s. Pour un arrêt qui rappelle que le contrôle du juge se limite à la qualification de l'accord et à sa conformité à l'ordre public, v. Civ. 2ème, 26 mai 2011, n° 06-19527.

[3] Ce contrôle passe par le truchement de la jurisprudence interdisant aux personnes publiques de consentir des libéralités (CE, sect., 19 mars 1971 *Mergui,* n° 79962), laquelle a été étendue aux personnes privées (CE, sect., 17 mars 1978 *SA Entreprise Renaudin*, n° 95331). V. A.-L. PONSARD, thèse précitée, p. 501 et s. En outre, le juge administratif veille à l'existence d'un consentement libre et éclairé des parties et à l'absence de contrariété du processus transactionnel et de son résultat aux règles d'ordre public (*ibid.,* p. 301 et s.).

accompagnées d'aucune réflexion ni disposition relative aux recours dont doivent pouvoir faire l'objet les procédures diligentées et actes adoptés par ces autorités. Dès lors, le droit commun a d'abord dû être mobilisé sur le terrain de la compétence. Il a conduit à la désignation des juridictions administratives de premier degré pour connaître, à un doute près, de l'ensemble de ces recours sur lesquels elles statuent par des décisions susceptibles d'appel. L'expansion du juge administratif dans le champ de la concurrence est confirmée.

Faute de disposition spécifique, le droit commun a également dû être mobilisé pour déterminer les modalités procédurales d'exercice puis de traitement de ces recours. Puisqu'ils revêtent, pour la plupart, une indiscutable dimension répressive, ces actes du ministère de l'Économie doivent pouvoir faire l'objet d'un recours de pleine juridiction. Si la rare matière prétorienne ne nous a pas permis de vérifier avec certitude l'hypothèse d'un juge prêt à se faire régulateur, quelques indices laissent à penser que cette dynamique déjà observée ailleurs ne devrait pas être perturbée par l'appartenance des auteurs des actes envisagés au pouvoir exécutif.

Surtout, il est apparu que certains outils issus du droit commun sont inadaptés aux impératifs de la matière. Ainsi en est-il des modalités par lesquelles peut être obtenu le sursis à exécution des décisions de la DGCCRF ou la protection juridictionnelle du secret d'affaires dans le cadre des procédures conduites par ses services. Il peut être regretté que les dispositifs spécifiques au contentieux judiciaire de la concurrence ne trouvent pas à s'appliquer à ces pans de la matière. Le juge pourrait tenter, tant bien que mal, de s'en sortir en adaptant les outils dont il dispose ; ce qui peine à satisfaire eu égard à l'importance des intérêts en jeu, à la complexité de la matière et à l'ampleur des sanctions encourues.

Enfin, il a été observé que le caractère négocié et l'incertaine nature de la « transaction » mise en œuvre par la DGCCRF en matière de micro-PAC pourraient conduire à une modification des éléments de l'instance de recours, mais également à une réduction du champ, voire de l'intensité du contrôle opéré par le juge à son égard. Ce constat s'inscrirait dans un mouvement plus large, déjà évoqué et sur lequel nous reviendrons. En définitive, c'est une profonde incertitude qui règne sur les modalités du contrôle juridictionnel de ce dispositif, ce qui constitue une menace tant pour son attractivité que pour les droits des entreprises qui acceptent de s'y engager.

Pour achever cette étude comparative du droit positif, il reste à envisager le régime et les modalités de recours contre les actes adoptés par les autorités relevant du pôle juridictionnel.

Chapitre 3 : Le recours contre un acte du juge

500. Recensement des actes. Un troisième et dernier pôle d'autorités nationales habilitées à faire application, en « premier ressort », des règles de concurrence a été identifié : il est composé de juridictions judiciaires spécialisées et des juridictions administratives de droit commun. Nous l'avons qualifié de pôle juridictionnel.

Au sein de l'ordre judiciaire, ce sont seize tribunaux spécialisés[1] qui interviennent dans la mise en œuvre de deux corps de règles[2]. Les premières tendent à tirer les conséquences civiles de la commission d'une pratique anticoncurrentielle – indemnisation, nullité et restitutions qu'elle engendre – il s'agit du *private enforcement.* Les secondes tendent à faire cesser, à tirer les conséquences civiles et à sanctionner la commission d'une pratique restrictive de concurrence[3] – cessation de la pratique, indemnisation, annulation de la clause ou du contrat qui en a été le support, restitutions qu'elle engendre et prononcé éventuel d'une amende civile.

En l'absence de disposition spécifique, les tribunaux administratifs ont, eux, tous vocation à faire application de trois corps de règles, dont deux sont partagés avec leurs homologues judiciaires. Les premières tendent à tirer les conséquences – sur les terrains contractuel, de la responsabilité et de la légalité – de la commission d'une pratique anticoncurrentielle intervenue dans un rapport de droit dont l'un des éléments au moins permet un rattachement à la compétence du juge administratif[4]. C'est ce qui a été qualifié de « *private enforcement* administratif ». Les deuxièmes, dont les modalités d'application par le juge administratif sont incertaines, consistent à tirer les conséquences indemnitaires de la rupture brutale d'une relation commerciale établie ayant eu pour support un contrat administratif[5]. Les dernières résultent de

[1] Huit tribunaux de commerce et huit tribunaux judiciaires (v. *supra*, n° 214).

[2] Il existe un contentieux civil des concentrations qui est à la fois contractuel – le juge étant amené à se prononcer sur les modalités de conclusion puis d'exécution des contrats rendus nécessaires par les éventuelles mesures correctives subordonnant la délivrance de l'autorisation – et un contentieux de la responsabilité – le juge tirant alors les conséquences, sur ce terrain, de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de leurs obligations par les parties à la concentration. Il est néanmoins un contentieux consécutif, parallèle qui se situe donc à la périphérie de notre étude. V. à son sujet F. BLANC, thèse précitée, p. 301-339.

[3] Pratiques générales visées par les art. L. 442-1 à L. 442-3 C. com. et pratiques spécifiques à certains secteurs envisagées par les art. L. 442-7 et L. 442-8. Nous avons écarté du champ de l'étude la revente à perte et le prix minimal imposé qui font l'objet d'une sanction pénale (art. L. 442-5 et L. 442-6). Sur les raisons de ce choix v. *supra*, n° 43.

[4] Sur les critères et le développement de cette compétence v. *supra*, n° 221 et s.

[5] Il a été relevé qu'il n'était pas certain que le juge administratif fasse, à l'avenir, application du dispositif prévu par l'art. L. 442-1 C. com. en présence d'une clause habilitant la personne publique partie au contrat à en prononcer unilatéralement la résiliation pour motif d'intérêt général. Il a également été fait mention d'autres difficultés qui pourraient résulter de cet octroi récent, au juge administratif, d'un champ de compétence en la matière. Enfin, nous avons émis l'hypothèse que ce revirement pourrait, dans un avenir proche, être étendu à l'ensemble du contentieux des pratiques restrictives de concurrence trouvant sa source dans un contrat administratif. Sur tout cela v. *supra*, n° 246 et s.

la mise à l'écart de la compétence de l'Autorité de la concurrence pour faire application du dispositif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dès lors qu'est en cause la légalité d'un acte administratif, un comportement qui n'en est pas détachable ou un acte ou comportement indissociable de l'exercice de prérogatives de puissance publique[1]. Dans de telles circonstances, les juridictions administratives sont alors conduites à faire application, en premier ressort, des dispositions de l'Ordonnance de 1986 aujourd'hui codifiées.

C'est le recours contre les actes adoptés, dans ces différents cadres, par les juridictions judiciaires ou administratives compétentes qui fera l'objet du présent chapitre.

501. Un recours classique exercé contre un jugement qui présente des spécificités. Le recours étudié est ainsi exercé contre le jugement d'une juridiction de première instance – spécialisée ou non. Hormis d'éventuelles questions de spécialisation et de compétence déjà étudiées, les modalités de ce recours ne présentent aucune spécificité apparente.

De prime abord, cette description sommaire conduit le processualiste à se placer sur le terrain des voies de recours ordinairement ouvertes contre tout jugement et ainsi à envisager l'appel et l'opposition tels qu'ils sont organisés par le droit commun[2]. Il s'agirait alors de présenter ce droit commun et de s'en tenir à une comparaison entre les voies de recours ordinaires de la procédure civile et celles du contentieux administratif. Or tel n'est pas l'objet de la présente recherche. La démarche consiste toujours à identifier les principales caractéristiques des recours exercés contre les actes des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence, quelle qu'en soit la nature, afin de les comparer, de les confronter et d'en appréhender les éventuelles disparités. Elle implique d'accorder une importance particulière à ces éléments sans prétendre à l'exhaustivité. De surcroît, bien que s'insérant *a priori* parfaitement dans les catégories traditionnelles du droit processuel, les jugements susceptibles de faire l'objet des recours ici envisagés présentent des singularités qui pourraient avoir des conséquences sur les modalités de mise en œuvre de son contrôle par le juge qui en est saisi.

502. Démarche. Dès lors, pour aborder cette étude, nous conserverons l'essentiel de la structure jusqu'ici mobilisée qui demeure adaptée. Après avoir exposé les éléments qui composent l'instance à la naissance de laquelle l'exercice des recours envisagés donne lieu (Section 1), il nous faudra nous intéresser à l'office du juge qui s'en trouve saisi (Section 2). Reste que la nature juridictionnelle des actes concernés offre de sérieuses indications quant au type de

[1] C'est, brièvement résumée, la ligne de partage posée par TC, 18 octobre 1999 *Préfet Région Ile-de-France c/ CA Paris et Aéroports de Paris et Air France c/ TAT Airlines***,** n° 03174, sur laquelle v. *supra*, n° 133.
[2] L'art. 527 CPC les qualifie tous deux de « voies ordinaires de recours ».

recours dont il s'agit. Or parvenir avec certitude à le qualifier d'appel permettrait de tirer des conséquences non négligeables pour la suite des développements. Par conséquent, nous consacrerons quelques préliminaires à cette question (Section préliminaire).

Section préliminaire : Nature et principaux effets du recours

503. Un simple appel ? De prime abord, les éléments semblent réunis pour que le à l'étude prenne la forme d'un appel de droit commun, ce dont il pourrait être tiré d'utiles enseignements.

La démarche consistera donc à approfondir cette intuition pour établir avec certitude qu'il s'agit bien, en toutes hypothèses, d'un tel recours ; démonstration dont il pourra être tiré de premières conclusions quant aux conditions de son ouverture (§ I). Ensuite, sans revenir avec détail et exhaustivité sur le régime de l'appel civil ou administratif – ce qui serait superflu et d'un apport bien limité – nous porterons la focale sur certains des principaux effets qui résultent de cette qualification et qui sont susceptibles de présenter un véritable intérêt pour notre approche comparative (§ II).

§ I – L'appel d'un jugement rendu en premier ressort

504. Quelques doutes. Une analyse un peu plus fouillée du recours à l'étude conduit au constat que sa qualification n'est pas toujours si évidente qu'elle pourrait apparaître en première analyse. Il nous faudra par conséquent lever certains doutes avant de conclure avec certitude qu'il s'agit, en toutes hypothèses, d'un appel (A) ; ce dont nous pourrons tirer d'importants enseignements quant aux conditions d'ouverture dudit recours (B).

A. Qualification d'appel

505. Analyse en droit judiciaire privé : l'évidente qualification d'appel. La nature du recours envisagé semble ne faire guère de doute au regard de l'analyse civiliste : l'appel est la voie de recours ordinaire par excellence[1] et les textes spéciaux ne présentent aucune spécificité à cet égard. Il y a dès lors peu de doutes quant à la nature du recours ouvert contre les jugements rendus par les juridictions civiles ou commerciales spécialisées en matière de pratiques

[1] L'art. 527 CPC vise également l'opposition mais celle-ci n'est possible que lorsqu'un jugement a été rendu par défaut, auquel cas elle peut être mise en œuvre par le seul défaillant (art. 571). Or un jugement n'est rendu par défaut que lorsque le défendeur ne comparaît pas, que la citation ne lui a pas été délivrée à personne et surtout que la décision en cause est en dernier ressort (art. 473). Autrement dit ça n'est que lorsque l'appel est fermé et dans de très strictes conditions que l'opposition a vocation à être mise en œuvre. Il s'agit en somme « d'un remède exceptionnel pourtant qualifié de voie de recours ordinaire » (C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, précité, n° 1289). Nous n'en dirons par conséquent guère davantage.

restrictives ou de *private enforcement.* La procédure civile est gouvernée par un principe général et clairement affirmé qu'un jugement est, sauf texte contraire, rendu en premier ressort et susceptible d'appel[1]. Les dispositions spécifiques qui attribuent compétence exclusive à une unique juridiction d'appel – la Cour d'appel de Paris – ne font que s'inscrire dans le champ de ce principe[2]. En l'absence d'autre disposition organisant ce recours, il faut donc considérer qu'il s'agit d'un appel et que le droit commun s'y applique.

506. Analyse en contentieux administratif : levée des doutes. Une incertitude pouvait exister dans les hypothèses où le recours relève de la compétence des juridictions administratives car en contentieux administratif, le régime des voies de recours est, à certains égards, quelque peu confus. Il est parfois enseigné, par une formule prudente, que « la possibilité pour les parties de voir le litige jugé deux fois n'existe que lorsqu'elle est prévue par un texte »[3] et d'autres fois écrit, par une formule générale, que « les jugements rendus en premier ressort sont passibles d'un appel »[4]. En outre, les auteurs insistent toujours, en préambule, sur l'absence de principe constitutionnel ou de principe général du droit imposant la mise en place d'un double degré de juridiction[5]. La situation est la même en procédure civile[6] mais les jugements rendus en premier et dernier ressort y sont systématiquement présentés comme constituant l'exception.

Reste que la lecture du Code de justice administrative témoigne, sur ce plan, d'un état du droit proche de celui qui gouverne la procédure civile. Il apparaît que les cours administratives d'appel sont les juridictions de droit commun compétentes pour connaître des recours exercés contre les jugements des tribunaux administratifs rendus en premier ressort[7]. En outre, il est posé pour principe que les jugements de ces tribunaux sont, sauf texte contraire[8], rendus en

---

[1] Art. 543 CPC : « La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé ».

[2] Pour le *private enforcement,* la dernière phrase de l'art. L. 420-7 C. com. prévoit qu'un décret « détermine également le siège et le ressort de la ou des cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions [spécialisées de première instance] ». L'art. R. 420-5 attribue compétence à la Cour d'appel de Paris. En matière de pratiques restrictives, l'art. D. 442-4, auquel renvoie *in fine* l'art. L. 442-4, III, dispose que « la cour compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris ». À défaut d'autre précision, il faut estimer que la Cour exerce son office classique (sauf quelques spécificités sur lesquelles v. *infra*).

[3] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 501. Cette formule laisse penser que le principe est, en l'absence de texte, l'impossibilité d'interjeter appel d'un jugement de première instance.

[4] M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif,* précité, n° 170.

[5] V. les références précitées. Les auteurs se réfèrent principalement à deux décisions : CE, 17 décembre 2003 *Meyet*, n° 258253, pour l'absence principe général du droit et Cons. const., décision n° 2004-491 DC du 12 février 2004 *Loi complétant le statut de l'autonomie de la Polynésie française,* pour l'absence de principe constitutionnel.

[6] Cons. const., décision n° 2012-243/244/245/246 QPC du 14 mai 2012 *Sté Yonne Républicaine et autre* ; la Cour de cassation juge également que le principe du double degré de juridiction « n'est ni consacré à titre de principe général du droit ayant valeur constitutionnelle, ni exigé par le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention EDH » (v. Civ. 1ère, 3 novembre 2016, n° 15-24189).

[7] Art. L. 321-1 CJA.

[8] Parmi les principales dispositions contraires, qui prévoient des cas dans lesquels des décisions sont rendues en premier et dernier ressort par des tribunaux administratifs, v. art. R. 811-1, al. 2 et s. et art. R. 811-1-1 CJA.

premier ressort et, à ce titre, susceptibles d'appel. En effet, avant d'établir une liste de situations dans lesquelles les tribunaux statuent, par exception, en dernier ressort, l'article R. 811-1 vise bien indistinctement, « toute décision juridictionnelle rendue dans cette instance ».

Nous verrons que l'une des exceptions posées par ce texte est de nature à restreindre l'accès au juge d'appel dans le contentieux considéré. Il n'en demeure pas moins que, faute de disposition générale écartant toute possibilité d'appel applicable à notre champ, il faut considérer que les jugements rendus par les tribunaux administratifs en matière de *private enforcement,* de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, ou sur les actions en réparation consécutives à la commission d'une pratique restrictive de concurrence le sont, par principe, en premier ressort et à charge d'appel. En l'absence de spécialisation d'une quelconque cour pour connaître d'un tel recours, il revient à la partie appelante d'identifier la juridiction territorialement compétente en application du droit commun. Voyons les conditions qui encadrent l'ouverture de ce recours.

B. Conditions d'ouverture de l'appel

507. Devant les juridictions judiciaires. Devant la Cour d'appel de Paris, faute de disposition spécifique, les conditions générales de l'appel en matière civile sont applicables. Outre les conditions de qualité et d'intérêt à agir sur lesquelles nous reviendrons à la section suivante, la Cour doit être saisie dans le délai d'un mois suivant la signification du jugement objet du recours[1] et ne peut valablement l'être que si l'enjeu du litige est d'un montant supérieur à 5000 euros. Lorsque l'enjeu est moindre, la voie du pourvoi en cassation reste seule ouverte[2].

508. Devant les juridictions administratives. Lorsque la matière relève de la compétence des juridictions administratives, la recevabilité de l'appel est également soumise à des conditions relatives à l'intérêt et à la qualité à agir sur lesquelles nous reviendrons. Pour le reste, c'est le délai de forclusion de droit commun de deux mois qui s'applique et qui court à compter de la notification – par voie d'huissier lorsqu'elle est impérative – du jugement objet du recours[3]. En outre, lorsque la demande a un objet indemnitaire, l'article R. 811-1, 8° du Code de justice administrative prévoit que les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort lorsque le montant des indemnités demandées n'excède pas 10 000 euros[4]. Lorsque le jugement litigieux a statué sur une demande indemnitaire relevant du *private enforcement* ou sur une

[1] V. art. 538 et 528 CPC. En l'absence de notification du jugement dans les deux ans de son prononcé, les parties qui ont comparu ne sont plus recevables à interjeter appel (art. 528-1).
[2] En effet, dans une telle situation, tant le tribunal judiciaire (art. 211-3-25 COJ) que le tribunal de commerce (art. R. 721-6 C. com.) statuent en dernier ressort par un jugement insusceptible d'appel.
[3] Délai qui court à compter de la notification ou de la signification du jugement ; v. art. R. 811-2 CJA.
[4] Ce montant et les modalités de sa détermination sont fixés par les art. R. 222-14 et R. 222-15 CJA.

action en réparation consécutive à la commission, dans un rapport de droit public, d'une pratique restrictive de concurrence, il est par conséquent insusceptible d'appel. Seule la voie du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État est alors envisageable.

Lorsque les conditions en sont réunies, l'exercice de l'appel produit systématiquement certains effets généraux qu'il convient désormais d'évoquer.

§ II – Les effets généraux de l'appel

509. Approche transversale. Puisque les recours étudiés relèvent, pour certains, de la compétence d'une juridiction judiciaire spécialisée et, pour les autres, de celle de l'ensemble des juridictions administratives d'appel, seuls les effets transversaux, généraux de l'appel, communs au droit judiciaire privé et au contentieux administratif, seront abordés. À ce stade, il s'agira de propos succincts qui pourront être utilement complétés par les développements proposés dans la suite du chapitre.

Après avoir dit quelques mots de l'absence d'effet suspensif de l'appel (A), nous nous intéresserons à l'effet dévolutif que produit l'exercice de ce recours ordinaire (B) et à l'acte auquel il aboutit : un arrêt susceptible de pourvoi en cassation (C).

A. Absence d'effet suspensif

510. Consécration du rapprochement des deux procédures quant à l'absence d'effet suspensif. La procédure civile d'appel a fait l'objet de nombreuses réformes d'ampleur variable ces dernières années. L'une d'elle[1] a été l'occasion de renverser un principe qui la gouvernait jusqu'alors : les décisions des juridictions de première instance sont, dorénavant, par principe exécutoires à titre provisoire dès leur prononcé[2]. Le principe de l'effet suspensif de l'appel, dont la lettre a été maintenue[3], est à ce point circonscrit qu'il peut être avancé qu'il a été renversé. L'absence d'effet suspensif de l'appel constitue, en droit positif, la solution très largement favorisée tant en procédure civile qu'en contentieux administratif[4].

---

[1] Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 *réformant la procédure civile.*
[2] Art. 514 CPC.
[3] La formule générale de l'art. 539 CPC est maintenue mais elle est reléguée au second plan par les art. 514 et s. Ainsi, formellement, l'appel conserve un effet suspensif mais, en pratique, il ne le produit qu'à de rares occasions.
[4] En contentieux administratif, v. art. L. 4 et R. 811-14 CJA. En procédure civile, la consécration de cette solution dans le Code constitue une évolution davantage symbolique qu'une révolution pratique car la liste des exceptions au caractère suspensif de l'appel était telle et si souvent mise en œuvre que le principe n'en avait déjà plus que l'apparence (v. déjà P. HOONAKKER, *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire,* thèse Strasbourg, 1988). Ainsi, bien qu'avant 2019, le rapport principe/exception était inverse de celui qui régnait déjà en contentieux administratif, il apparaissait qu'en pratique, les solutions étaient déjà assez proches (principalement quant aux conditions pour

Dans le champ étudié, que l'appel soit interjeté devant la Cour d'appel de Paris ou devant la cour administrative d'appel territorialement compétente, il n'aura pas pour conséquence de faire surseoir à l'exécution de la décision de première instance – quand bien même il s'agirait d'une sanction[1]. La suspension ne pourra en être obtenue qu'au moyen de l'emprunt des voies ouvertes par le droit commun pour ce faire.

511. Voies permettant de faire échec à l'exécution provisoire. Le contentieux administratif est marqué par un régime restrictif de sursis à exécution. Si trois voies sont envisagées, deux sont si rigoureuses quant aux personnes habilitées à les mettre en œuvre[2] qu'elles profitent, en pratique, très majoritairement – si non exclusivement – à l'administration. La troisième est très sélective quant aux jugements qui peuvent en faire l'objet et ne peut – sauf rares exceptions – être mise en œuvre pour espérer obtenir la suspension d'un jugement de rejet[3].

La procédure civile offre des voies, d'apparence plus souples, récemment réorganisées. C'est, selon la lettre des textes, le juge de première instance qui est au cœur du dispositif[4] : la partie qui sent que la procédure prend une tournure qui lui est défavorable peut le saisir de conclusions tendant à voir écarter l'exécution provisoire de droit. Le juge y fait droit s'il estime l'exécution provisoire « incompatible avec la nature de l'affaire »[5]. Il peut également en conditionner le rejet à la constitution, par la partie gagnante, d'une garantie suffisante pour répondre de toutes

obtenir ou faire obstacle à l'effet suspensif du recours). V. A. GOUTNER-DIALLO, *L'appel en contentieux administratif,* thèse Université Paris Descartes, 2012, n° 175-203.

[1] Par exemple une amende civile prononcée en matière de pratiques restrictives de concurrence.

[2] L'art. R. 811-15 CJA envisage le sursis « d'un jugement de tribunal administratif prononçant l'annulation d'une décision administrative » et le réserve à l'appelant qui a intérêt au rejet des conclusions à fin d'annulation auxquelles a fait droit le juge de première instance. Or dans la majorité des cas, c'est bien l'administration qui a un tel intérêt en vue de faire rétablir son privilège du préalable. On peut songer au tiers qui aurait intérêt au maintien de la décision annulée en première instance – en notre matière, d'un acte administratif auquel il est reproché de produire des effets anticoncurrentiels par exemple – mais l'hypothèse est subsidiaire. En tout état de cause, le sursis est conditionné à la production, par l'appelant, « d'un moyen sérieux de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement ».
L'art. R. 811-16, quant à lui, envisage la demande de sursis d'« une personne autre que le demandeur en première instance » et conditionne le prononcé du sursis au fait que l'exécution du jugement déféré « risque d'exposer l'appelant à la perte définitive d'une somme qui ne devrait pas rester à sa charge dans le cas où ses conclusions d'appel seraient accueillies ». On peut cette fois imaginer que l'entreprise condamnée en première instance à indemniser l'administration exerce le recours. Mais l'administration ne pouvant être insolvable, il n'existe pas de véritable risque de perte définitive de la somme. Par conséquent, c'est encore *de facto* une voie pensée pour cette dernière ; cette fois en vue de la protection des deniers publics.

[3] L'art. R. 811-17 CJA prévoit que « le sursis peut être ordonné à la demande du requérant si l'exécution de la décision de première instance attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent sérieux en l'état de l'instruction ». La jurisprudence retient qu'un jugement de rejet – sauf rares exceptions – ne produit jamais de telles conséquences. Le rejet du recours pour excès de pouvoir contre une sanction administrative ne crée ainsi pas de telles conséquences, le juge renvoie alors vers le sursis à exécution qui doit être exercé directement contre l'acte administratif (CE, 18 mai 2005, n° 275409).

[4] Art. 514-2 CPC : « sans préjudice des dispositions de l'article 514-3, l'exécution provisoire de droit ne peut être écartée que par la décision en cause ».

[5] Art. 514-1, al. 1 CPC. Dans une telle situation, le juge peut d'ailleurs l'écarter d'office (al. 2). Le juge qui statue en référé ne peut, lui, jamais écarter l'exécution provisoire de droit (al. 3).

restitutions ou réparations que rendrait nécessaire une remise en cause du jugement[1]. C'est donc à la juridiction spécialisée saisie en première instance que la partie perdante doit d'abord s'adresser pour échapper à l'exécution provisoire du jugement qui, rappelons-le, peut l'avoir condamnée à d'importants dommages et intérêts ou à une lourde amende civile. La démonstration de conséquences manifestement excessives que risquerait de produire l'exécution n'est à pas requise à ce stade. Reste que la condition tenant à l'incompatibilité de l'exécution provisoire avec « la nature de l'affaire » est délicate à envisager dans notre champ.

Au stade de l'appel, si le premier juge a écarté l'exécution provisoire, l'autre partie peut demander au premier président ou au conseiller de la mise en état – en notre matière, tous deux magistrats de la Cour de Paris – de la rétablir. Il est fait droit à la demande[2] s'il y a urgence, que le rétablissement est compatible avec la nature de l'affaire et qu'il ne risque pas d'entraîner des conséquences manifestement excessives[3]. Si l'exécution provisoire n'a pas été écartée par le premier juge, le succombant peut encore saisir le premier président d'une demande en ce sens. Dans l'hypothèse où le débat a été amorcé dès la première instance[4], il doit alors convaincre le premier président, d'une part, qu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation du jugement litigieux et, d'autre part, que son exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives[5]. S'il y parvient, il sera dispensé d'exécution au moins le temps que durera la procédure d'appel. Enfin, la partie condamnée au paiement d'une somme d'argent peut encore espérer échapper à l'exécution provisoire en consignant, sur autorisation du juge, les espèces ou valeurs suffisantes pour garantir le montant de sa condamnation[6].

Bien que le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond rende délicate toute projection certaine, il semble que les voies civiles permettant d'obtenir le sursis à exécution d'un jugement dont il est fait appel sont encadrées par des conditions plus souples que celles offertes par le contentieux administratif. Notons qu'en cas d'inexécution d'un jugement civil assorti de

[1] Art. 514-5 CPC. Cette décision peut être prise d'office ou à la demande d'une partie.
[2] Le cas échéant sous réserve de la constitution, par le demandeur, de la garantie prévue par l'art. 514-5 CPC.
[3] Art. 514-4 CPC. Le premier président ou le conseiller statue sur cette demande par une décision insusceptible de pourvoi (art. 514-6 CPC). Pour rappel, la solution contraire est appliquée aux décisions par lesquelles le sursis à exécution des décisions de l'Autorité de la concurrence est prononcé (v. Com., 1er décembre 2021, n° 20-19738).
[4] Ce qu'il a intérêt à faire car, à défaut, s'il a comparu sans faire valoir d'observations sur l'exécution provisoire, il ne pourra invoquer, au soutien de sa demande, que des conséquences manifestement excessives qui se sont révélées postérieurement à la décision de première instance (art. 514-3, al. 2 CPC).
[5] Art. 514-3, al. 1 CPC.
[6] Art. 521 CPC.

l'exécution provisoire[1], l'appelant peut voir son appel radié du rôle par la cour[2] ; solution qui ne semble pas exister dans le procès administratif[3].

Sauf à obtenir une issue favorable à l'emprunt de ces voies, la partie condamnée en première instance sera donc tenue de s'exécuter nonobstant l'exercice d'un recours.

B. Effet dévolutif

512. Fonctions de l'appel : rejuger et discipliner. Tant en procédure civile qu'en contentieux administratif, l'appel poursuit deux fonctions générales. D'abord, permettre un rejugement du litige sur le fond afin qu'il soit remédié aux éventuelles erreurs d'analyse et d'appréciation des premiers juges. Ensuite, assurer une certaine discipline des juridictions de premier ressort par la censure des erreurs les plus graves que ces dernières pourraient avoir commises[4].

Dans le premier cas, c'est l'effet dévolutif de l'appel et le pouvoir de réformation confié à son juge qui permettent d'assurer au justiciable que les membres d'une juridiction supérieure, plus expérimentés et nécessairement magistrats professionnels[5], procèderont à une seconde analyse des éléments du dossier en vue de se prononcer sur ses demandes[6]. Dans le second, c'est le pouvoir d'annulation dont dispose la juridiction de recours qui permet de garantir au justiciable que les erreurs les plus graves commises par les premiers juges seront sanctionnées par l'anéantissement de leur décision et non seulement par sa modification[7]. Cette annulation

[1] Ou à défaut d'avoir procédé à la consignation autorisée dans les conditions prévues par l'art. 521 CPC.
[2] Il s'agit d'une radiation du rôle de l'affaire qui peut être prononcée par le juge à la demande des parties et après les avoir entendues sauf lorsqu'il a la conviction que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'y procéder (art. 526 al. 1er CPC). Sur le régime et les effets de cette sanction v. art. 526 al. 2 à 8 CPC.
[3] Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'administration dispose de moyens redoutables pour obtenir l'exécution d'un jugement. Le justiciable privé doit, lui, recourir aux services d'un officier public et s'expose à un nouveau contentieux s'il fait face à un débiteur récalcitrant. Cette sanction lui assure une protection supplémentaire et tend à contraindre l'appelant qui entend remettre en cause le jugement le condamnant.
[4] En contentieux administratif v. C. BROYELLE, ouvrage précité n° 500 ; en procédure civile v. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1309.
[5] Ce qui n'est pas le cas, faut-il le rappeler, des juges des tribunaux de commerce ; pas même de ceux qui siègent au sein des huit tribunaux de commerce spécialisés compétents dans les matières ici envisagées.
[6] En procédure civile, v. l'art. 542 CPC qui prévoit que l'appel peut tendre à la réformation du jugement et les art. 561 à 566 qui sont regroupés dans une sous-section consacrée à « l'effet dévolutif ». En contentieux administratif, les textes se réfèrent rarement à ces deux notions, si ce n'est, dans certains contentieux particuliers, pour distinguer « annulation » et « réformation » d'une décision juridictionnelle (v. par ex. en matière d'urbanisme art. R. 411-7 CJA). Il n'en demeure pas moins tout à fait établi, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que les juridictions d'appel disposent d'un tel pouvoir de réformation et donc, incidemment, que l'exercice de l'appel produit un effet dévolutif. V. M. LETOURNEUR, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation en contentieux administratif », *EDCE,* 1958, n° 12, p. 59 et plus récemment I.-G. MAZI, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la procédure administrative contentieuse : entre convergence profonde et divergences superficielles », *RDP,* 2018, p. 1061.
[7] En procédure civile, art. 460 et 542 CPC ; en contentieux administratif, de nouveau, aucun texte ne prévoit expressément ce pouvoir des juridictions de recours mais il a toujours été placé au cœur de leur office. V. C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 500 et 557.

devrait conduire au renvoi de l'affaire aux premiers juges afin qu'ils se prononcent valablement dessus. Tel n'est pourtant pas toujours pas le cas.

513. Effet dévolutif, annulation, réformation, évocation. Nous avons déjà été confronté à la délicate distinction entre réformation et substitution en contentieux administratif. La distinction entre l'évocation et la réformation au stade de l'appel n'est pas, non plus, des plus aisées[1].

L'évocation conduit le juge d'appel qui a annulé, en raison d'une irrégularité formelle[2], le jugement objet du recours à se saisir du fond de l'affaire en « se transformant en juge de première instance »[3]. Elle n'est qu'une faculté dont il peut user à condition d'avoir été saisi de conclusions au fond par les parties[4] et qu'il met en œuvre s'il estime qu'il est dans l'intérêt des parties et d'une bonne administration de la justice que sa juridiction se prononce pour régler le litige au fond. S'il estime à l'inverse que le strict respect du double degré de juridiction est nécessaire, il renvoie l'affaire à une juridiction de première instance.

La réformation, quant à elle, intervient lorsque le juge constate la régularité formelle du jugement mais entend censurer une appréciation ou analyse au fond des premiers juges qu'il estime erronée. Dans ce cas, sans l'annuler, il réforme, modifie, la décision adoptée en première instance, exerçant ainsi son rôle de second degré de juridiction : il « rejuge ».

Cette distinction ne gouverne pas à ce point la procédure civile. Le juge d'appel y opère une lecture combinée des pouvoirs qui lui sont octroyés par l'article 542 du Code de procédure civile et sauf à de rares exceptions[5], il est tenu de se prononcer sur le fond quelle que soit la cause de sa censure du jugement de première instance : irrégularité formelle ou erreur d'appréciation ou d'analyse au fond. Par principe, l'annulation du jugement n'est ainsi pas exclusive de l'effet dévolutif de l'appel[6]. L'évocation n'est envisagée que dans des

---

[1] V. à son sujet I.-G. MAZI, article précité.

[2] Dont les plus courantes sont la déclaration, à tort, de l'irrecevabilité de la requête et l'omission de statuer (A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 256-261 ; l'auteur les distingue des irrégularités formelles « subsidiaires » : incompétence, vices de procédure etc. ; v. n° 234-255). La liste de ces irrégularités ne permet pas de déceler un critère clair de qualification et de distinction de ce qui en relève et de ce qui relève du fond. L'irrégularité résulterait d'un manquement « aux règles qui constituent, selon le droit positif, des exigences élémentaires liées à la fonction de juger », C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 544.

[3] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 558.

[4] Qu'il s'agisse du demandeur (CE, ass., 24 juin 1960 *Société Fampar*, n° 42289 ; CE, sect., 22 mai 1981 *Mlle Bloc'h*, n° 15397) ou du défendeur (CE, sect., 6 décembre 1968 *Sieur Ruffin,* n° 74284).

[5] Lorsque l'acte introductif de l'instance de premier degré est annulé et que l'appelant s'est contenté de demander l'annulation du jugement, sans conclure au fond à titre principal. Dans ce cas, contrairement à la solution retenue en contentieux administratif, la cour met fin à la procédure sans pouvoir renvoyer à une juridiction de première instance car seule une partie peut prendre l'initiative d'une procédure judiciaire (Civ. 2ème, 25 mai 2000, n° 98-20941 ; Civ. 2ème, 13 juillet 2000, n° 98-18026).

[6] « Le propre d'un appel étant de rouvrir le débat […], il n'y a aucune raison que l'annulation du jugement atteint d'illégalité paralyse l'effet dévolutif ; il n'y a pas *extension* de l'effet dévolutif, mais jeu normal parce qu'il n'est pas paralysé par l'annulation » (C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1362),

circonstances précises : lorsque le juge d'appel infirme ou annule un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction ou mis fin à l'instance en se prononçant sur une exception de procédure[1], ou encore lorsqu'il est saisi de l'appel contre un jugement statuant uniquement sur la compétence[2]. Alors il peut statuer sur les points non jugés par ses homologues de première instance s'il estime qu'il en va d'une « bonne justice »[3].

514. Faible portée pratique de la distinction. En pratique, la distinction présente un intérêt limité. D'abord car les soucis de célérité, de désencombrement des juridictions et de bonne administration de la justice conduisent le plus souvent le juge d'appel – y compris de l'ordre administratif – à se prononcer sur le fond du dossier quelle que soit la cause de la censure[4]. C'est du moins le cas dès lors que les premiers juges se sont prononcés, même de manière erronée, sur le fond[5]. En outre, même lorsqu'il statue sur évocation, le juge d'appel, qu'il soit civil ou administratif, tient compte tant des conclusions adressées à la juridiction de première instance que de celles adressées à la cour ; la matière litigieuse n'est donc pas très éloignée de ce qu'elle aurait été s'il y avait eu maintien puis réformation du jugement de première instance. Enfin, imprégné de son office historique et général de garant de la légalité, le juge administratif prononce dans la majorité des cas « l'annulation » du jugement et se réfère peu à la notion de réformation, y compris lorsque c'est sur le fond du litige, sur « l'affaire » qu'il se prononce et non sur la régularité du jugement[6]. On a vu distinction plus étanche.

Dès lors, le propos peut être simplifié en avançant que l'appel produit, par principe en toutes hypothèses, un effet dévolutif qui conduit le juge qui en est saisi à se prononcer en lieu et place de ses homologues de première instance, faisant ainsi usage d'un pouvoir de réformation sur lequel nous reviendrons. Auparavant, reste à envisager les suites possibles de l'instance d'appel.

---

ce que confirme la lecture de l'alinéa second de l'art. 562 CPC : « La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ». Sauf exceptions, il y a effet dévolutif et donc exercice d'un pouvoir de réformation même lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement.

[1] V. D. COHEN, « Le domaine de l'évocation », *in Mélanges J. Héron*, précité, p. 173.

[2] C'est l'hypothèse de l'art. 88 CPC. En notre matière elle est peu probable ; seule la Cour d'appel de Paris est compétente pour connaître du fond, aucune autre cour ne pourrait donc évoquer. La seule hypothèse est celle du jugement par lequel une juridiction spécialisée relevant du ressort de la Cour de Paris (tribunal judiciaire ou de commerce de Paris donc) se déclare, à tort, incompétente pour connaître d'une demande relevant du champ de la compétence exclusive. Saisie de l'appel contre ce jugement, la Cour pourrait décider d'évoquer le fond.

[3] Art. 568 CPC.

[4] Le juge explique alors que « le jugement est annulé » avant de poursuivre « il y a lieu d'évoquer pour statuer immédiatement » ; v. C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 560.

[5] L'évocation est en revanche maniée avec davantage de prudence lorsque les premiers juges se sont contentés de mettre fin à l'instance, sans traiter du fond, par exemple en faisant immédiatement droit à une exception de nullité relative à l'acte introductif d'instance.

[6] A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 231.

C. Résultat : un arrêt susceptible de pourvoi en cassation

515. Caractère fondamental du droit d'accès au juge de cassation. S'il est acquis que l'ouverture du prétoire du juge d'appel ne constitue un impératif qu'en matière pénale – dont devrait d'ailleurs relever le système de répression des pratiques restrictives par le prononcé d'amendes civiles[1] – le caractère fondamental du droit d'accès au juge de cassation se voit reconnaître un champ plus large. La chose est certaine dans la jurisprudence administrative au sein de laquelle lui est reconnu un caractère d'ordre public qui permet aux parties de soumettre au juge de cassation, même en l'absence de texte, toute décision rendue par une juridiction administrative statuant en dernier ressort[2].

La Cour de cassation, s'inscrivant dans les pas du Conseil constitutionnel[3], juge quant à elle que seule une disposition expresse, claire et formelle de la loi peut fermer la voie du pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort[4]. Elle a par ailleurs déjà offert aux parties la faculté d'accéder au prétoire du juge de cassation dans des hypothèses où le pourvoi n'était pourtant pas prévu par la loi[5].

En l'absence de disposition spécifique applicable au contentieux envisagé, le droit commun retrouve sa vocation subsidiaire sur ce plan. Il en résulte que toutes décisions rendues en dernier ressort par les juridictions civiles ou administratives compétentes sont susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation dans les formes et délais prévus par le droit commun[6]. Le principe vaut tant en matière de *private enforcement,* que de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence ; que le contentieux relève de la compétence des juridictions civiles ou administratives.

Revenons en maintenant, avec davantage de détails, aux éléments qui composent l'instance à laquelle donne naissance l'exercice de l'un des recours envisagés et aux modalités de son traitement par le juge d'appel qui en est saisi.

---

[1] V. *supra*, n° 238.
[2] CE, ass., 7 février 1947 *D'Aillières,* n° 79128 et CE, ass., 19 octobre 1962 *Canal, Robin et Godot,* n° 58502.
[3] Cons. const., décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, qui juge que le recours en cassation « constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles ».
[4] Civ., 12 mai 1812, cité par J.-F. WEBER, *La Cour de cassation,* La Documentation française, 2006, p. 33.
[5] Par ex. Soc., 23 septembre 2009, n° 08-60535, en matière de contentieux préélectoral professionnel relatif à l'élection de délégués du personnel.
[6] V. art. 604 à 639 CPC ; L. 821-1 à L. 822-1 et R. 821-1 à R. 821-6 CJA.

Section 1 : Éléments de l'instance de recours

516. Acteurs et matière. Reprenant une structure déjà éprouvée, nous nous intéresserons aux éléments subjectifs de l'instance en identifiant les parties et autres acteurs du recours (§ I) avant d'en appréhender les éléments objectifs, soit la matière dont est saisie la cour d'appel (§ II).

§ I – Acteurs de l'instance de recours

517. Demandeur et autres acteurs. Parmi les acteurs de l'instance à laquelle donne naissance l'exercice des recours envisagés, l'action de l'un, le demandeur, est encadrée par des conditions spécifiques qui justifient que nous lui consacrions quelques développements (A) avant de nous intéresser à la situation des autres, parties et représentants de l'intérêt général (B).

A. Le demandeur à l'appel

518. Qualité à interjeter appel. Que ce soit en procédure civile ou en contentieux administratif, l'appel peut être qualifié d'action attitrée en ce sens que la démonstration de l'intérêt à agir ne suffit pas à le rendre recevable. En effet, le Code de justice administrative réserve expressément qualité pour faire appel à « toute partie présente devant le tribunal administratif ou qui a été régulièrement appelée, alors même qu'elle n'aurait produit aucune défense »[1]. Le Code de procédure civile dispose, lui, que le droit d'appel « appartient à toute partie qui y a intérêt » ; formule dont on peut déduire que sont seules bénéficiaires de ce droit les personnes s'étant vues reconnaître la qualité de partie en première instance, ce que confirme la jurisprudence[2].

De nouveau, faute de disposition spécifique, le droit commun est applicable aux recours envisagés : seules les parties à la première instance tenue devant l'une des seize juridictions judiciaires spécialisées ou devant un tribunal administratif disposent de la qualité à interjeter appel. Rappelons qu'en matière de *private enforcement* ou de pratiques restrictives de concurrence, la liste des potentiels titulaires du droit d'engager l'action au premier degré est importante[3] ; celle des potentiels titulaires de la qualité pour interjeter appel l'est donc d'autant.

519. Intérêt à interjeter appel. Outre cette qualité nécessaire, la recevabilité de l'appel est conditionnée par la démonstration d'un intérêt à l'exercer. Cet intérêt est distinct de celui requis

[1] Art. R. 811-1, al. 1er CJA.
[2] V. par ex. Civ. 1ère, 24 mai 2018, n° 17-18859.
[3] Sur le terrain indemnitaire, tant en matière de *private enforcement* que de pratiques restrictives de concurrence, la liste des potentielles victimes titulaires du droit d'exercer l'action en réparation est importante (concurrents, consommateurs directs ou finaux, associations professionnelles ou de consommateurs…). En outre, l'action en cessation d'une pratique restrictive de concurrence est expressément ouverte, en première instance, à « toute personne justifiant d'un intérêt » (art. L. 442-4, I, al .2 C. com.). De nouveau, la liste pourrait en être longue.

en première instance : il ne s'apprécie pas au regard de l'objet de la demande initiale mais au regard de ce qui a été jugé par les premiers juges. Pour être recevable en son recours, l'appelant doit établir que le jugement lui a été défavorable, que la solution adoptée porte atteinte à ses intérêts et à sa situation juridique. « L'intérêt est à la mesure de la succombance ». Seul le dispositif d'un jugement étant en principe susceptible de produire des effets sur la situation des justiciables, c'est à l'aune de celui-ci que l'intérêt à interjeter appel est apprécié.

S'il y a disparité entre les demandes d'une partie et le dispositif du jugement, celle-ci est recevable à le contester par la voie de l'appel. À l'inverse et quels qu'en soient les motifs, si le dispositif correspond et fait droit aux demandes d'une partie, celle-ci est dépourvue d'intérêt à interjeter appel. La partie condamnée au paiement d'une amende civile ou de dommages et intérêts – quel qu'en soit le montant – est recevable à interjeter appel du jugement si elle avait conclu, en première instance, à son absence totale de responsabilité. De l'autre côté de la barre, la partie qui demandait réparation de plusieurs chefs de préjudice à hauteur de sommes dont une évaluation est proposée dans ses conclusions, est recevable à l'appel dès lors que le jugement ne fait que partiellement droit à ses demandes – soit que certains chefs de préjudice n'aient pas été retenus, soit que les juges aient conclu à une évaluation plus basse des préjudices subis. Si elle obtient gain de cause sur l'ensemble de ses demandes mais que le juge s'est fondé sur des motifs autres que ceux invoqués dans ses conclusions, elle n'est en principe pas recevable à exercer le recours, l'intérêt s'appréciant au regard du seul dispositif.

520. Le droit d'appel des acteurs publics. Quelques difficultés relatives aux modalités d'exercice des voies de recours par les personnes publiques ayant déjà été observées au cours de notre recherche, il convient d'en dire quelques mots dans le cadre présentement étudié.

Devant les juridictions administratives, que ce soit en matière de *private enforcement*, d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à l'activité administrative, ou d'actions indemnitaires consécutives à la commission d'une pratique restrictive de concurrence dans un rapport de droit public, l'administration – ou l'un de ses délégataires – est, par hypothèse, engagée dans le litige et partie en première instance. Dès lors, elle dispose, à l'instar de toute partie, du droit d'interjeter appel aux conditions qui viennent d'être exposées.

Devant les juridictions judiciaires, en matière de *private enforcement,* bien que les décisions des autorités administratives soient susceptibles d'avoir un impact crucial sur la procédure judiciaire consécutive et bien qu'elles puissent y être entendues pour leur expertise[1], elles ne

[1] Sur cela v. *infra,* Section 2 du présent Chapitre.

sont pas parties à l'instance et ne disposent donc pas du droit d'interjeter appel. Seuls les parties privées ou le ministère public[1] sont recevables à le faire. En matière de pratiques restrictives, dès lors que le ministre de l'Économie a été à l'initiative d'une demande – « réservée » *a minima*[2] – en première instance, il endosse la qualité de partie et devient recevable à introduire l'appel. S'il ne le fait pas en première instance – en prenant l'initiative de la procédure ou via une intervention – il devrait être irrecevable à le faire en cause d'appel, faute de qualité. Le ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence disposent aussi de la faculté d'agir au premier degré – le premier pour solliciter le prononcé d'une amende civile, le second tout au plus pour demander la cessation de l'illicite[3] – et de devenir ainsi parties à l'instance. Cela leur ouvre le droit d'interjeter appel lorsqu'ils y ont intérêt.

Ainsi des acteurs publics – plus ou moins spécialisés – se voient reconnaître la qualité de partie en première instance – ou disposent des moyens d'y accéder – et sont à ce titre recevables à interjeter appel du jugement s'ils l'estiment en tout ou partie contraire à l'intérêt général et à la préservation de l'ordre public, principalement économique. Lorsqu'ils ne prennent pas l'initiative du recours, ils sont susceptibles de figurer parmi les autres acteurs de l'instance.

B. Les autres parties : intimés et représentants de l'intérêt général

521. Les intimés : qualité en principe réservée aux parties à l'instance de premier ressort. De nouveau, tant en contentieux administratif qu'en procédure civile, le principe est que la qualité de partie à l'appel est réservée aux parties à l'instance de premier ressort. C'est la même affaire qui fait l'objet d'une seconde instance, les parties doivent par conséquent être les mêmes.

Du point de vue du défendeur – l'intimé – l'appel ne peut en principe être interjeté que contre les seules parties adverses en première instance. Autrement dit, contre toute personne ayant conclu à l'encontre de l'appelant devant les premiers juges.

---

[1] Dès lors qu'il était effectivement partie principale en première instance (art. 421et 423 CPC : lorsqu'il a pris l'initiative d'agir pour la défense de l'ordre public) ou qu'il démontre qu'il aurait pu intervenir en cette qualité – autrement dit que l'ordre public était en jeu (Com., 20 octobre 2009, n° 08-14468). Notre matière pourrait assez aisément se prêter à une telle démonstration car l'ordre public économique est toujours en jeu.

[2] Il existe un doute concernant ses demandes partagées : il a été vu que le ministre intervient à ce titre en qualité de représentant de la victime des pratiques en cause ; il n'est donc pas certain qu'il soit recevable à prendre seul l'initiative d'un appel sur ces éléments. Le texte l'habilite à prendre l'initiative d'une action partagée en première instance, rien ne permet d'avancer avec certitude que cette habilitation le rend recevable à initier le recours. Sur ces notions, v. *supra*, n° 241 et s.

[3] V. art. L. 442-4 C. com. et nos développements *supra*, n° 241 et s.

En procédure civile, davantage qu'en contentieux administratif, l'intervention volontaire[1] mais surtout forcée[2] rendent possible l'intégration à l'instance d'appel d'une personne qui n'était ni partie ni représentée en première instance. L'atteinte au double degré de juridiction causée par une telle mise en cause conduit les juges à en faire une application prudente, conditionnée par l'existence d'une véritable évolution du litige ignorée par les parties au cours de la première instance[3]. Sauf évolution du litige telle que strictement et souverainement appréciée par les juges, un tiers qui n'était pas partie en première instance ne peut se voir mis en cause au stade de l'appel, par exemple en vue de sa condamnation au paiement de dommages et intérêts ou à une amende civile. Il faut diligenter une nouvelle procédure à son égard. Reste que l'extension observée de la notion d'entreprise qui permet, sous conditions, de lever le voile de la personnalité morale au sein des groupes de sociétés et de faire face aux opérations de restructuration postérieures à la commission de fautes et infractions, devrait limiter les hypothèses dans lesquelles l'intervention est rendue nécessaire, de surcroît au stade de l'appel[4].

522. Les représentants de l'intérêt général. Devant les juridictions judiciaires, le ministre de l'Économie est susceptible d'être appelant ou intimé s'il était partie en première instance, hypothèses que nous venons d'aborder. C'est en cette seule qualité qu'il peut devenir acteur de l'instance de recours en vue d'assurer la protection de l'ordre public économique.

---

[1] Art. 554 CPC. La jurisprudence est fluctuante sur le point de savoir si la recevabilité d'une intervention volontaire en cause d'appel est soumise à la condition de l'évolution du litige. V. Civ. 2ème, 29 mars 1979, n° 77-12062, qui l'exige et Civ. 2ème 15 janvier 2004, n° 02-10745, qui semble ne pas l'exiger. En tout état de cause, l'intervenant doit justifier d'un intérêt à interjeter appel et est soumis aux mêmes restrictions que les parties initiales, ce qui l'empêche en principe de formuler de nouvelles demandes.

[2] Art. 555 CPC, qui pose explicitement pour condition que « l'évolution du litige implique leur mise en cause ». L'intervention forcée en appel est prohibée en contentieux administratif.

[3] Ass. plén., 11 mars 2005, n° 03-20484, qui exige « la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige ».

[4] Le constat est aujourd'hui largement partagé que l'entreprise est pleinement destinataire des règles encadrant le contentieux subjectif du droit des pratiques anticoncurrentielles et un mouvement jurisprudentiel déjà évoqué semble tendre à importer peu à peu cette notion d'entreprise dans le contentieux des pratiques restrictives (v. Com., 21 janvier 2014, n° 12-29166 ; Com. 5 juillet 2016, n° 14-27030 et Cons. const., décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, sur lesquels v. *supra*, n° 238). La pleine consécration de cette notion et des principes qui en découlent (notamment celui de continuité économique) dans les branches étudiées pourrait permettre une imputation élargie des infractions et fautes par rapport à ce que permettent le droit commun de la procédure et de la responsabilité, notamment civiles. Cela pourrait conduire à élargir le cadre de l'instance – dès le premier ressort – et ainsi à limiter les situations dans lesquelles les interventions sont nécessaires.
Sur tout cela, v. parmi une abondante littérature : M. DUMARÇAY, « Du délicat maniement de la notion d'unité économique : bref retour sur la mise en œuvre de la notion par les juridictions françaises et de l'Union européenne », *RLC,* n° 2016/53, p. 19 ; L. ARCELIN, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.,* 2018, p. 575 ; « L'effet tentaculaire de la notion d'entreprise en droit de la concurrence », *RLC,* n° 2019/84, p. 39 ; « Notion d'entreprise en droit européen et interne de la concurrence », *JCl. Concurrence-Consommation,* fasc. 35, 2021 ; E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence – Un exemple à suivre ? », *CDE,* 2017, dossier 27 ; « Autonomie du droit de la concurrence – Autonomie et notion d'entreprise », *CCC,* n° 6, juin 2020, dossier 7 ; L. IDOT, « Variations sur la notion d'entreprise en droit de la concurrence », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié,* LexisNexis, 2019, p. 1195 ; D. BOSCO, « Arrêt Skanska : un nouveau jalon pour le *private enforcement* », *CCC,* n° 5, mai 2019, comm. 88.

En application du droit commun, un rapporteur public doit par principe systématiquement intervenir devant les cours administratives d'appel pour exercer son office traditionnel de représentant indépendant de l'intérêt général[1]. Devant la Cour d'appel de Paris, le ministère public peut également intervenir si l'ordre public est menacé[2]. Faute de spécificité du contentieux envisagé sur ce plan, nous ne nous y arrêterons guère davantage. Relevons simplement que les actes adoptés et recours engagés sur les terrains du *private enforcement,* de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence ayant un lien direct avec la protection de l'ordre public économique et de la concurrence sur les marchés, l'intervention de ces protagonistes pourrait bien souvent se justifier. Il est toutefois incertain qu'ils disposent des moyens suffisants pour le faire avec assiduité et complétude[3].

Ces différents protagonistes ont tous vocation à contribuer à l'établissement d'une matière litigieuse à laquelle il convient désormais de s'intéresser.

§ II – Matière de l'instance de recours

523. Rôle primordial des parties et encadrement normatif. À l'instar des principes qui gouvernent l'établissement de la matière litigieuse dans les autres procédures de recours étudiées, ce sont les parties qui jouent le premier rôle dans l'établissement de celle de l'instance d'appel ; tant quant aux éléments de faits qu'aux moyens de droit. Sauf hypothèse des moyens d'ordre public[4] – qu'ils concernent la régularité du jugement ou le fond de l'affaire – le juge ne peut intégrer à l'instance des éléments non invoqués ou produits par les parties. Ce sont donc ces dernières, par leurs conclusions en demande et en défense, qui déterminent cette matière.

Reste qu'il s'agit d'un véritable appel. Alors, qu'il relève de la compétence de juridictions judiciaires ou administratives, un cadre normatif limite la liberté des parties afin de garantir que le litige soumis aux seconds juges reste fidèle à celui sur lequel ont eu à se prononcer leurs homologues du premier degré[5]. Dès lors, appréhender ce qui est susceptible de composer la matière soumise au juge saisi de l'un des recours envisagés implique de rappeler le cadre normatif impératif (A) au sein duquel les parties, par leurs demandes, alimentent la matière litigieuse (B).

---

[1] Art. L. 7 et R. 732-1 CJA.
[2] Art. 421 et s. CPC.
[3] Sur ces éléments v. *supra,* n° 293 et les références citées.
[4] À cet égard, les observations déjà faites sont transposables au présent propos : le juge administratif dispose de pouvoirs plus amples que son homologue judiciaire pour invoquer de tels moyens. V. *supra*, n° 303, n° 379 et n° 457 - 458.
[5] V. à ce sujet l'étude complète de C. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel,* thèse Angers, 2000 ; v. aussi M. DEGUERGUE, « Le double degré de juridiction », *AJDA,* 2006, p. 1308.

A. Établissement et contenu de la matière litigieuse : cadre normatif

524. L'appel, voie de réformation plus que d'achèvement. En procédure civile, alors que le Code napoléonien avait fait de l'appel une stricte voie de réformation gouvernée par un rigoureux principe d'immutabilité du litige, le nouveau Code de 1975 a consacré un principe contraire[1] : l'appel serait devenu une voie d'achèvement du litige, « la cour pouvant, dans une certaine mesure, mettre fin au litige en tranchant des questions qui n'avaient pas été posées au premier juge »[2]. Reste que de récentes réformes marquent un retour vers une conception de l'appel comme véritable voie de réformation. Si les parties sont recevables à invoquer des pièces et moyens nouveaux, ça n'est qu'à condition qu'ils reposent sur la même cause et, sauf exceptions, il leur est interdit de soumettre à la cour des demandes non présentées devant les premiers juges. Symboliquement, le décret du 6 mai 2017[3] a « planté les graines d'une telle mutation » en insérant dans l'article 562 du Code « la critique du jugement » qui constitue le cœur de l'appel[4]. L'affaire soumise à la cour doit être la même que celle soumise aux premiers juges et la déclaration d'appel doit faire mention expresse des chefs du jugement critiqués. À défaut le recours ne produit pas son effet dévolutif[5].

La conception de l'appel en contentieux administratif a donné lieu à moins de variations. Il est établi que l'appel tend à soumettre aux juges de recours le jugement de première instance et l'affaire telle qu'elle a été présentée aux premiers juges[6]. Il serait « avant tout une voie de recours » et non une voie d'achèvement[7]/[8].

---

[1] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige,* LGDJ, 1977.

[2] T. LE BARS, « Faut-il abandonner l'appel voie d'achèvement ? » *in Les métamorphoses de la procédure civile*, dossier, *Gaz. Pal.,* 2014, n° 212 : « De nos jours, non seulement, les moyens nouveaux et les pièces nouvelles sont recevables en appel, mais sous certaines conditions, diverses demandes nouvelles le sont aussi : demandes en intervention volontaire ou forcée, demandes en compensation, demandes reconventionnelles, demandes nées de la survenance ou de la révélation d'un fait nouveau, prétentions tendant aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, prétentions virtuellement comprises dans celles soumises au tribunal, prétentions qui n'en sont que l'accessoire, la conséquence ou le complément. On aura reconnu les articles 554 et 555 et 563 à 567 du CPC, qui ouvrent de larges possibilités d'évolution du litige en appel ».

[3] Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 *portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.*

[4] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1312.

[5] Art. 562 CPC, al. 1 : « L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent » ; al. 2 : « La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ». Ainsi, sauf cas de l'appel nullité, seuls les chefs du jugement expressément invoqués et critiqués dans la déclaration d'appel (v. art. 901, 4°) sont soumis à la connaissance de la cour et subissent l'effet dévolutif.

[6] A. DENIZOT, « L'immutabilité de l'instance en contentieux administratif, un principe de procédure civile acclimaté aux spécificités du procès administratif », *RFDA,* 2018, p. 99.

[7] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 549.

[8] A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée (n° 370), défend une position plus ferme en expliquant que contrairement à la procédure civile qui donne « une portée extensive à ce qui peut être soumis au juge d'appel » faisant ainsi de l'appel « une voie de réformation et une voie d'achèvement du litige. L'appel administratif dénie cette fonction […] et choisit d'en faire strictement une voie de réformation ». La comparaison est antérieure aux réformes

La tendance est donc au rapprochement. Il n'existe plus, en droit positif, d'opposition radicale entre la nature ou la conception de l'appel en procédure civile et en contentieux administratif. Dans l'une et l'autre, il est acquis qu'un principe d'immutabilité du litige règne mais qu'il est susceptible d'atténuations[1]. Tout au plus peut-il être observé une différence de degré entre la « mutabilité contrôlée » du litige qui caractériserait l'appel civil et « l'immutabilité relative » ou « l'intangibilité tempérée »[2] qui caractériserait l'appel administratif. Le cadre théorique ne semble ainsi pas si différent, reste à voir les modalités de mise en œuvre pratique.

525. Degré de mutabilité. La différence essentielle susceptible d'être relevée porte donc sur le degré de mutabilité du litige admis par chacun des juges d'appels. L'apprécier implique d'abord de s'intéresser au principe de l'interdiction des demandes nouvelles qui règne en leur prétoire (1). Ensuite, il faudra envisager les modalités d'encadrement du droit dont disposent les parties d'invoquer des moyens nouveaux, voire des demandes nouvelles en cause d'appel (2).

1. Principe de l'interdiction des demandes nouvelles

526. Appréciation générale du principe d'interdiction. L'étude du degré de mutabilité du litige admis au stade de l'appel confronte à des difficultés sémantiques, tant en contentieux administratif[3] qu'en procédure civile[4]. Il faut tenter de passer outre pour analyser l'état du droit et mesurer l'éventuelle différence entre les deux procédures.

Partons du plus clair : les demandes nouvelles qui ne sont pas relatives à la régularité du jugement[5] – qu'elles soient qualifiées de demandes, prétentions[6] ou conclusions[7] – sont en principe irrecevables en appel et le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la

récentes qui pourraient avoir inversé la tendance et abouti au rapprochement des deux procédures. V. pour une analyse plus nuancée : C. BROYELLE, « L'office du juge d'appel et les moyens », *AJDA,* 2019, p. 690.

[1] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1363. « Il n'est dévolu qu'autant qu'il a été jugé » (*Tantum devolutum, quantum judicatum*) ; M. GUYOMAR, B. SEILLER, ouvrage précité, n° 179. V. aussi A. DENIZOT, article précité et C. BROYELLE, article précité.

[2] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 549.

[3] Où des débats portent sur la définition des notions de « demande nouvelle », de « conclusions nouvelles », de cause, de moyen, d'objet… V. A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 372 et les références citées.

[4] Des incertitudes planent notamment, tant en jurisprudence qu'en doctrine, au-dessus de la notion de « prétentions nouvelles » ; v. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1364-1368.

[5] Les demandes qui tendent à l'annulation du jugement sont par hypothèse nouvelles : on ne peut contester la régularité d'un acte juridique non encore né or l'appel étant une voie par laquelle on peut notamment contester la validité du jugement et en demander l'annulation, de telles demandes sont naturellement recevables.

[6] C'est l'expression utilisée en procédure civile depuis l'adoption du nouveau Code ; v. art. 564 CPC.

[7] C'est la notion qui a les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence administratives. V. par ex. M. GUYOMAR, B. SEILLER, ouvrage précité, n° 179 ; A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 407 et s. Sur ces différences sémantiques v. nos développements *supra*, n° 457.

méconnaissance de cette interdiction[1]. Dans chacun des ordres, la nouveauté d'une demande doit s'apprécier à l'aune d'un critère fonctionnel.

En contentieux administratif, c'est essentiellement *l'objet* de la demande qui permet d'en apprécier la nouveauté. Outre le fait qu'elle doive être formulée entre les mêmes parties et reposer sur la même cause juridique[2], pour qu'une demande soit recevable en appel, elle doit avoir le même objet juridique que celle qui a été soumise aux premiers juges. Juridiquement, « la chose » demandée (annulation, indemnisation, sanction…) doit être la même.

En procédure civile, l'exigence d'unité concerne plus largement *la fin poursuivie par l'auteur de la demande*[3]. Si la fin poursuivie demeure la même, peu importe que la cause ou le moyen au soutien de la prétention soit modifié, la demande n'est pas nouvelle et est donc recevable en appel[4]. À titre d'exemple, alors qu'une demande en annulation et une demande en résolution sont réputées poursuivre la même fin, il est jugé qu'une demande de nullité et une demande indemnitaire poursuivent des fins différentes. Le critère d'appréciation paraît donc plus souple en procédure civile : la notion de « fins poursuivies » étant parfois largement appréciée[5].

527. Application dans le contentieux envisagé. Dans le champ étudié, l'hypothèse principale dans laquelle est susceptible d'être soulevée la question des demandes nouvelles est celle d'un contentieux indemnitaire[6]. Or en la matière, a été constaté un « assouplissement de la définition de l'objet » dans la jurisprudence administrative[7]. Ce mouvement a notamment conduit le juge

[1] Le caractère d'ordre public de cette règle et la faculté pour le juge d'en faire application d'office sont de longue date établis en contentieux administratif (v. par ex. CE, 13 juillet 2011 *Syndicat des avocats de France et autres,* n° 336360). En procédure civile, c'est le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 *relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile* qui a expressément consacré, au sein de l'art. 564 du CPC, la faculté du juge de relever d'office l'irrecevabilité de telles prétentions.

[2] Sur l'unité de parties, la notion et l'unité de cause en contentieux administratif v. A. DENIZOT, article précité.

[3] Sur le caractère plus large de la notion de « fins » par rapport à celle d'objet v. C. LEFORT, thèse précitée, n° 926.

[4] L'art. 565 CPC est clair : « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ». Il existe des incertitudes sur cette notion de « fins nouvelles » mais il est sans intérêt de s'y arrêter davantage ici (v. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1368).

[5] Surtout du fait de l'extension prévue par l'art. 566 CPC qui dispose que « les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire ». Sur ce fondement, la jurisprudence juge par exemple qu'une demande d'indemnisation d'un préjudice commercial est l'accessoire d'une demande d'indemnisation de préjudices matériels causés par la chute d'une grue, v. Civ. 2ème, 8 mars 2007, n° 05-21627. Le décret du 6 mai 2017 a réduit le champ de ce texte qui prévoyait que les parties pouvaient, en outre, expliciter en appel les prétentions « virtuellement comprises » dans les demandes et défenses présentées en première instance, ce qui a été présenté comme un resserrement et un recentrage de l'appel sur la critique du jugement de première instance (C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1374).

[6] En matière de pratiques restrictives ou d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à l'activité administrative, les autres fins que sont susceptibles de poursuivre les prétentions des parties sont peu nombreuses : nullité d'un acte et éventuelles restitutions, sanction d'un comportement fautif, cessation de l'illicite. Les hypothèses de modification de l'objet d'une demande de la première instance à l'appel sont donc peu nombreuses.

[7] A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 412 et s.

à admettre la recevabilité d'une demande de réparation étendue à un chef de préjudice non invoqué en première instance dès lors qu'il découle du même fait générateur et que l'extension n'a pas pour effet d'augmenter l'évaluation du préjudice soumise aux premiers juges[1].

Reste qu'en matière civile, la notion d'unité de « fin poursuivie par le demande » permet au juge d'appel d'aller au-delà : le chiffrage d'une demande indemnitaire peut être majoré dès lors que la fin poursuivie demeure celle qui fondait la demande formulée en première instance[2]. Cette disparité a toute son importance dans notre contentieux : le demandeur à l'action indemnitaire devant les juridictions civiles peut non seulement invoquer, au stade de l'appel, un nouveau chef de préjudice mais également majorer le montant de l'indemnité demandée ; ce qu'il ne peut faire devant les juridictions administratives de recours sauf à faire la preuve de circonstances nouvelles, de l'évolution et/ou de l'aggravation de son préjudice[3].

Sauf cette différence quant à la majoration du chiffrage d'une demande indemnitaire, les solutions retenues par l'un et l'autre juge d'appel ne devraient pas diverger outre mesure sur ce point. Les parties peuvent enrichir leurs demandes à condition de ne pas modifier l'objet ou la fin qui les a justifiées en première instance à savoir, essentiellement, annulation d'un acte, restitutions, cessation de l'illicite, prononcé d'une amende civile ou octroi de dommages et intérêts. Reste à voir dans quelle mesure chacun de ces juges autorise la mutabilité du litige.

2. Encadrement de l'invocation de demandes ou moyens nouveaux

528. Exception à l'interdiction : la recevabilité de certaines demandes nouvelles. Des exceptions au principe d'interdiction des demandes nouvelles sont prévues. Elles sont plus nombreuses en procédure civile qu'en contentieux administratif[4].

---

[1] CE, 31 mai 2007 *M. Herbeth,* n° 278905 : en première instance, le requérant demande réparation de préjudices personnels résultant de sa contamination par le virus de l'hépatite C à la suite de transfusions sanguines sans invoquer les pertes de revenus consécutives qu'il ne soulève qu'en cause d'appel. Le Conseil d'État reproche aux juges d'appel d'avoir statué sur la demande d'indemnisation sans tenir compte de ce nouveau chef de préjudice. V. à ce sujet E. AKOUN, « L'invocation de nouveaux chefs de préjudice en appel », *AJDA,* 2015, p. 171.

[2] V. par ex. Civ. 2ème, 4 mars 2004, n° 00-17613.

[3] CE, sect., 8 juillet 1998 *Département de l'Isère,* n° 132302. Le dépôt de son rapport par un expert désigné par la cour administrative d'appel est un fait nouveau qui permet au demandeur à une action en réparation de revoir l'évaluation de son préjudice et, par voie de conséquence, de majorer la somme demandée.

[4] Art. 564 CPC : les demandes nouvelles sont recevables en appel si elles sont destinées à opposer compensation, à faire écarter les prétentions adverses ou à faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait nouveau au cours de l'instance d'appel.
En contentieux administratif, outre l'exception tenant aux moyens d'ordre public, c'est en contentieux contractuel qu'il est admis qu'une demande indemnitaire soit pour la première fois formée en appel après que la nullité d'un contrat a été prononcée. Il faut rapprocher cette hypothèse de la survenance d'un fait nouveau qui permet, en procédure civile, de formuler des demandes nouvelles en d'appel (v. CE, sect., 20 octobre 2000 *Sté Citécable Est*, n° 196553 et, plus récemment, CE, 19 juillet 2017 *ADP,* n° 401426).
Ces cas de figure sont susceptibles de survenir dans le contentieux étudié.

Outre la recevabilité des demandes accessoires qui semble plus largement admise en procédure civile[1], c'est le régime de recevabilité des demandes reconventionnelles qui constitue la principale disparité entre les deux procédures. L'article 567 du Code de procédure civile admet la recevabilité en cause d'appel de telles demandes, qu'elle qu'ait été la position de leur auteur en première instance : demandeur ou défendeur. La jurisprudence en soumet la recevabilité à la seule condition qu'existe un lien suffisant avec les prétentions originaires des parties[2]. Par cette voie, la Cour de Paris pourrait être saisie d'éléments non tranchés au premier degré[3], ce que le contentieux administratif ne permet pas.

Reste que, sauf survenance d'un fait nouveau – laquelle permet aux parties, tant en procédure civile qu'en contentieux administratif, d'adresser au juge des prétentions nouvelles[4] – la formulation de telles demandes nouvelles devrait rester relativement rare en notre matière[5] et, par voie de conséquence, ces disparités d'une importance limitée. L'analyse est différente quant à la possibilité offerte aux parties d'invoquer des moyens nouveaux en cause d'appel.

529. Aménagement du principe d'immutabilité : la recevabilité de moyens nouveaux. En premier lieu, lorsqu'ils sont d'ordre public en contentieux administratif[6] ou lorsque la loi le prévoit en procédure civile, certains moyens peuvent être invoqués en tout état de la procédure et, ainsi, pour la première fois en appel[7]. En outre, les moyens qui tendent au seul rejet des prétentions adverses et ceux relatifs à la régularité du jugement de première instance, qui

---

[1] L'art. 566 CPC dispose expressément, par une formule négative que « les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire ». La jurisprudence fait une interprétation large de ces notions (v. *supra*) là où le juge administratif n'admet que de rares demandes accessoires au stade de l'appel (essentiellement des conclusions d'injonction, v. CE, 25 mars 1996 *Commune de Saint-François,* n° 136910). Sur ces différentes approches des demandes accessoires par chacun des juges d'appel v. A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 407-411.

[2] V. Civ. 2ème, 23 février 2017, n° 16-12859, qui écarte l'application des conditions de l'art. 564 CPC dans la mise en œuvre de l'art. 567 CPC.

[3] D'autant plus que la jurisprudence fait une lecture souple de cet art. 567 et juge que « les demandes reconventionnelles en première instance comme en appel peuvent être formées tant par le défendeur sur la demande initiale que par le demandeur initial en défense aux prétentions reconventionnelles de son adversaire » (Civ. 2ème, 10 janvier 2013, n° 10-28735).

[4] Dans une telle situation, l'art. 564 CPC et la jurisprudence administrative admettent, dans des conditions similaires, une certaine mutabilité du litige et des demandes des parties. Pour une analyse comparative v. A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, not. n° 442 concernant la prise en compte du dépôt d'un rapport d'expertise.

[5] En matière de *private enforcement* ou de contentieux des pratiques restrictives de concurrence, les demandes reconventionnelles envisageables au stade de l'appel sont peu nombreuses. L'invocation de ces dispositifs est davantage susceptible d'intervenir, à titre reconventionnel, dans une instance qui n'avait pas initialement cet objet. Ainsi le défendeur a une action en exécution forcée peut invoquer la nullité du contrat litigieux en se fondant sur l'existence d'une pratique anticoncurrentielle ou restrictive. Surviennent alors des difficultés relatives à la compétence juridictionnelle qui ont déjà été abordées (v. *supra*, n° 245).

[6] J.-L. REY, « Les moyens d'ordre public en appel », *AJDA*, 2013, p. 118.

[7] A. DORNER-DOLIVET, T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.,* 1986, p. 59. De tels moyens peuvent d'ailleurs conduire à la formulation de demandes nouvelles (v. C. BROYELLE, ouvrage précitée, n° 553).

tendent à en obtenir l'annulation, peuvent être invoqués en appel ; c'est d'ailleurs l'un des objets essentiels de cette voie de recours. Les parties sont, de même, toujours recevables à invoquer de nouvelles pièces ou preuves au soutien de leurs demandes initiales[1].

Mais surtout, en plus d'être recevables à formuler des demandes reconventionnelles nouvelles, les parties à l'appel civil peuvent invoquer tout moyen nouveau au soutien de leurs prétentions[2] ; la seule exigence tenant à la conservation d'une unité de la fin poursuivie par la demande devant les deux juges. La solution vaut tant pour le demandeur initial que pour ses adversaires : tant en demande qu'en défense, tous peuvent invoquer des fondements juridiques nouveaux et des faits différents au soutien de leur prétention tant que l'effet juridique escompté demeure le même (annulation d'un acte et éventuelles restitutions consécutives, obtention de dommages et intérêts…)[3]. Le demandeur qui aurait mal fondé sa prétention en première instance trouve donc une forme de seconde chance au stade de l'appel.

La solution est différente en contentieux administratif où elle varie en fonction de la position occupée par les parties en première instance. Pour le demandeur initial, l'appel est conçu comme « la simple continuation de l'instance initiale »[4] et « n'ouvre pas une session de rattrapage »[5]. À son égard, l'immutabilité du litige est stricte : qu'il soit appelant ou intimé, il ne peut invoquer de nouveaux moyens au soutien de ses conclusions et demandes initiales qu'autant qu'ils se rattachent à la cause juridique invoquée au premier degré[6/7]. Dans le cadre étudié, si son recours initial tendait à l'annulation d'un acte administratif dont la légalité interne était contestée sur seul fondement des dispositions du Code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles, il ne pourra, au stade de l'appel, invoquer un moyen relatif à la légalité externe de l'acte s'il n'est pas d'ordre public[8]. Si son action tend à la réparation du

[1] CE, 23 novembre 2005 *Préfet des Hauts-de-Seine,* n° 275840 et art. 563 CPC.
[2] Art. 563 CPC : « Pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves ».
[3] Sur ces éléments et les difficultés qui peuvent être rencontrées v. J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 760-761.
[4] O. GOHIN, F. POULET, ouvrage précité, n° 505.
[5] Formule utilisée par le commissaire du Gouvernement Bernard Stirn dans ses conclusions sous l'arrêt CE, sect., 19 décembre 1984 *Boehrer,* n° 29047.
[6] Sur la réaffirmation récente de cette possibilité v. CE, avis du 13 février 2019, n° 425568 et la note de O. MAMOUDY, « La cristallisation des moyens ne perdure pas en appel », *AJDA,* 2019, p. 819.
[7] En contentieux objectif il n'existe que deux causes : celle regroupant les moyens relatifs à la légalité externe et celle regroupant les moyens relatifs à la légalité interne. En plein contentieux, il existe de plus nombreuses causes et la notion devient complexe à définir. Il n'est pas utile pour nos propos d'entrer dans ces débats, pour davantage d'éléments v. F. COLLY, « Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *RFDA,* 1987, p. 788 (qui explique que « le juge administratif utilise la notion de cause juridique comme il l'entend ») et J. MOREAU, « La cause de la demande en justice dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle », *in Mélanges M. Stassinopoulos,* 1974, p. 77.
[8] Comp. CE, ass., 19 avril 1991 *Babas*, n° 117680.

préjudice qu'il estime avoir subi en raison d'une pratique restrictive qu'il impute à son cocontractant dans le cadre d'un contrat administratif[1], l'erreur de fondement en première instance (par ex. invocation de la responsabilité contractuelle) ne pourra être corrigée au stade de l'appel (par ex. en invoquant la responsabilité extra-contractuelle) sauf pour le juge à relever d'office le moyen. Bien que l'obligation de représentation par avocat en plein contentieux et la possibilité d'invoquer, dès la demande initiale, les deux causes juridiques qui sont susceptibles de fonder un recours pour excès de pouvoir (légalité interne et externe) soient de nature à limiter le risque d'erreur irrémédiable au stade de la première instance, la différence avec l'appel civil est réelle. Elle l'est moins concernant le défendeur initial : qu'il soit appelant ou intimé, il est recevable à invoquer de nouveaux moyens au soutien de ses conclusions dans le délai dont il dispose pour interjeter appel[2]. Il n'est alors tenu que par l'interdiction des demandes nouvelles.

B. Établissement et contenu de la matière litigieuse : les demandes des parties

530. Avant de nous intéresser aux objectifs que peuvent poursuivre ces différentes demandes des parties et, ainsi, aux éléments susceptibles de composer la matière de l'instance de recours envisagée (2) ; il nous faut dire quelques mots des modalités procédurales par lesquelles ces mêmes parties sont recevables à soumettre au juge d'appel leurs prétentions. Il existe encore, sur ce plan, quelques différences entre les deux procédures qu'il convient de relever (1).

1. Modalités procédurales de formulation des demandes

531. Exercice de l'appel principal (renvoi). Il a été rappelé que faute de disposition spécifique, ce sont les délais et formes[3] de droit commun qui encadrent l'exercice d'un appel contre le jugement rendu par un tribunal judiciaire ou commercial spécialisé ou par un tribunal administratif opérant en qualité d'autorité juridictionnelle de concurrence. En l'absence de spécificité du contentieux envisagé ou de profondes disparités entre les deux procédures sur ce plan, il n'est pas nécessaire de nous y arrêter plus longuement. Davantage d'enseignements peuvent être tirés de la comparaison des modalités qui encadrent l'exercice d'un recours incident devant la Cour d'appel de Paris ou devant l'une des neuf cours administratives d'appel.

[1] La même solution vaudrait dans le cadre du « *private enforcement* administratif ».
[2] V. CE, sect., 16 juin 1972 *ministre de la Défense Nationale c/ Dame Job,* n° 82872 et, encore plus explicitement : CE, 26 juillet 1991 *Consorts Lecuyer,* n° 98212.
[3] Notons simplement que l'appel est, en contentieux administratif, introduit par requête (art. R. 811-13 CJA qui renvoie au régime général pour les conditions de forme, de dépôt et de communication : art. R. 411-1 à R. 414-7) et, en procédure civile, par déclaration (art. 900 et 901 et, sur renvoi, art. 54 et 57 CPC). Reste que, par-delà ces différences sémantiques, il est établi que la déclaration est « une forme particulière de requête », en témoigne le renvoi à l'art. 57 CPC (L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* précité, note 20 sous n° 978).

532. Exercice d'appels incidents. Dans un schéma simpliste, le jugement de première instance fait droit à l'ensemble des prétentions d'une partie et rejette l'ensemble des moyens invoqués par l'autre. Seul le succombant dispose alors d'un intérêt à interjeter appel et le recours l'oppose, en qualité d'appelant, à son adversaire qui a la simple qualité d'intimé dont l'objectif unique est d'obtenir le rejet de l'appel et la confirmation du jugement. Mais des situations plus complexes se rencontrent en pratique, y compris dans notre contentieux[1], ce qui commande d'envisager la possibilité dont disposent les parties initiales d'engager des recours incidents.

Il s'agit de la situation dans laquelle l'intimé[2] – qui n'a, par hypothèse, pas pris l'initiative d'un appel principal dans le délai dont il disposait pour ce faire – décide de faire davantage que de conclure au rejet des prétentions de l'appelant et de soumettre au juge d'appel, en réaction au recours engagé par son contradicteur, une critique de certains chefs au moins du jugement litigieux. Ses conclusions peuvent être opposées à l'appelant principal – on parle alors d'appel incident au sens strict – ou à toute partie en première instance autre que cet appelant principal : un autre intimé ou une partie à la première instance qui n'était pas encore partie à l'appel. Dans ces deux dernières hypothèses, la sémantique varie parfois de la procédure civile[3] au contentieux administratif[4] ; l'essentiel est ailleurs.

Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail du régime qui gouverne l'exercice de tels recours dans chacune des procédures, retenons la principale différence qui les oppose[5]. Ils sont, en contentieux administratif, soumis à une condition négative de recevabilité tenant à

[1] Soit que le jugement de première instance ne fasse que partiellement droit aux prétentions du demandeur (par ex. en lui octroyant une indemnisation moindre que celle demandée ou en faisant droit à sa demande d'annulation mais non à celle tendant à l'engagement de la responsabilité du défendeur), soit que la première instance ait réunie plus de deux parties et que certaines des demandes formulées par ou à l'encontre de certaines d'entre elles n'aient pas abouties (par ex. : engagement de la responsabilité d'un seul des défendeurs en première instance alors que le demandeur sollicitait la condamnation solidaire de plusieurs co-responsables). Dans de telles situations, toutes les parties ont un intérêt potentiel à faire appel.

[2] L'appel provoqué peut également être initié par une partie à la première instance qui n'était pas intimée. L'hypothèse est rare, surtout en procédure civile où l'art. 549 CPC l'envisage pourtant (sur les raisons de cette rareté v. J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 749) ; elle est d'un usage plus courant en contentieux administratif (sur les raisons de cette différence v. A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 398). Nous ne nous attarderons pas davantage sur cette situation. Notons simplement que la principale cause de cette différence tient aux effets de la solidarité passive qui, en droit civil, s'étend à l'action judiciaire alors qu'elle ne comporte, en droit administratif, aucune idée de représentation mutuelle entre les codébiteurs et ne produit aucun effet au stade du recours : l'appel de l'un des codébiteurs peut donc provoquer celui des autres.

[3] Qui conçoit « l'appel d'intimé à intimé » comme une forme d'appel incident et ne retient le vocable d'appel provoqué que lorsqu'il est dirigé contre une partie à la première instance qui n'était pas encore partie à l'appel. V. J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 749.

[4] Qui retient le vocable d'appel provoqué chaque fois qu'il est dirigé contre une autre partie que l'appelant principal (« co-intimé » ou partie à la première instance pas encore engagée dans l'instance d'appel). V. par ex. A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 391-400 et C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 534 et s.

[5] Pour les modalités, conditions de délai et de forme v. en procédure civile art. 548 à 551 CPC et en contentieux administratif, où le régime est d'origine prétorienne, C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 534-538.

« l'absence de litige distinct »[1]. En somme, le champ de l'appel principal délimite le champ possible de tout appel incident ou provoqué : leur auteur « ne peut contester le jugement qu'en se plaçant dans le périmètre litigieux délimité par l'appelant » principal[2]. Par conséquent, ces recours sont insusceptibles d'étendre la matière litigieuse dont est saisi le juge d'appel. La solution trouve parfaitement à s'appliquer en notre matière[3]. Il ne semble pas exister de restriction si intense de l'objet de l'appel incident ou provoqué en procédure civile. Bien que sa jurisprudence ne soit pas des mieux établies, la Cour de cassation a jugé que lorsqu'un jugement contient plusieurs chefs distincts et qu'une partie interjette appel en ne critiquant que l'un deux, « l'intimé peut appeler incidemment des autres chefs »[4]. On peut ainsi imaginer, dans le contentieux des pratiques restrictives, que si une entreprise condamnée au versement d'une amende civile et de dommages et intérêts focalise son recours sur le seul montant de l'amende, la victime demanderesse initiale – voire le ministre – pourrait, via un appel incident, riposter en sollicitant l'octroi d'une réparation plus importante. Cette « conception large de l'appel incident »[5] offrirait d'autant plus de chances aux parties d'étendre le champ de la matière soumise à la Cour de Paris, ce que le contentieux administratif ne permet pas[6].

2. Objet des demandes : annulation ou réformation du jugement

533. Réformation ou annulation : entre arguments de fond et arguments de régularité. Comme pour l'ensemble des recours envisagés, les fins que sont susceptibles de poursuivre les demandes des parties sont, en sus du cadre normatif qui vient d'être exposé, délimitées par les pouvoirs dont dispose le juge d'appel qui est en saisi ; pouvoirs sur lesquels nous reviendrons.

À ce stade, reprenons les rappels sommaires proposés dans l'amorce du chapitre : l'essence de l'appel est d'offrir aux parties à un litige la possibilité de soumettre à des juges supérieurs « la

[1] CE, 10 mars 1993 *Préfet de police de Paris et M. Marc de Geoffre*, n° 87255 et 87256.
[2] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 532.
[3] Prenons l'hypothèse d'un jugement qui ordonne l'annulation d'un acte administratif qui a constitué le support d'une pratique anticoncurrentielle et retient la responsabilité de l'administration (ou de son délégataire) en la condamnant à verser des dommages et intérêts à une entreprise qui en a subi des conséquences préjudiciables. Si le demandeur initial interjette appel du seul chef du jugement condamnant l'administration (ou son délégataire) à lui verser des dommages et intérêts (qu'il estime, par hypothèse, insatisfaisant), cette dernière sera irrecevable à critiquer, par la voie d'un appel incident, le chef du jugement qui prononce l'annulation de son acte.
[4] Civ. 2ème, 10 juillet 1991, n° 90-15446, v. aussi la formule sans ambiguïté de Soc., 28 novembre 2000, n°98-42999 (« si, dans un tel cas, la recevabilité de l'appel incident est subordonnée à celle de l'appel principal, les limites apportées à celui-ci sont, en revanche, sans conséquence sur l'appel incident qui peut, dès lors, être étendu aux chefs de jugement non visés par l'appel principal »). V. néanmoins *contra* : Civ. 2ème, 11 mars 1999, n° 96-14886, qui impose qu'un lien de connexité existe entre l'appel principal et l'appel incident.
[5] J. HÉRON, T. LE BARS, K. SALHI, ouvrage précité, n° 747.
[6] Sur les difficultés d'apprécier la notion de « litige distinct » et les fluctuations jurisprudentielles dont elle fait l'objet v. A. GOUTNER-DIALLO, thèse précitée, n° 421-427 et C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 533.

critique du jugement rendu par une juridiction de premier degré »[1] afin qu'y soit portée une appréciation en fait et en droit. Cette critique peut tendre à deux fins – la réformation du jugement ou son annulation[2] – qui constituent autant d'objets que sont susceptibles de poursuivre les demandes des parties à l'appel.

La première hypothèse est celle de conclusions qui tendent à la *réformation du jugement*, laquelle est rendue possible par l'effet dévolutif de l'appel[3]. L'auteur d'une telle demande invite les magistrats à rejuger les éléments du dossier sur lesquels se sont prononcés leurs homologues du premier degré et qui font l'objet de critiques formulées dans ses conclusions. Seuls les éléments ayant donné lieu à une décision de première instance caractérisée par une solution expressément adoptée dans le dispositif du jugement sont susceptibles d'appel[4]. Il faut alors rechercher les chefs de dispositif que les parties visent dans leur requête[5] et critiquent dans leurs conclusions[6] afin d'identifier les éléments factuels et juridiques correspondant sur lesquels le juge d'appel doit forger son appréciation et exercer son pouvoir de réformation. Sur ces éléments, les parties produisent des arguments qui tendent, d'une part, à déconstruire pour mieux le contester le raisonnement mené par les premiers juges et, d'autre part, à proposer un raisonnement et *in fine* à suggérer une solution au fond au juge d'appel. En notre matière : modification du montant d'une condamnation à des dommages et intérêts ou à une amende civile, remise en cause de l'annulation d'un acte – contractuel ou unilatéral – ou du principe de l'engagement de la responsabilité d'une partie etc. La cour doit rouvrir les débats sur le fond relatifs à ces éléments et dispose, au besoin, de pouvoirs d'instruction similaires à ceux des premiers juges. La matière litigieuse est ainsi constituée.

---

[1] C'est la formule de l'art. 542 CPC tel que modifié par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017.

[2] La réformation est souvent présentée comme fonction principale du juge d'appel et l'annulation comme secondaire. V. le découpage proposé par Mme Goutner-Diallo dans la seconde partie de sa thèse précitée et C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 500.

[3] Bien que le juge administratif ait tendance à utiliser, y compris dans ce cadre, la notion d'annulation (v. *supra*).

[4] Car il est aujourd'hui établi que seuls les éléments repris dans le dispositif d'un jugement sont revêtus de l'autorité de chose jugée. V. art. 1355 C. civ., art. 480 CPC et Ass. plén., 13 mars 2009, n° 08-16033.

[5] En procédure civile, la déclaration d'appel doit mentionner « les chefs de jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible » (art. 901, 4° CPC) et l'effet dévolutif ne s'opère que pour les éléments visés dans cette déclaration d'appel puis critiqués dans les conclusions (art. 562). L'appel « total », « sur le tout » est désormais impossible : en l'absence de mention expresse des chefs de jugement critiqués, la cour n'est saisie de rien, l'effet dévolutif ne joue pas (Civ. 2ème, 30 janvier 2020, n° 18-22528). En contentieux administratif, la solution est proche et à certains égards même plus rigoureuse : les parties doivent viser les chefs de jugement contestés et motiver pour chacun leur requête (CE, 7 juin 2005 *Mahdi,* n° 259446). Sur cette question v. C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 518-519.

[6] Aucun effet dévolutif n'est produit, en procédure civile, quant aux chefs du jugement visés dans la déclaration d'appel mais non critiqués dans les conclusions (Civ. 2ème, 6 juin 2019, n° 18-18910). La solution devrait valoir en contentieux administratif car sauf à faire application d'une règle d'ordre public, en faisant produire un effet dévolutif à l'appel sur des éléments non critiqués par les parties, le juge statuerait *ultra* ou *extra petita*.

Les demandes qui tendent à *l'annulation du jugement* reposent quant à elles essentiellement sur des arguments de régularité et de procédure. Le débat se limite à des éléments tels que le bienfondé de l'exception de procédure relative à l'acte introductif d'instance à laquelle a fait droit le premier juge, à la compétence de la juridiction qui a statué en premier ressort, au respect des formes et de la motivation qui ont entouré une décision de non-lieu etc. Toutefois, il a été vu que le juge d'appel qui annule le jugement peut, à certaines conditions, décider de statuer au fond[1] et/ou d'évoquer l'affaire. Il se comporte alors d'une certaine manière en juge de première instance : l'acte juridictionnel de premier ressort ayant été anéanti, le travail d'instruction et de débat est à refaire. Le juge tient compte des prétentions, moyens et conclusions présentées par les parties en première instance, le cas échéant enrichis par les éléments produits au stade de l'appel. La matière litigieuse est alors à la fois composée d'éléments de procédure relatifs à la régularité du jugement et d'éléments de fond tendant à ce que le juge tranche le litige[2].

534. Appréciations d'ensemble. En définitive, malgré de nombreuses similarités, il semble que le degré de mutabilité du litige qu'est susceptible d'admettre le juge d'appel civil est plus important que celui admis par son homologue de l'ordre administratif. S'y ajoute la plus grande faculté dont disposent les parties d'étendre, par l'exercice de recours incidents, le champ de la matière soumise au premier. Pour le reste, peu de différences fondamentales distinguent ces deux voies de recours : toutes deux aboutissent à l'adoption d'un arrêt susceptible de pourvoi en cassation. Reste à étudier l'office confié à ces différents juges de recours.

Section 2 : Office du juge de recours

535. Fonctions générales du juge d'appel : rappel et problématiques. En droit processuel général, le juge d'appel se voit attribuer deux fonctions essentielles : une fonction de rejugement du litige et une fonction disciplinaire dont nous avons sommairement rappelé les termes. L'accomplissement de la première est rendu possible par l'exercice du pouvoir de réformation, parfois teinté d'une fonction d'achèvement du litige, dans les conditions qui ont été présentées. La seconde repose sur le pouvoir d'annulation qui lui est confié. Elle lui permet de censurer les irrégularités les plus graves commises par les premiers juges en annulant leur décision et en exigeant un réexamen régulier de l'affaire. Ce réexamen est en principe opéré

[1] C'est même un principe obligatoire pour le juge civil, art. 561 et par ex. Civ. 2ème, 9 février 2012, n° 11-17212.
[2] Dans notre matière : moyens tendant à l'engagement de la responsabilité d'une entreprise, à sa condamnation à des dommages et intérêts ou à une amende civile, à l'annulation d'un contrat ou d'un acte administratif…

par une formation de première instance mais, dans un souci de désengorgement et d'observation des délais raisonnables, l'est de plus en plus directement par la juridiction d'appel.

La confrontation de ces enseignements du droit commun au contentieux envisagé interroge à plusieurs égards. En premier lieu, la dimension technique des questions qui s'y posent – lesquelles impliquent parfois de mener des analyses économiques complexes et de tenir compte d'enjeux de politique, notamment concurrentielle – interroge sur la plus haute compétence supposée du juge d'appel pour s'en saisir pleinement[1]. En outre le juge, qu'il soit de première instance ou de recours, intervient dans certains cas consécutivement ou en parallèle de l'examen des mêmes faits par des autorités administratives spécialisées. Or les décisions adoptées par ces dernières sont susceptibles de le limiter dans l'exercice de ses pouvoirs.

Nonobstant ces sources de limitation potentielle de son office, le juge d'appel, en ce qu'il a en principe le « dernier mot » sur le fond[2], est placé au cœur du dispositif de mise en œuvre d'une part de l'arsenal législatif tendant à assurer le maintien d'une saine et libre concurrence. Lui est en effet confié un pouvoir de statuer en dernier ressort sur des questions de concurrence.

536. Tendances. Afin d'achever notre étude comparative, il nous faut aborder ces éléments à travers la présentation de deux tendances qui, bien qu'elles semblent confiner à l'antinomie, marquent concomitamment l'office du juge saisi du recours exercé contre le jugement d'un tribunal statuant en qualité d'autorité de concurrence. Si, du point de vue procédural et en contemplation du droit commun, il apparaît que ce juge est susceptible d'être quelque peu limité dans son office (§ I) ; il semble pourtant, au fil des réformes, de plus en plus placé au cœur du dispositif concurrentiel, ce dont on peut à la fois s'étonner et tirer quelques observations (§ II).

§ I – Un juge d'appel potentiellement limité dans son office

537. Sources de limitation. L'office du juge saisi de l'un des recours ici envisagés peut se trouver limité, de manière plus ou moins stricte, par plusieurs éléments. Le premier tient à la technicité, potentiellement haute, de la matière dont il est saisi. Il peut tenter de s'en affranchir en ayant recours aux mesures d'instruction et, notamment, en sollicitant l'avis d'autorités spécialisées ; ce qui n'est pas sans poser quelques questions et difficultés (A). La seconde source de limitation, en partie liée à la première, résulte de l'activité des autorités administratives spécialisées. Certains de leurs actes sont susceptibles d'exercer une influence

[1] V. R. NOGUELLOU, « L'office du juge de la régulation économique », *RDP,* 2014, n° 2, p. 329.
[2] Sauf hypothèses dans lesquelles les juridictions de cassation se saisissent du fond et apportent la solution définitive au litige. Ces hypothèses sont rares dans l'ordre judiciaire mais plus courantes dans l'ordre administratif.

non négligeable sur l'exercice de ses pouvoirs par le juge. D'autres ont pour conséquence encore plus directe de conditionner la mise en œuvre de certains de ses pouvoirs ou de le lier dans certaines de ses appréciations (B). Bien que ces limitations concernent, d'abord, le juge de première instance, ils se répercutent inévitablement sur l'office du juge de recours. Nous les évoquerons donc brièvement à ce titre.

A. Limites tenant à la technicité de la matière

538. Doutes quant à la plus grande expertise technique du juge d'appel. L'appel offre en principe au justiciable la possibilité de faire rejuger son affaire par une juridiction hiérarchiquement supérieure, réputée plus expérimentée. Il est indéniable que sur le plan juridique, les modalités d'avancement au sein de la magistrature assurent que le juge d'appel justifie d'une plus longue expérience, dont est sensée résulter une plus grande expertise, que ses homologues de première instance. La chose est plus douteuse sur le plan technique : le contentieux de la concurrence est caractérisé par ses liens consubstantiels avec l'économie et le juge doit, dans l'exercice de son office, intégrer et manier des concepts et méthodes complexes issus des sciences économiques[1]. Or il n'est pas certain qu'une plus longue expérience au sein de la magistrature soit synonyme d'une plus grande maîtrise sur ce plan. Si les aspects institutionnels, procéduraux et juridiques peuvent avoir été davantage maniés par un magistrat expérimenté qui les maîtrise de ce fait possiblement mieux que ses homologues moins avancés ; sauf à ce qu'il ait siégé au sein de juridictions spécialisées ou particulièrement exposées au raisonnement économique, rien n'assure qu'il en soit de même pour les aspects techniques, voire politiques, de ce contentieux.

La spécialisation pourrait produire cet effet, c'est d'ailleurs l'une de ses justifications. La Cour d'appel de Paris dispose d'une chambre spécialisée qui connaît de nombreux recours contre les actes d'autorités de concurrence et, plus largement, de régulation économique. Les magistrats qui y siègent sont quotidiennement confrontés à ces aspects techniques de la matière. Plus

[1] Sur le plan indemnitaire, les débats qui entourent la notion et les modalités de réparation du préjudice économique en témoignent, v. par ex. S. CARVAL, « Les dommages économiques « purs » », *in* B. DUBUISSON, P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 779 ; M. NUSSENBAUM, « La réparation du préjudice économique », *in Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, 2009, p. 342 ; J. TRAULLÉ, « La réparation du préjudice économique « pur » en question », *RTD civ.,* 2018, p. 285. Pour une étude générale v. A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* thèse précitée. Nous reviendrons plus précisément sur l'importance occupée par l'analyse économique dans le contentieux de la concurrence dans la Deuxième partie de notre recherche. V. enfin, qui appelle au développement et à l'affinement de l'analyse économique en matière de pratiques restrictives : N. HOMOBONO, « Le rôle renouvelé du ministre de l'Économie et de la DGCCRF », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives,* LGDJ, 2017, p. 189.

expérimentés que leurs collègues qui siègent au sein des juridictions spécialisées de première instance, ils remplissent les fonctions communément attribuées à l'appel. L'analyse est bien plus incertaine au sein de l'ordre administratif : l'absence de spécialisation fait douter de la nécessaire plus grande expertise technique des juges du degré supérieur. La dimension disciplinaire de l'appel est assurée sur les aspects strictement juridiques et procéduraux. Sa fonction de rejugement par des juges plus expérimentés l'est de même sur ces seuls aspects : rien n'assure que les cours d'appel sont composées de magistrats plus à l'aise avec les dimensions technique, économique, voire politique du contentieux de la concurrence.

Lorsque l'enjeu est conséquent et que les parties engagent d'importants frais pour produire des analyses techniques poussées, le juge d'appel y est confronté en dernier ressort et il n'est pas certain qu'il dispose toujours des moyens et éléments nécessaires à leur parfaite appréhension.

539. Une difficulté accentuée par un accès malaisé à la preuve. En outre, le contentieux à l'étude donne lieu à d'importantes difficultés probatoires. S'ajoute aux caractères souvent occulte et dissimulé des pratiques litigieuses le fait que l'évaluation du préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle ou de la rupture brutale d'une relation commerciale peut nécessiter des analyses et projections économiques complexes dont l'efficacité et la fiabilité dépendent largement des données disponibles pour y procéder[1]. L'établissement de la causalité entre un manquement aux règles de concurrence et les pertes subies par un concurrent n'est parfois guère plus aisé. Par ailleurs, la protection du secret d'affaires des protagonistes et du secret des enquêtes et instructions menées par les autorités administratives prive parfois tant les parties que le juge de pièces et éléments de preuve cruciaux. Si ce dernier dispose de prérogatives en la matière[2], elles ne sont pas toujours suffisantes et ces carences viennent s'ajouter aux difficultés techniques et au manque de moyens alloués au service public de la justice. Certains s'interrogent : « les juridictions étatiques d'Europe ont-elles les ressources suffisantes – à tous

[1] V. récemment à ce sujet A. DISCOURS, « Évaluation du préjudice : questions d'actualité (actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : état des lieux en France et dans l'Union – Cour d'appel de Paris, 29 mars 2019), *Concurrence,* n° 3-2019, art. n° 90919. V. aussi G. DE MUIZON, O. SAUTEL, « Qu'apporte l'économétrie à l'évaluation du dommage et des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ? », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), ouvrage précité, p. 79. Pour des développements plus approfondis à ce sujet, v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1 – Sect. 1 – § I.

[2] Dans le cadre du *private enforcement* : sur la protection du secret des affaires v. art. L. 483-2 et L. 483-3 C. com. et art. R. 775-5 CJA. Sur la communication et la production de pièces figurant dans un dossier instruit par une autorité de concurrence portant sur les mêmes faits v. art. L. 483-4 à L.483-11 et R. 483-11 à R. 483-13 C. com. et art. R. 775-12 à R. 775-14 CJA. Parmi une littérature abondante v. R. AMARO, « Transposition de la directive dommages en France : regards sur le nouveau Titre VIII du Livre IV du Code de commerce » précité ; S. CARVAL, « Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles : à propos de l'ordonnance et du décret du 9 mars 2017 », précité ; L. IDOT, « La preuve en droit de la concurrence », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), ouvrage précité, p. 157.

points de vue – pour absorber le contentieux massif qui pourrait se développer dans les années à venir […] ? »[1]. En tout état de cause, il résulte de tout cela que le juge n'a bien souvent d'autre choix que de s'en remettre à l'expertise de protagonistes extérieurs.

540. Recours aux mesures d'instruction et appui des autorités administratives spécialisées. Muni d'un pouvoir de réformation qui le conduit à rejuger le fond de l'affaire sur les éléments contestés par les parties au recours, le juge d'appel dispose de pouvoirs d'instruction identiques à ceux de son homologue de première instance ; le droit commun de la procédure civile et du contentieux administratif s'applique sur ce plan. En particulier, l'importance de l'expertise dans les contentieux économiques et de concurrence n'est plus à démontrer[2] mais il peut être craint que les moyens octroyés au service public de la justice soient dans certaines circonstances insuffisants pour appréhender et éventuellement remettre en cause de longues expertises diligentées par les parties et les rapports et analyses détaillés produits par elles.

Dans de telles circonstances, l'on conçoit l'importance que le juge d'appel – en particulier celui, non spécialisé, de l'ordre administratif – peut être conduit à accorder aux avis livrés par les autorités administratives spécialisées et, en premier lieu, par l'Autorité de la concurrence. Sur la question de l'évaluation du préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle[3], il peut en effet éprouver une grande peine à se départir d'un tel avis, ce qui soulève quelques questions au regard du principe d'impartialité[4]. Nous reviendrons plus longuement sur ces questions dans le deuxième temps de notre recherche[5]. À ce stade, observons que même lorsqu'elles ne sont pas directement sollicitées, l'activité et les actes de ces autorités ont un impact inévitable sur l'office et les pouvoirs du juge, y compris dans le cadre des recours à l'étude.

B. Limites résultant de l'activité des autorités administratives

541. Influence directe ou indirecte sur l'office du juge d'appel. L'exercice de son office et la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge sont influencés, encadrés, limités voire conditionnés par l'activité et certains actes des autorités administratives de concurrence à plusieurs stades.

---

[1] R. AMARO, article précité, l'auteur traite du seul contentieux du *private enforcement* mais une interrogation similaire existe concernant le contentieux des pratiques restrictives. V. encore, pour un propos général relatif au droit *antitrust*, D. BOSCO, « Misère de la justice économique française (le cas du contentieux de la concurrence) », *CCC*, n° 4, avril 2011, repère 4.
[2] G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », précité.
[3] Art. R. 481-1 C. com. et R. 775-3 CJA.
[4] T. D'ALÈS, A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP E,* 2014, 1306, spéc. n° 28-31, qui craignent qu'une atteinte au principe d'impartialité puisse résulter de l'intervention de l'Autorité de la concurrence sur une affaire dont elle a tranché le volet *public enforcement.* Nous reviendrons sur ces questions (v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1).
[5] V. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1

Bien que ces limites concernent tant les juridictions de première instance que le juge de recours, nous insisterons sur les effets qu'elles produisent sur la fonction du second.

En matière de pratiques restrictives de concurrence, c'est l'impulsion ministérielle qui conditionne la mise en œuvre de certains de ses pouvoirs par le juge (1). En matière de pratiques anticoncurrentielles[1], les actes et décisions d'autorités administratives spécialisées peuvent produire sur son office des effets allant d'une simple influence d'ampleur incertaine (2) à un encadrement impératif (3).

1. L'impulsion ministérielle en matière de pratiques restrictives

542. Le pouvoir d'impulsion du ministre de l'Économie. Outre les justiciables qui y ont intérêt, trois autorités sont habilitées à initier la saisine du juge en vue de la poursuite et de la sanction de pratiques restrictives de concurrence : le ministère public, le président de l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie. Il a été vu qu'en pratique, parmi ces trois autorités, seul ce dernier dispose et use effectivement de cette prérogative[2].

Si l'on s'intéresse aux mesures strictement répressives, seuls le ministre et le ministère public peuvent saisir le juge d'une demande tendant au prononcé de l'amende civile[3]. La mise en œuvre, par ce dernier, des pouvoirs répressifs qui lui sont confiés en matière de pratiques restrictives est ainsi sous la dépendance de l'action du ministre de l'Économie. Il a été parlé à ce sujet du passage « d'un contrôle direct du prix par l'administration à un contrôle judiciaire du prix à l'initiative de l'administration »[4]. Puisque cette impulsion conditionne la mise en œuvre de son pouvoir de sanction par le juge de première instance, elle affecte indirectement l'office du juge du recours en empêchant *de facto* toute intervention de sa part.

2. L'influence des actes de *soft law* des autorités administratives spécialisées

543. La prise en compte des actes de *soft law* par le juge. Les débats relatifs à la portée normative des actes de *soft law* adoptés par les autorités administratives de concurrence ont été présentés, nous n'y reviendrons pas. Notons simplement qu'a été observée une tendance à la

[1] Qu'il s'agisse du volet *private enforcement* ou du volet *public enforcement* lorsqu'il est mis en œuvre par les juridictions administratives.
[2] V. *supra*, n° 241 et s.
[3] Art. L. 442-4, al. 3 C. com.
[4] V. MALASSIGNÉ, « Le contrôle du prix », *in* A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.), *La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 90892, n° 23. L'auteur consacre son étude à un champ plus large mais y intègre la répression des pratiques restrictives de concurrence.

prise en compte par les juridictions nationales de tels actes, quand bien même ils seraient à l'origine destinés aux autorités administratives[1].

En outre, en matière de *private enforcement*, un document de travail de la Commission européenne adresse directement aux juridictions nationales un guide pratique relatif à l'évaluation du préjudice concurrentiel[2]. S'il concerne en principe les seules actions revêtant une dimension européenne, il semble que les juridictions, judiciaires et administratives, en tiennent compte, par des modalités qu'elles sont libres de déterminer, y compris lorsque les actions concernent des pratiques strictement internes. En témoignent les nombreuses similarités entre les éléments contenus dans ce guide européen et les différentes fiches méthodologiques consacrées à la question qui ont été publiées par la Cour d'appel de Paris[3].

Enfin, lorsqu'elles font application du droit *antitrust*, il apparaît que les juridictions administratives ont le souci de ne pas s'écarter trop largement des solutions rendues par l'Autorité de la concurrence[4] et semblent également, sans que les modalités en soient parfaitement perceptibles, prendre en considération les différentes communications et lignes directrices que l'Autorité publie en la matière. Cette prise en compte demeure facultative et libre dans sa forme[5]. Si elle est un facteur d'harmonisation, voire de coopération dont l'apport est certain, cette influence peut de nouveau soulever quelques questions quant à la pleine autonomie du juge et à la consistance de son office.

3. L'autorité de la chose décidée par les autorités administratives de concurrence

544. *« Follow-on action »* et obligation de surseoir à statuer. L'influence des procédures menées et décisions adoptées par l'autorité administrative nationale ou européenne de concurrence est grande lorsque l'action indemnitaire est engagée alors que la procédure administrative est en cours ou en cas de « *follow on action* » exercée après l'adoption d'une décision de *public enforcement* par l'autorité compétente.

---

[1] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 1069 et s.
[2] Comm. CE, *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne,* 2013.
[3] V. CA Paris, « Fiches sur la réparation du préjudice économique » (27 fiches disponibles sur le site de la Cour dont certaines concernent spécifiquement l'évaluation et la réparation du préjudice concurrentiel).
[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise au regard de la jurisprudence judiciaire », *in* Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publication de la Sorbonne, 2002, p. 45 et D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence,* thèse précitée, p. 319 et s., qui explique que l'activité du Conseil (actuelle Autorité) de la concurrence et de la Commission, sont une source d'inspiration privilégiée par le juge administratif, même lorsqu'elle repose sur l'adoption d'actes dénués de valeur contraignante pour ce dernier.
[5] Ce que rappelle avec force la Cour de cassation à propos des avis de la Commission, v. Com., 20 janvier 2015 *Sté Chevron Products Company*, n° 13-16745.

Le droit européen impose que le juge national n'adopte aucune décision qui irait à l'encontre d'une décision de la Commission – ce qui n'est qu'une application classique du principe de primauté du droit et de la jurisprudence communautaires[1]. Mais il lui enjoint aussi d'éviter d'adopter une décision qui irait à l'encontre d'une « décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission » – ce qui est plus original – et laisse à ce juge national le soin « d'évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure »[2]. Ainsi, le fait qu'une procédure soit pendante devant la Commission peut contraindre le juge prudent à surseoir à statuer[3] ; sursis à statuer qu'il s'impose d'ailleurs lorsque c'est devant l'Autorité de la concurrence qu'une procédure est en cours[4]. C'est néanmoins, une fois encore, le juge de première instance qui est le principal concerné par ces décisions et/ou obligations de surseoir à statuer. Elles ne font que reporter l'intervention potentielle du juge de recours.

545. L'autorité de chose décidée par les autorités nationales et européennes de concurrence. L'office et les pouvoirs du juge sont plus fortement perturbés encore lorsqu'il a à connaître de pratiques sur lesquelles une autorité nationale ou européenne de concurrence s'est préalablement prononcée par une décision devenue définitive[5]. La limitation affecte ici directement le pouvoir de réformation du juge et concerne tant le juge de première instance que les juridictions de recours compétentes.

D'abord, il a été vu que, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017[6], le constat d'une infraction par une décision insusceptible de recours ordinaire rendue par l'autorité nationale de concurrence[7] ou par la Commission[8] a, devant le juge, la force probante d'une

[1] V. art. 288 TFUE.
[2] Art. 16 Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 précité.
[3] Ce qu'il semble se résoudre à faire v. par ex. TGI Rennes, 17 octobre 2013 (cité par L. VOGEL, ouvrage précité, n° 566) qui sursoit à statuer dans l'attente que le recours contre une décision de la Commission portant sur des pratiques anticoncurrentielles, faisant l'objet d'une demande indemnitaire en son prétoire, soit tranché.
[4] Le Tribunal de commerce de Paris a décidé que le juge saisi d'une demande indemnitaire en réparation des conséquences d'une pratique anticoncurrentielle ayant fait l'objet d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence doit surseoir à statuer dans l'attente que la décision de cette dernière soit devenue définitive (T. com. Paris, 11 mai 2012, cité par L. VOGEL, ouvrage précité, n° 566).
[5] C'est l'hypothèse de la *follow-on action* qui est la plus courante en pratique et qui est celle à laquelle les législateurs européen et national ont accordé la plus grande importance. V. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, précité et J. ADDA, R. AMARO, J.-F. LABORDE, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », *AJDA*, 2019, p. 320. Pour des développements plus approfondis sur les éléments qui suivent, v. *supra*, n° 240 et s.
[6] Art. L. 481-1 C. com. créé par l'ordonnance n° 2017-303 adoptée aux fins de transposition de la directive européenne n° 2014/104/UE précitée.
[7] Le texte est plus précis et vise l'Autorité de la concurrence ou la juridiction de recours. La précision n'est pas anodine : les actes adoptés par la DGCCRF en répression de pratiques anticoncurrentielles de dimension locale ne bénéficient pas de cet effet probatoire dans le cadre d'une éventuelle action consécutive.
[8] Art. L. 481-2, al. 3 C. com. Si l'expression diffère, les effets produits sont semblables.

présomption irréfragable[1/2]. Il en résulte que, dans ces hypothèses, le juge ne peut porter aucune appréciation divergente : la pratique constatée par de telles décisions définitives « est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne » condamnée par l'autorité de concurrence. Le juge se trouve ainsi privé d'une partie de son office[3] – et les parties de leur faculté de discuter certains éléments de fond – qui ne consiste plus qu'à s'assurer de l'existence d'un lien de causalité et à chiffrer le préjudice[4]. Il s'agit là d'une autorité de chose décidée qui produit à l'égard du juge un effet semblable à l'autorité de chose jugée[5]. Son champ paraît d'ailleurs plus large que cette dernière à l'égard des tiers[6]. Il est par ailleurs remarquable que, même lorsque la procédure engagée par l'Autorité de la concurrence ou la Commission s'est soldée par l'adoption d'engagements – solution qui aboutit au prononcé d'un non-lieu et qui n'emporte ni reconnaissance de culpabilité ni, *a fortiori*, sanction – les juridictions saisies d'actions indemnitaires à propos des mêmes faits sont encouragées, sinon contraintes, à tenir compte de la décision d'engagements. L'influence semble, là, bien déborder le champ prévu par le texte. Ces solutions ont donné lieu à de nombreux débats et inquiétudes[7].

En outre, une présomption simple de préjudice est posée lorsqu'une entente horizontale est constatée par une décision définitive[8]. Cette dernière emporte un inversement de la charge de

---

[1] Art. L. 481-2, al. 1er C. com.

[2] Pour rappel, lorsque la pratique est constatée par une autorité et/ou une juridiction d'un autre état membre, elle constitue un simple « moyen de preuve de la commission de cette pratique » (art. L. 481-2, al. 2 C. com).

[3] L'art. 12 CPC intègre à l'office du juge la qualification juridique et la jurisprudence le contraint à requalifier lorsque les qualifications proposées par les parties sont erronées (Ass. plén., 21 décembre 2007 *Dauvin*, précité).

[4] V. à ce sujet et abordant d'autres problématiques : T. D'ALÈS, A. CONSTANS, article précité.

[5] Pourtant, le concept d'autorité de chose décidée avait justement été invoqué pour décrire l'influence que produit un acte administratif sur le juge sans pour autant le lier ou s'imposer à lui (J.-J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence,* précité, n° 198-201). Un autre auteur a parlé « d'autorité morale qui s'attache à l'expérience du « sachant » » pour décrire cette influence informelle que produisaient jusqu'alors les décisions des autorités administratives spécialisées sur les appréciations et décisions du juge (L. IDOT, « Réflexions sur l'application des principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* n° 2-2006, art. n° 46440). Dorénavant, les effets sont juridiques et contraignants.

[6] Alors que l'autorité de chose jugée n'a qu'un effet relatif, entre les parties à l'instance (v. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1190 : « La chose jugée qui lie les plaideurs n'a aucun effet à l'égard des tiers : « *Res inter alios judicata nec nocet, nec prodest* ». Le jugement ne peut créer directement de droits ou d'obligations en faveur ou à l'encontre de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés […] ») l'autorité de chose décidée telle qu'elle vient d'être décrite semble pouvoir être opposée à, ou par, des tiers qui n'étaient pas parties à la procédure devant l'Autorité de la concurrence.

[7] V. sur le plan interne : TGI Paris, 22 février 2018 *Betclic c/ PMU*, n° 15/09129 et aussi CA Paris, 20 décembre 2017 *SA SREP et a. c/ SARL DKT*, n° 15/07583 ; sur le plan européen : CJUE, 23 novembre 2017 *Gasorba SL et a. c/ Repsol*, aff. C-547/16, spéc. § 29. Sur ces trois décisions v. R. AMARO, J.-F. LABORDE, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles,* précité, n° 216-231, qui concluent ainsi « reste qu'en pratique, cet effet probatoire limité de la décision d'engagements pourra se muer en « autorité de fait » sur le juge de la réparation. Il y a même fort à parier que l'indépendance du juge par rapport à l'appréciation préalable de l'autorité de la concurrence soit proportionnelle à sa maîtrise du droit de la concurrence… ».

[8] L'art. L. 481-7 C. com. dispose sommairement « Il est présumé jusqu'à preuve du contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice ». Ces dispositions ne sont applicables qu'aux faits survenus après l'entrée en vigueur de la réforme et le droit antérieur est empreint d'une certaine confusion : si la Cour de cassation refuse, sur son fondement, de déduire du constat d'une pratique anticoncurrentielle une présomption de préjudice (Com.,

la preuve dans le cadre d'une action en réparation davantage qu'elle ne modifie ou restreint substantiellement l'office du juge. Reste qu'ajoutée à la présomption irréfragable qui vient d'être présentée, elle réduit encore le champ de son pouvoir d'appréciation, y compris en appel.

546. Appréciations d'ensemble. Ainsi apparaît-il que, bien que confiés à des juges de première instance – dont l'activité et les décisions font l'objet d'un contrôle de fond et de forme rendu possible par la faculté offerte aux parties d'interjeter appel – ces champs du droit de la concurrence sont loin d'être exempts de toute influence des autorités administratives. S'intéressant au *private enforcement,* des auteurs ont même parlé d'une remise en cause de la « relation triangulaire » à laquelle donne en principe lieu le procès : outre les parties en litige et le juge, l'autorité administrative de concurrence apparaît comme un « quatrième acteur » qui s'y voit octroyer une capacité d'intervention « omnisciente » lui permettant de « jouer […] un rôle déterminant à de nombreux stades de la procédure (caractérisation de la faute, évaluation du préjudice, réunion des éléments de preuve) privant le juge de son office traditionnel »[1].

Si l'office et les pouvoirs des juges de premier degré sont les premiers à en subir des perturbations et restrictions ; ceux du juge d'appel, qui intervient en dernier ressort, n'en sortent pas indemnes, tant s'en faut. La répartition des rôles est peu claire et l'équilibre fragile car, nonobstant ces perturbations, la volonté semble bien avoir été de replacer le juge au cœur de la mise en œuvre de l'arsenal législatif consacré à la préservation de la libre concurrence.

§ II – Un juge d'appel placé au cœur du dispositif concurrentiel ?

547. Des juges en première ligne de la mise en œuvre d'une part de l'arsenal concurrentiel. Le juge d'appel est, dans les matières qui viennent d'être envisagées, placé au cœur de la mise en œuvre du dispositif concurrentiel. Ce sont les juges de fond qui sont en première ligne et à la manœuvre, qui impulsent une jurisprudence façonnée en appel puis régulée, lorsque des pourvois sont exercés, par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Il ne s'agit plus pour le juge de recours de contrôler l'exactitude du raisonnement mené par une autre autorité, extérieure à la hiérarchie judiciaire et de s'assurer de la régularité des procédures qu'elle conduit et actes qu'elle adopte. Ce cadre, la différence de nature entre le contrôleur et le contrôlé et l'absence de rapport hiérarchique entre eux pouvaient faire craindre que le premier s'arroge les pouvoirs

6 octobre 2015, n° 13-24854 et Com., 13 septembre 2017, n° 15-22837 et 15-23070) les juridictions de fond semblent avoir parfois anticipé l'application du droit nouveau (TGI Paris, 22 janvier 2018, n° 15/09129 ; T. com. Paris 30 mars 2015, n° 2012000109 ; CA Paris, 26 mai 2013, n° 12/04441). La Cour d'appel de Paris semble finalement s'être rangée à la position de la Cour de cassation (V. CA Paris, 6 mars 2019, n° 17/21261 et CA Paris, 6 février 2019, n° 17/04101). Sur cela v. R. AMARO, J.-F. LABORDE, ouvrage précité, n° 190-194 et n° 201.

[1] T. D'ALÈS, A. CONSTANS, article précité, n° 33.

du second et substitue ses appréciations et actes aux siens ; la crainte du retour d'un juge administrateur qui se ferait régulateur a été ainsi ravivée.

Rien de tel ici : le juge d'appel, qu'il soit administratif ou judiciaire, exerce son office traditionnel et dispose en principe des pleins pouvoirs de réformer les jugements de première instance, voire de les annuler lorsqu'ils sont affectés d'une irrégularité grave. Législateurs européen et national ont ainsi pleinement fait des juges du fond, parfois même sans les spécialiser, des autorités de concurrence à part entière s'engageant par là un peu plus dans la voie de ce qui a été qualifié de « régulation judiciaire »[1]. L'influence des autorités administratives spécialisées est néanmoins loin d'avoir été chassée.

548. L'influence persistante des autorités administratives : coopération, complémentarité, guerre des pouvoirs ? Les modalités par lesquelles les autorités administratives de concurrence – nationales et européenne – influencent le travail du juge, y compris dans les champs relevant pourtant de sa seule compétence, viennent d'être étudiées. L'ampleur de cette influence pose la question de la marge de manœuvre et de l'autonomie qu'il reste à ces juridictions, voire de l'apparition d'une forme d'ingérence dans leurs pouvoirs[2].

Alors que le souhait était celui d'une complémentarité, voire d'une coopération entre les différents acteurs de mise en œuvre du droit de la concurrence, il est légitime de s'interroger sur la mutation vers une forme de concurrence[3] ou de « guerre des pouvoirs » déjà constatée ailleurs[4]. Ce combat, s'il existe ou a vocation à se développer, est à armes inégales. Que vaut, notamment aux yeux du justiciable, l'analyse concurrentielle et la décision d'une juridiction, potentiellement non spécialisée, rendue au terme d'une instruction, de débats et d'une analyse limités par des considérations budgétaires et le souci de ne pas encombrer davantage les prétoires face à la décision d'une autorité administrative spécialisée, mieux dotée en moyens d'investigation et en personnels dont le cœur de métier est l'analyse et la régulation concurrentielles ? Une prévalence est clairement accordée à l'action et aux décisions des autorités administratives y compris dans les champs où le premier rôle a été confié au juge.

---

[1] E. BALATE, S. MENÉTREY, « Des magistratures économiques à la régulation judiciaire », *RIDE*, 2013/4, p. 533.
[2] Évoquée par d'autres dans le cadre de l'application du droit européen (J.-C. FOURGOUX, « Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement 1/2003 sur les règles de concurrence ? », *RLC*, n° 2005/4, p. 124).
[3] M. DESCHAMPS, R. POESY, « Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles », *RIDE*, 2013/4, p. 569, spéc. n° 15 : « de complémentaires, les procédures [devant l'Autorité de la concurrence et devant les juridictions] deviennent alors concurrentes ».
[4] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ? », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90890, qui mobilise cette expression pour décrire les rapports entre l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF en matière de lutte contre les pratiques restrictives.

Cette prévalence est telle qu'un auteur a relevé son « radicalisme »[1]. Elle a pour conséquence de remettre largement en cause l'office et les pouvoirs traditionnels du juge, en première instance et en appel. Les équilibres sont précaires et tout cela confine à la confusion.

Conclusion du Chapitre 3

549. Conséquence de la multiplication des autorités habilitées à faire application du droit de la concurrence, le juge de recours, qui est le plus souvent saisi de l'acte d'une autorité administrative, est conduit en matière de *private enforcement,* de lutte contre les pratiques restrictives et d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à l'activité administrative, à se prononcer sur les jugements adoptés par des juridictions de premier ressort.

Son rôle est alors, en apparence, semblable à son office classique de juge d'appel : porter une appréciation, en droit et en fait, sur la décision des premiers juges qu'il a le pouvoir de réformer, voire d'annuler lorsqu'elle est atteinte d'un vice irrémédiable. Le droit commun de l'appel – civil et administratif – est applicable, avec cette précision que la compétence est attribuée à une juridiction judiciaire spécialisée alors qu'elle est régie par le droit commun lorsqu'elle relève de l'ordre administratif. Outre quelques disparités entre ces deux procédures, notamment sur le terrain de la mutabilité du litige, les recours produisent des effets similaires.

Une étude plus approfondie conduit néanmoins au constat de quelques spécificités : en ces matières, le juge voit son office et ses pouvoirs limités par l'activité des autorités administratives spécialisées. Lorsque son intervention n'est pas conditionnée par l'impulsion de l'une d'elles, il est souvent conduit à s'en remettre à leurs appréciations, actes et décisions ; soit que la technicité de la matière et son manque de moyens pour y faire face l'en décident, soit que les conséquences juridiques que la loi fait produire à leurs décisions l'y contraignent.

Le tout provoque un sentiment de confusion. Alors qu'il avait été placé au cœur du dispositif de mise en œuvre de cette fraction du droit de la concurrence par l'exercice de son office classique dans le cadre d'une instance essentiellement régie par le droit commun, le juge de recours voit certains des principes fondamentaux du droit processuel quelque peu bouleversés. Cela n'est pas sans incidence sur l'équilibre sur lequel repose le paysage institutionnel national, ni sur les droits des parties et les modalités de traitement de leurs recours.

[1] E. CLAUDEL, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », précité. L'auteur traite de l'autorité des décisions de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'action de groupe engagée en *follow-on* après une condamnation des pratiques qui résultait de la « loi Hamon ». Cette solution a, depuis, été généralisée dans des conditions qui viennent d'être rappelées.

CONCLUSION DU TITRE II

550. L'état d'éclatement du contentieux constaté, restait à en mesurer les conséquences au stade du traitement des recours juridictionnels exercés contre les actes des autorités chargées de la mise en œuvre, au « premier degré », du droit de la concurrence.

Certains font l'objet d'un régime spécifique, d'autres ont dû être organisés en application d'un droit commun pas toujours adapté. Certains relèvent de la compétence de juridictions spécialisées, d'autres de juridictions de droit commun. Certains sont tranchés par des juges de premier ressort qui statuent à charge d'appel, d'autres par une juridiction d'appel qui statue en premier et dernier ressort laissant ouverte la seule voie du pourvoi en cassation. D'autres encore sont confiés à une juridiction suprême qui rend des décisions revêtues de la force de chose jugée. Ces disparités interrogent, d'autant qu'elles concernent parfois une même matière[1].

551. La plupart de ces recours ont pour objet principal la légalité d'un acte administratif et sont qualifiés d'objectifs par emprunt des catégories du contentieux administratif. Le mimétisme est selon certains tel que la Cour d'appel de Paris se transmuterait en juridiction administrative lorsqu'elle est saisie de recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence[2]. Il semble pourtant qu'elle exerce une fonction pas si éloignée de son office traditionnel, réservant l'accès à son prétoire aux protagonistes de la première « instance » et acceptant d'exercer, au terme d'un contrôle approfondi et lorsque les conditions sont réunies, son pouvoir de réformation qui la conduit à endosser les pouvoirs de l'auteur de l'acte litigieux. Elle se refuse toutefois à s'arroger ceux des pouvoirs qui sont au cœur de la fonction régulatoire de l'Autorité.

Les juridictions administratives appliquent, elles, les principes du contentieux administratif : le juge permet un plus large accès à son prétoire sans jamais limiter ses pouvoirs au prononcé de l'annulation de l'acte. Lorsque le recours est de plein contentieux, il endosse les pouvoirs de son auteur pour « refaire » ce que l'autorité administrative avait mal fait ; lorsque le recours est pour excès de pouvoir, il use de son pouvoir d'injonction pour indiquer à l'administration, parfois avec détails et précision, la marche à suivre. Le tout le conduit à exercer une influence déterminante, parfois même lorsque le vice affectant la procédure administrative conduit à remettre en cause l'instruction menée et les éléments de preuve obtenus. Le juge « méta-régulateur » se meut alors en « régulateur occasionnel ». L'observation vaut d'autant plus depuis qu'il a ouvert son prétoire au recours contre les actes de *soft law* des autorités de

[1] Que l'on songe par exemple au recours contre les actes adoptés en répression des pratiques anticoncurrentielles.
[2] P. DELVOLVÉ, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », précité.

concurrence. Pourtant moins marqué du souci de ne pas se faire administrateur, le juge judiciaire semble ainsi, à certains égards, plus respectueux de l'autonomie des autorités administratives de concurrence et moins enclin à se faire régulateur à part entière.

552. Les autres recours sont d'apparence plus proches du droit judiciaire : des juges d'appel sont saisis du recours contre le jugement d'une juridiction de premier degré – spécialisée ou non – ayant agi en qualité d'autorité de concurrence. Le réflexe du processualiste est d'engager l'analyse à l'aune du droit commun de l'appel. Pourtant, on constate que le juge de recours se trouve contraint à plusieurs stades cruciaux par les actes d'autorités administratives. C'est ainsi là où il s'était vu confier un rôle de premier plan que son office est le plus bouleversé et ses pouvoirs limités. Le rapport s'inverse : la crainte devient celle d'un régulateur dont l'activité, l'acte ou l'avis lierait le juge, le privant d'une part importante de ses pouvoirs.

553. Le thème du rapprochement des procédures juridictionnelles est classique et ses raisons connues. Dans notre champ, les exigences constitutionnelles et européennes favorisent le développement d'un contrôle approfondi sur de nombreux éléments de la procédure administrative et de son résultat par les juridictions des deux ordres. L'articulation d'un incertain droit à la preuve et de la protection du secret légitime, qu'il soit des affaires ou de l'instruction, tend également à s'harmoniser sous cette influence. Il n'en demeure pas moins que des différences persistent. Outre les risques qu'elles emportent quant à l'unité et à l'application harmonisée de la matière, elles ne sont pas sans conséquence sur les droits des opérateurs. De plus, elles troublent et fragilisent l'équilibre que le réformateur de 1986 avait souhaité instituer et qui a été modifié, par petites touches, au fil de réformes d'envergure variable ; sans que la question de sa refonte n'ait jamais encore été pleinement abordée.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

554. L'éclatement progressif. Lors de l'élaboration de la réforme consacrant la libéralisation de l'économie française, les questions institutionnelles et la désignation du juge compétent pour contrôler les nouvelles autorités érigées ont été placées au cœur de luttes de pouvoirs. Cela a conduit à la relégation, au second plan, des considérations techniques et de cohérence juridique. Les conséquences ne se firent pas attendre : peu après l'adoption de l'Ordonnance de 1986, le constat d'un inévitable éclatement du contentieux naissant de la mise en œuvre du « nouveau droit de la concurrence » et de l'exercice de recours contre les actes adoptés par les autorités de « premier ressort » a pris le pas de l'objectif d'unification affiché.

Dans les décennies qui suivirent, les réformes successives qui ont eu pour objet de diversifier les autorités habilitées à mettre en œuvre l'arsenal normatif tendant au maintien d'une libre concurrence et de les doter de nouveaux outils n'ont fait qu'aggraver cet état d'éclatement. Le législateur a accordé une inconstante attention à la question du contrôle juridictionnel dont doivent pourvoir faire l'objet les actes adoptés par ces autorités. Lorsque ce n'est pas par son action qu'il a consacré le retour des juridictions administratives dans des champs dont elles avaient été écartées, c'est par son silence qu'il a permis des entreprises de reconquête et rendu nécessaire le recours à un droit commun à bien des égards inadapté.

À l'étude du droit positif, il est bien délicat de présenter avec clarté la répartition des rôles entre les diverses autorités chargées de la mise en œuvre de cet arsenal[1] et de dresser un tableau lisible du rattachement des actes de chacune à la juridiction de recours compétente et aux modalités de contrôle qui lui sont applicables. Outre les charges qu'il fait peser sur le justiciable et les difficultés procédurales susceptibles d'en résulter, cet état du contentieux constitue une menace pour l'unité de la matière et la garantie des droits des opérateurs concernés.

555. Les conséquences nuisibles. Au stade de l'exercice et du traitement du recours, le mouvement de rapprochement des contentieux administratif et judiciaire tend heureusement à atténuer les principales différences : le juge opère, sauf exception, un contrôle approfondi sur

[1] Là n'est pas le cœur de notre sujet mais à titre d'illustration, alors que certains ont avancé que le Conseil de la concurrence était devenu « juge du contrat » (R. POESY, « Le Conseil de la concurrence, juge du contrat », *LPA,* 2000, n° 210, p. 4, qui insiste sur les pouvoirs dont bénéficie le Conseil quant au contenu des contrats conclus en exécution d'injonctions) d'autres ont démontré que le juge était devenu, dans son office de contrôle de l'exécution des engagements pris en matière de concentration, « juge de l'organisation du marché » et « de l'opération de concentration » (F. BLANC, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, précité, p. 341-377) ou un « auxiliaire de l'Administration » (A. LYON-CAEN, « Le contrôle des concentrations : étude de la loi française et de la proposition européenne », *RTD eur.*, 1976, p. 462).

les procédures diligentées et actes adoptés en « première instance » par ces autorités et veille au respect de principes et garanties fondamentaux. Reste que des différences persistent et qu'elles ne sont pas sans effet. Certaines tiennent au modèle de chaque contentieux, davantage forgé pour assurer la protection des droits individuels et subjectifs pour l'un alors que la défense de l'intérêt général est historiquement la pierre angulaire de l'autre. Elles conduisent à d'inévitables disparités sur les conditions d'accès à la qualité de partie, sur les droits et obligations des différents protagonistes, sur les modalités de représentation de l'intérêt général ou encore sur l'office et les pouvoirs du juge de recours. D'autres tiennent davantage à la culture de chaque juge, à la conception que chacun a de son office et produisent des conséquences plus délicates à apprécier sur le maniement de leurs pouvoirs d'annulation, de réformation voire d'injonction. S'il pouvait être attendu que le juge judiciaire s'embarrasse moins de la crainte de se faire administrateur – ou régulateur – que son homologue administratif, on constate qu'il a parfois plus de retenue à enjoindre ou à substituer ses appréciations et décisions à celles d'une autorité spécialisée que ne le fait ce dernier, notamment lorsque l'intégralité de la procédure administrative a dû être annulée.

556. Une réorganisation nécessaire. Ce sont alors des interrogations d'ordre institutionnel, voire politique, qui émergent : quelle doit être la place du juge dans le processus de régulation de la concurrence ? Quelle doit être celle de l'autorité administrative ou du régulateur dans le processus juridictionnel ? Les réponses à ces questions pourraient dépendre de la qualité du juge auquel est confié le recours : est-il spécialisé ? Convient-il qu'il le soit ? Doit-il statuer en premier ressort, en dernier ressort sous contrôle d'un juge de cassation ou par des décisions définitives ? Dispose-t-il des moyens de se prononcer utilement sur le fond ?

Dans une recherche de complémentarité et de coopération entre ces diverses autorités, le législateur a tenté d'adapter l'existant pour répondre aux spécificités de la matière. Cela a conduit à une remise en cause quelque peu improvisée et acrobatique de certains principes fondamentaux, notamment du droit processuel. Témoignant de la difficulté de fondre ce contentieux dans les catégories et principes du droit commun, ce désordre et ces incertitudes sont nuisibles à la poursuite efficace des objectifs de la matière et de l'intervention du juge. Alors, faute d'être parvenu à adapter, peut-être est-il temps de réorganiser. Une réflexion d'ensemble mérite d'être menée afin de redonner sa rationalité à ce contentieux désordonné par de trop nombreuses réformes parcellaires. Pour ce faire, la perspective doit être inversée. La détermination des objectifs du contrôle juridictionnel doit précéder celle des modalités de sa mise en œuvre et la désignation du juge auquel son exercice doit être confié.

PARTIE II : UN ESSAI DE RÉORGANISATION EN DROIT PROSPECTIF

557. Champ de la réorganisation proposée. Le droit positif qui régit le recours contre les actes des autorités nationales de concurrence est insatisfaisant et nous avons identifié une lacune d'ordre méthodologique comme principale source de cet état. Il faut par conséquent réorganiser en repensant la méthode. Précisons au préalable le champ de la démarche entreprise.

L'étude porte sur les recours et le contrôle juridictionnels dont sont susceptibles de faire l'objet les actes adoptés, en « premier ressort », par les autorités nationales de concurrence. Elle n'a pas pour ambition de critiquer de manière détaillée, ni de proposer de réorganiser le paysage institutionnel au sein duquel est mis en œuvre le droit de la concurrence. L'objet des développements à venir n'est donc pas de proposer de modifier, de réduire ou de multiplier la forme, la nature ou le nombre de ces autorités de « premier ressort ». Leur nature étant susceptible d'exercer une forte influence sur le recours dont peuvent faire l'objet leurs actes, elle sera évoquée et pourra faire l'objet de propositions mais dans cette seule perspective d'améliorer l'état du droit relatif à l'exercice et au traitement du recours juridictionnel.

558. Lacunes à corriger. Sur ce plan, la méthode suivie par le législateur est lacunaire à deux égards. D'abord, du fait de la prise en compte de trop nombreux éléments étrangers à l'efficacité et à la cohérence juridiques du système de recours organisé. Sans s'interroger au préalable sur les objectifs de ces recours, le législateur a, dans un premier temps au moins, surtout cherché à résoudre des luttes d'influence politique et de pouvoirs. Ceci l'a contraint, ainsi que le juge, à aménager au fur et à mesure les modalités d'exercice et de traitement de ces recours pour répondre à des objectifs qu'il aurait été plus convenable de définir préalablement. Ensuite, elle l'est du fait du caractère inachevé de son œuvre. Alors que le droit de la concurrence se caractérise par son unité fonctionnelle[1] et que les considérations institutionnelles et procédurales sont indissociables de ses éléments substantiels, le législateur a peu à peu semblé se désintéresser, à l'occasion de réformes parfois considérables, de la question des modalités de recours et de contrôle juridictionnels des actes des autorités nationales de concurrence. Il lui avait pourtant accordé une attention particulière lors de la refonte de la matière en 1986.

La réorganisation du cadre et des modalités de contrôle juridictionnel des actes desdites autorités implique d'inverser la dynamique. Que l'on estime nécessaire de les spécialiser et/ou

[1] Sur laquelle v. *supra*, n° 27.

de les particulariser ou que l'on juge suffisant et préférable de les abandonner au droit commun, les recours envisagés participent, à l'instar des actes qui en sont l'objet, d'un système global qui poursuit des objectifs déterminés et communs. Il est par conséquent impératif que la réflexion soit globale, sans que l'hétérogénéité des institutions de « premier ressort » ne constitue un prétexte à des réflexions et règlementations fractionnées au stade du recours et des modalités de mise en œuvre de son contrôle par le juge.

559. Méthode. Sans prétendre soumettre une proposition achevée et directement opératoire, ce qui s'apparenterait à un travail de légistique et conduirait à nous détourner des finalités de ce travail de thèse, notre objectif est de proposer un modèle sur lequel sera appuyée l'entreprise de réorganisation. Ce modèle permettra, sur le plan théorique, de nourrir la réflexion. Il complètera les constats faits dans le premier temps de notre recherche en démontrant le besoin que créent les difficultés rencontrées de s'affranchir de catégories et distinctions que l'habitude a parfois conduit à frapper du sceau de l'évidence. En outre, plusieurs des propositions que nous détaillerons permettront de saisir, sans souci d'exhaustivité, certains des intérêts pratiques qui résulteraient d'une telle réorganisation.

560. Démarche. Dans cette dynamique, eu égard aux lacunes de méthode relevées, il est nécessaire, avant de soumettre une quelconque proposition, de s'interroger sur les fins poursuivies et les impératifs accomplis par ces différents recours. Qu'attend-on du juge ? Quelle marge de manœuvre faut-il laisser aux autorités de « premier ressort » ? Faut-il confier au juge un pouvoir de réformation étendu qui le mettrait en mesure d'endosser le rôle et les pouvoirs de ces dernières ? Il s'agit en somme de mener une réflexion préalable tendant à déterminer les finalités du contrôle juridictionnel que permet l'exercice de ces recours (Titre I).

Ce n'est qu'une fois ces finalités identifiées qu'il sera possible de soumettre de manière éclairée des pistes d'amélioration. Pour trancher parmi celles envisageables, quelques questions intermédiaires devront être tranchées. Sommairement, il conviendra de rechercher s'il est possible de remplir les objectifs fixés avec l'existant – une ou des juridictions existantes proposent-elles des modalités procédurales d'exercice et de traitement des recours adéquates ? – ou s'il faut innover davantage. Il nous faudra également rechercher si tous les actes envisagés doivent être soumis aux mêmes modalités de contrôle ou si des éléments propres à certains justifient le maintien d'une pluralité de voies procédurales. C'est ainsi d'une véritable réorganisation du cadre et des modalités de recours contre les actes des autorités internes de concurrence qu'il sera question (Titre II).

TITRE I : LA RÉFLEXION PRÉALABLE SUR LES FINALITÉS DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

561. Une liberté de choix encadrée. La méthode de réorganisation préconisée commande qu'une importante réflexion préalable soit menée en vue de déterminer avec clarté les finalités du contrôle juridictionnel opéré sur les actes et décisions à l'étude. Plusieurs pistes sont envisageables, des choix sont à faire. La liberté n'est toutefois pas totale : des textes et solutions jurisprudentielles posent des principes et garanties minimales contraignantes. Ce travail de réflexion doit par conséquent être mené en deux temps ; le premier revêtant une dimension impérative et objective qui laisse peu de place à la créativité, là où le second repose sur des choix impliquant une part irréductible de subjectivité et ouvre un large champ des possibles.

En premier lieu, il importe ainsi de prendre acte de ce que les textes – principalement constitutionnels, internationaux et européens – et la jurisprudence – qu'elle soit l'œuvre de juridictions européennes ou internes : administratives, judiciaires ou constitutionnelle – fixent un certain nombre de garanties qui constituent autant de contraintes pour le réformateur. Sa liberté de choix est encadrée. Ça n'est donc qu'après avoir identifié et pris en compte ces contraintes qu'il sera possible d'envisager des pistes de réorganisation viables. Interviendra alors la seconde phase, laquelle implique des prises de position sur des questions d'ordres institutionnel et politique d'ampleur afin, notamment, de déterminer l'équilibre qu'il convient d'instaurer entre l'autonomie du contrôlé – les autorités de concurrence – et les pouvoirs confiés au contrôleur – le juge auquel sera confié le recours.

562. Plan. Dès lors, il nous faudra identifier les principales contraintes qui brident toute entreprise de réorganisation des recours contre les actes des autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence (Chapitre 1) avant de prendre position, parmi les différentes pistes envisageables, sur les objectifs prioritaires qu'il convient d'assigner au contrôle juridictionnel des actes de ces mêmes autorités (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La prise en compte des contraintes

563. Recherche des principales contraintes. L'étude a pour objet les recours contre les actes adoptés par les autorités internes chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Parmi les contraintes qu'il nous faut recenser, il ne sera pas question de celles auxquelles les juridictions – nationales et européennes – ont imposé aux autorités de « premier ressort » de se conformer. C'est bien, entre autres, à l'occasion de recours exercés contre les actes adoptés par ces dernières que les juges ont été conduits à poser ces impératifs, mais ils concernent les procédures – principalement administratives[1] – menées par celles-ci ; non les modalités de recours et de contrôle dont leurs actes sont susceptibles de faire l'objet[2].

Les contraintes dont il est ici question sont celles qui concernent le seul stade du recours juridictionnel : quels en sont les éléments et modalités auxquels il ne peut être dérogé ? Quelles fonctions et garanties minimales le recours ouvert doit-il présenter ? Il s'agira en somme de déterminer le plancher en deçà duquel la réorganisation desdits recours ne peut aller, ce qui permettra, pour la suite, une délimitation utile des pistes qui pourront être envisagées.

564. Recensement. Une première série de contraintes résulte du principe de légalité qui régit l'action administrative. Elles concernent au premier chef le contrôle des actes des autorités administratives de concurrence (Section 1). Mais l'intervention d'un premier juge ne purge pas nécessairement le tout. Il faut donc rechercher si d'autres impératifs pourraient découler d'un prétendu droit à une voie de recours qui profiterait au justiciable (Section 2).

Section 1 : Le principe de légalité

565. Présentation du principe, analyse des contraintes. Le principe de légalité est une garantie indispensable à l'effectivité de l'État de droit dont se réclament le système français et, plus largement, l'ensemble des systèmes européens. En notre matière, il est au fondement de l'obligation faite aux pouvoirs publics d'offrir au justiciable intéressé une voie de droit

[1] Certes, un pôle juridictionnel d'autorités de concurrence a été identifié. Toutefois, la procédure suivie par les autorités qui en relèvent est soumise aux règles de procédure juridictionnelle – administrative ou judiciaire – de droit commun. C'est justement parce qu'elles n'ont pas cette nature juridictionnelle que les autres autorités de concurrence ont fait l'objet d'importantes réflexions quant aux garanties qu'elles devaient présenter.

[2] La question a été largement traitée en doctrine, principalement à propos des AAI et donc de l'Autorité de la concurrence. V. par ex. P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920 ; F. ZIVY, I. LUC, « L'équité procédurale devant l'Autorité de la concurrence », *Concurrences,* n° 4-2010, art. n° 32746 ; J.-L. DEWOST, B. LASSERRE, R. SAINT-ESTEBEN, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », actes de la conférence tenue le 20 octobre 2011 au Conseil constitutionnel intitulée *Entreprise, droits fondamentaux et droit de la concurrence*, publiés *in Nouv. Cah. Cons. constit.*, n° 35, 2012, p. 187 ; R. NOGUELLOU, « L'office du juge de la régulation économique », précité.

permettant de contester la légalité de tout acte adopté par une autorité administrative de concurrence quelle qu'elle soit. C'est là une première contrainte à laquelle doit se soumettre toute proposition de réorganisation du système de contrôle juridictionnel de ces autorités.

Avant de procéder à l'identification puis à l'analyse précise des impératifs qui résultent de cette contrainte (§ II), il est nécessaire de procéder à quelques rappels sommaires, mais non moins éclairants, relatifs au principe de légalité qui gouverne l'action administrative (§ I).

§ I – Présentation sommaire du principe de légalité

566. Un principe fondamental. La bonne compréhension du principe de légalité implique de remonter, au moins succinctement, à ses justifications théoriques ; ce qui conduit à l'observation qu'il constitue un moyen au service d'une fin : le maintien de l'État de droit (A). Il gouverne à ce titre l'ensemble de l'activité administrative, y compris les pans qui ont été confiés à des autorités indépendantes. Il en résulte que malgré les craintes, réticences et doutes exprimés par certains, l'activité et les actes de l'ensemble des autorités administratives de concurrence y sont soumis (B).

A. État de droit et principe de légalité de l'action administrative

567. L'État de droit : une fin. L'État de droit peut être sommairement décrit comme la caractéristique d'un État « dont l'ensemble des autorités politiques et administratives, centrales et locales, agit en se conformant effectivement aux règles de droit en vigueur »[1]. Il renvoie pour certains à une méthode[2]. D'autres le présentent à travers l'étude de différents piliers sur lesquels il reposerait aujourd'hui : l'encadrement juridique du pouvoir via, notamment, la Constitution, le contrôle du pouvoir par la « justice constitutionnelle » et enfin la division organisée de ce pouvoir[3]. D'autres enfin y voient une « doctrine » regroupant plusieurs idées, parmi lesquelles le principe de légalité auquel nous nous consacrerons plus longuement[4].

[1] T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, précité, *v°* « État de droit ».
[2] D. MAINGUY, « L'État de droit, l'illusion ou la méthode », *D.*, 2021, p. 1, article qui constitue une réplique à J.-P. CHAZAL, « L'État de droit : la fin d'une illusion ? », *D.,* 2020, p. 2281 : édito critique rédigé en réaction à la décision annoncée du Président de la République de recourir, pour une seconde fois, à une mesure de confinement dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19.
[3] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel,* Dalloz, 25e éd., 2023, n° 34 (plan du Livre 1 de l'ouvrage).
[4] F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel,* LGDJ, 42e éd., 2021, n° 65-68, qui présentent cette première idée comprise dans la doctrine de l'État de droit comme le fait que « l'État agit exclusivement dans la forme juridique […] « au moyen du droit » », ce qui « apparaît comme une protection contre le risque d'arbitraire, puisque les organes inférieurs de l'État ne peuvent jamais agir autrement que pour appliquer une norme plus générale antérieure, donc connue des sujets ».

Sans prétendre à une présentation exhaustive qui nous éloignerait de notre objet[1], il nous faut retenir de manière sommaire et consensuelle que l'État de droit implique que tout justiciable ou toute autorité, quels que soient les pouvoirs qui lui sont reconnus, soit soumis aux règles de droit et qu'il s'y conforme dans tous les pans de ses actes, actions et activités. Gouvernants et gouvernés, tous sont soumis aux règles de droit, « à la loi ». Cette exigence figure parmi les fondamentaux de nos sociétés démocratiques. La Cour EDH y voit un principe qui innerve et inspire la Convention tout entière[2], c'est là « l'un des éléments du patrimoine spirituel commun des États membres »[3]. L'État de droit est une fin commune aux membres du Conseil de l'Europe qui gouverne donc notre système politique et juridique.

568. Le principe de légalité : le moyen. La soumission des pouvoirs publics, de l'exécutif et, *in fine,* de l'administration au droit est au cœur des préoccupations de cette doctrine. Il en résulte que l'activité administrative tout entière, qu'elle prenne une forme contractuelle ou unilatérale, individuelle ou règlementaire, est régie par un principe en vertu duquel elle « doit être conforme au droit et que l'on désigne comme le *principe de légalité*, – principe essentiel à l'effectivité de l'État de droit » [4/5].

Cette légalité de l'action administrative s'apprécie au regard d'un « bloc » composé d'un « ensemble hiérarchisé et complexe de normes constitutionnelles, législatives, jurisprudentielles, règlementaires, auxquelles s'ajoutent diverses normes procédant de conventions internationales »[6]. C'est ce que la doctrine a pour coutume de désigner par l'expression, à certains égards trompeuse, de « bloc de légalité administrative ». Le fonctionnement hiérarchique, pyramidale de ce système peut être simplement décrit : « c'est à celles de ces normes qui leur sont supérieures que décisions et contrats [administratifs] doivent être conformes et c'est à elles qu'on devra les confronter quand on aura à apprécier leur légalité »[7]. Tout acte administratif, quels qu'en soient l'auteur, l'ampleur et la portée, doit être

[1] Sur les origines, la signification, les conséquences et les différentes conceptions de l'État de droit v., parmi une abondante littérature, J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *RDP*, 1988, p. 313 ; C. GOYARD, « État de droit et démocratie », *in Mélanges R. Chapus*, 1992, p. 299 ; M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914),* Economica, 1992.
[2] Le Statut du Conseil de l'Europe signé le 5 mai 1949 se réfère d'ailleurs à cette « prééminence du droit » dès son préambule pour la compter parmi les principes « sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » et que s'engage à reconnaître tout Membre du Conseil (art. 3).
[3] CEDH, 21 février 1975 *Golder c. Royaume-Uni,* n° 4451/70, § 34.
[4] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, précité, n° 1198.
[5] F. HAMON et M. TROPER, ouvrage précité, n° 68, présentent le principe de légalité comme « le premier principe protecteur de la doctrine de l'État de droit » qui protège « contre le risque d'arbitraire ». V. récemment B. PLESSIX, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA*, 2022, p. 206.
[6] R. CHAPUS, ouvrage précité, n° 1200.
[7] *Ibid.*

conforme, en tout cas non contraire, à l'ensemble des normes qui lui sont supérieures au sein de ce bloc hiérarchisé[1]. Les autorités administratives de concurrence n'échappent naturellement pas à la règle ; nous y reviendrons après avoir dit quelques mots de l'outil juridique qui assure l'effectivité du principe de légalité et donc, *in fine,* de l'État de droit.

569. L'anéantissement de l'acte administratif illégal : garantie de l'effectivité de l'État de droit. Le principe de légalité constitue ainsi le moyen permettant d'assurer le maintien d'un État de droit. Reste que sa méconnaissance doit entraîner une réaction. Si l'adoption d'un acte contraire à une norme qui lui est supérieure ne pouvait donner lieu à autre chose que son constat, le principe et la doctrine dont il assure le maintien resteraient lettre morte. L'acte administratif vicié, sorti des rangs du principe de légalité, doit disparaître de l'ordonnancement juridique.

La nullité est l'outil juridique qui permet de faire produire cet effet : en entraînant, à l'appui d'une forme de fiction juridique, l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique vicié dès le jour de sa formation, elle purge en principe l'ordonnancement juridique de cet acte qui n'aurait jamais dû être, de ses effets et éventuels autres actes qui en ont découlé. Concept transversal du droit, la nullité n'est cependant pas un état de fait. Il est traditionnellement enseigné qu'elle doit être prononcée et ne peut en principe l'être que par le juge[2].

Intéressons-nous désormais à l'application de ce dispositif à l'activité et aux actes des autorités administratives de concurrence. Ce sera l'occasion d'en présenter les modalités de mise en œuvre de manière plus concrète et complète.

B. Principe de légalité et actes des autorités administratives de concurrence

570. Application du principe aux actes des autorités administratives de concurrence. Aucun doute n'est permis à l'égard des autorités relevant du pôle gouvernemental : elles sont des autorités administratives qui s'inscrivent classiquement dans la hiérarchie administrative et leurs actions et actes sont régis par le principe de légalité de l'action administrative.

La chose aurait pu être davantage discutée concernant les autorités relevant du pôle indépendant. Après l'émergence des premières autorités administratives indépendantes, un

[1] M. Chapus précise ainsi le fonctionnement de cette obligation de conformité : « dire que le rapport entre les deux normes doit être un rapport de conformité de la norme inférieure à celle qui lui est supérieure ne signifie aucunement que la première doit nécessairement être la copie conforme de la seconde […] se conformer à la norme supérieure signifie ne rien faire qui soit en contradiction à elle, et c'est cette obligation de non-contradiction que l'on désigne, usuellement et très normalement, comme une obligation de conformité », *ibid.*, n° 1201.

[2] V. toutefois en droit civil, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* l'art. 1178, al. 1er C. civ. qui rappelle le principe en vertu duquel « la nullité doit être prononcée par le juge » avant d'envisager et donc de permettre l'hypothèse que « les parties […] la constatent d'un commun accord ».

courant doctrinal – assez restreint semble-t-il, mais suffisamment ancré pour faire entendre sa voix – a défendu la thèse de leur immunité juridictionnelle. Il a ainsi été soutenu que le contrôle juridictionnel de l'activité et des actes de ces autorités serait contraire, attentatoire, à leur indépendance. En somme, l'indépendance ne serait assurée que si elle jouait à l'égard de la hiérarchie administrative classique – laquelle est consubstantielle à cette catégorie d'autorité[1] – mais également du juge. À l'égard de ce dernier, elle devait prendre appui sur une soustraction à toute forme de contrôle juridictionnel[2].

Cette dernière analyse étonne. L'indépendance préserve d'un pouvoir, du pouvoir de commandement et d'influence d'une autre autorité. Elle ne légitime en rien ni ne rend nécessaire une soustraction à tout type de contrôle démocratique et *a fortiori* pas au contrôle de légalité opéré par un juge. Il est assez peu souhaitable que l'indépendance confine à l'arbitraire. Les Sages ne s'y sont d'ailleurs pas trompés et ont très tôt jugé que les autorités administratives indépendantes sont « à l'instar de toute autorité administrative, soumise[s] à un contrôle de légalité »[3], lequel, nous l'avons brièvement évoqué et nous y reviendrons, assure l'effectivité du principe de légalité, qui sert, lui, la sauvegarde de l'État de droit.

571. L'anéantissement des actes des autorités administratives de concurrence illégaux : l'insuffisant recours hiérarchique. Dans toutes les dimensions de leur activité[4], les autorités administratives compétentes pour faire application, sur le plan national, de l'arsenal législatif composant le droit de la concurrence sont ainsi soumises à ce principe de légalité. L'ensemble

[1] Cette « dénomination paradoxale qui allie les qualificatifs administratif et indépendant marque l'originalité de ces instances situées en marge des institutions administratives classiques », N. DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *in* CURAPP, *Le droit administratif en mutation,* PUF, 1993, p. 211. V. plus largement à ce sujet, J. DOUVRELEUR, O. DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », *in Libertés - Mélanges Jacques Robert,* Montchrestien, 1998, p. 323.

[2] Cette position a notamment été défendue à l'occasion de commentaires d'un arrêt du Conseil d'État posant, pour la première fois, le principe de la compétence des juridictions administratives pour connaître du contrôle de légalité des décisions du Médiateur de la République. Un débat s'est alors ouvert sur l'opportunité d'organiser un tel contrôle. V. CE, ass., 10 juillet 1981 *Retail,* n° 05130 *; RDP*, 1981, p. 1440 concl. M. FRANC et p. 1687, note J.-M. AUBY ; *AJDA*, 1981, p. 486, obs. F. TIBERGHIEN ; *RA*, 1981, p. 493, note S. RIALS ; *D.,* 1981, p. 528, note P. DELVOLVÉ et p. 622, note Y. GAUDEMET et enfin, du même auteur : « Le médiateur est-il une autorité administrative ? », *in Mélanges R.-E. Charlier,* précité, 1981, p. 117. Messieurs Auby et Gaudemet, avec des raisonnements à certains égards différents, doutent tous deux de la qualification d'autorité administrative concernant le Médiateur. Ils la contestent en son principe mais également en ce qu'elle a pour conséquence principale la soumission des actes de cette autorité au contrôle du juge administratif. D'autres auteurs défendaient déjà la solution inverse adoptée par les juges administratifs et constitutionnels (v. notamment la note de S. RIALS sous l'arrêt *Retail* précitée et C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, spéc. p. 230 qui explique que « la volonté d'éliminer l'arbitraire de l'État qui a conduit à l'extension d'un contrôle juridictionnel doit rester présente lorsque le pouvoir se déplace et s'exprime par de nouveaux canaux »).

[3] Cons. const., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 *Loi relative à la liberté de communication.*

[4] Y compris dans celle impliquant l'édiction d'actes de *soft law* depuis que le juge administratif a accepté d'être saisi de recours exercés contre de tels actes (v. *supra*, n° 136).

des actes qu'elles édictent, qu'ils présentent une dimension préventive – et relèvent à ce titre du régime des actes de police administrative – répressive – et relèvent à ce titre du régime des sanctions administratives – ou soient teintés d'une coloration négociée ou conventionnelle doivent être conformes – en tout cas non contraires – à l'ensemble des normes qui leur sont supérieures[1]. Dans l'hypothèse contraire, la contrariété à la norme supérieure est constitutive d'un vice affectant la validité de l'acte.

Ce vice devrait conduire au prononcé de la nullité de l'acte, lequel est en principe un pouvoir réservé au juge. Néanmoins, de l'organisation pyramidale de l'administration découle un pouvoir hiérarchique octroyé à toute autorité supérieure qui lui permet, entre autres, de réformer ou d'anéantir, avec ou sans effet rétroactif[2], l'acte d'une autorité qui lui est subordonné et qui aurait été adopté en contrariété à une norme supérieure du bloc de légalité administrative[3]. Juges et doctrine administratifs ont peu recours, dans ce cadre, à la notion de nullité et à son régime[4] ; les effets produits par un tel recours en diffèrent pourtant peu[5]. Il s'agit donc là d'un premier outil permettant de purger l'ordonnancement juridique de tout acte illégal. Appliqué à notre matière, il permet de saisir le ministre de l'Économie d'un recours hiérarchique à l'encontre des actes et décisions adoptés par les services déconcentrés du ministère et, principalement, de la DGCCRF ; ce que les textes prévoient parfois de manière surabondante[6].

---

[1] Lesquelles peuvent être d'ordre procédural (compétences des autorités, modalités procédurales d'adoption de tel ou tel acte etc.) ou substantiel (conditions nécessaires au prononcé d'une sanction pécuniaire, de l'octroi ou du retrait d'une autorisation etc.) et notamment encadrer le pouvoir de sanction confié à certaines autorités (principe de proportionnalité, principe de non-rétroactivité etc.).

[2] C'est la très délicate distinction entre le retrait et l'abrogation d'un acte administratif sur laquelle il n'est ici pas nécessaire de s'appesantir eu égard à son faible intérêt pratique en notre matière. V. à ce sujet, parmi une littérature très fournie, pour une présentation générale, B. PLESSIX, *Droit administratif général,* précité, n° 881-886 et pour des articles de référence sur chacun de ces outils J.-M. AUBY, « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA,* 1967, p. 131 et E. GUILLON, P. BRINGUIER, « Le pouvoir de retrait des actes administratifs », *AJDA*, 1978, p. 300.

[3] Sur le pouvoir et le recours hiérarchiques v. B. LASSERRE, *v°* « Recours », *Rép. cont. adm.,* n° 9 et s. ; J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel,* LGDJ, 1966 ; J.-C. GROSHENS, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1996, p. 140 ; A. LEGRAND, « Un instrument flou : le pouvoir hiérarchique », *in L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago,* Economica, 1996, p. 59.

[4] Qu'il soit permis d'avancer que la doctrine est parfois quelque peu confuse sur ce plan. Si elle semble communément admettre que le pouvoir de prononcer la nullité d'un acte est réservé au juge, préférant se référer aux notions et régimes du retrait et de l'abrogation dans le cadre de l'étude du recours hiérarchique, certains auteurs relèvent tout de même l'existence d'un véritable « *pouvoir d'annulation* » qui découlerait du pouvoir hiérarchique. V. B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1042.

[5] De l'analyse de certains auteurs, on peut déduire que le retrait d'un acte administratif ne se distingue de son annulation que par un critère organique : alors que le premier est mis en œuvre par une autorité administrative, la seconde l'est pas un juge. V. notamment B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1043.

[6] En matière de transparence et de délai de paiement, l'art. R. 470-2 II C. com prévoit que la décision adoptée par les services décentralisés de la DGCCRF « peut être contestée par la personne qui en fait l'objet devant le ministre chargé de l'économie » précision étant faite que « ce recours est exclusif de tout autre recours hiérarchique ». La prévision est surabondante car un tel recours administratif existe même en l'absence de prévision spécifique, v. CE, sect., 30 juin 1950 *Sieur Quéralt*, n° 99882 et l'actuel art. L. 411-2 CRPA.

Mais un tel recours administratif est insuffisant. D'une part car le supérieur hiérarchique, par définition membre de l'administration active, ne présente pas les garanties nécessaires à l'exercice d'un contrôle de légalité indépendant et impartial. Le recours administratif n'offre pas au justiciable les mêmes garanties que le contrôle juridictionnel[1] auquel il ne peut d'ailleurs jamais se substituer[2]. Du reste, dans le champ étudié, d'importants pouvoirs sont confiés à l'Autorité de la concurrence ; autorité placée hors hiérarchie, qui jouit d'une indépendance dont il résulte qu'aucune autre autorité administrative ne peut prononcer l'annulation, ni procéder à la réformation de ses actes[3]. Dès lors, quelle que soit l'autorité administrative de concurrence auteur d'un acte dont la légalité est contestée, seul l'accès au prétoire du juge permet pleinement d'assurer la bonne observation de l'indérogeable principe de légalité.

§ II – L'ouverture d'un recours en contestation de la légalité de tout acte administratif

572. L'impératif. C'est ainsi l'accès au prétoire du juge qui assure l'effectivité du principe de légalité et donc, *in fine*, le maintien de l'État de droit. L'impératif qui découle du principe de légalité se dessine ainsi peu à peu : l'entreprise de réorganisation ne pourra consister en la soustraction des actes des autorités – *a minima* administratives – de concurrence à tout type de contrôle et donc de recours juridictionnels. Reste à en identifier avec précision le contenu.

Pour ce faire, on se consacrera à l'identification des caractéristiques générales que doit présenter le recours ouvert contre n'importe quel acte adopté par une autorité administrative de concurrence (A) avant de s'intéresser à certaines garanties minimales supplémentaires que doit présenter ce recours lorsqu'il concerne des actes administratifs coercitifs ou répressifs (B).

[1] Un auteur constate d'ailleurs que « l'idée que les recours administratifs puissent constituer une véritable garantie accordée aux citoyens dans la protection de leurs droits individuels est […] généralement repoussée en doctrine » et poursuit « dès lors qu'est posé le principe selon lequel l'administration doit se conformer au droit, le juge administratif requiert un rôle incomparable : il est le complément nécessaire du principe de légalité en mettant à la disposition des administrés son indépendance, des procédures qui renforcent l'impartialité et l'efficacité de son action et la prérogative qui lui revient d'exprimer, par sentences, la vérité légale s'imposant à l'administration » (J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel,* LGDJ, 1996, p. 3).

[2] Les recours administratifs ne sont ni exclusifs, ni substituables au recours juridictionnel. L'exercice des premiers n'empêche jamais l'exercice du second (CE, 10 mars 1911 *Cne de Boujailles*, n° 33353, qui juge que l'exercice du recours administratif de droit commun ne constitue pas un recours parallèle faisant obstacle à l'accès au prétoire du juge de l'excès de pouvoir).

[3] V. la lecture proposée par J. LEFEBVRE, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes »,* précité, n° 839 et s. ; v. aussi, qui distingue « l'indépendance structurelle » de l'ancien Conseil de la concurrence et « l'indépendance personnelle » de ses membres : O. DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français,* LGDJ, 2000, n° 232 et s.

A. Garanties applicables à tout acte d'une autorité administrative de concurrence

573. État de droit, principe de légalité et accès au prétoire du juge de la légalité. À l'égard de l'action administrative, le principe de légalité n'est effectif que s'il est offert à l'administré une possibilité de contester devant un juge indépendant et impartial la conformité aux normes supérieures – la « légalité » – de tout acte susceptible de lui faire grief, le cas échéant sous réserve qu'il justifie d'un intérêt à en voir prononcer l'annulation[1]. C'est ce qui justifie que le recours pour excès de pouvoir est, même en l'absence de texte, toujours possible à l'encontre d'un tel acte[2]. Le souci du juge administratif d'éviter, autant que faire se peut, l'annulation et les outils qu'il a développés pour ce faire ne perturbent en rien l'équilibre : l'ouverture du prétoire d'un juge qui dispose du pouvoir d'annuler l'acte administratif illégal garantit un droit au recours qui assure le respect du principe de légalité et donc, *in fine*, de l'État de droit[3].

574. L'indispensable maintien d'un contrôle de légalité de tout acte administratif des autorités de concurrence. Il résulte de tout cela que l'entreprise de réorganisation du contrôle et des recours juridictionnels contre les actes des autorités administratives de concurrence ne saurait suggérer de supprimer toute possibilité de contrôle juridictionnel et de fermer tout recours au fond. Une forme de « plancher » existe. Doit *a minima* être conservée la possibilité pour les justiciables intéressés de contester la légalité des actes adoptés par de telles autorités, ce qui pourrait d'ailleurs passer par le silence des textes[4]. Si le principe de cet impératif apparaît de manière claire et indiscutable[5], les modalités de sa mise en œuvre peuvent, à certains égards, donner lieu à davantage de discussions et réflexions.

---

[1] Plus largement, un auteur explique que « les États de droit modernes reposent en effet sur le postulat de base que la règle de droit n'a d'effet que si son respect est contrôlé et sa méconnaissance sanctionnée, de sorte que l'existence de voies de recours juridictionnel conditionne l'effectivité même du concept d'État de droit » (B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1081).

[2] CE, ass., 17 février 1950 *Dame Lamotte,* n° 86949.

[3] Le droit européen préfère l'expression de « principe de prééminence du droit ». V. à ce sujet les explications de L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Dalloz, 2006, spéc. n° 61 et s. et n° 89 et s.

[4] Puisque, même dans le silence des textes, le recours pour excès de pouvoir est toujours possible contre un acte administratif.

[5] On peut d'ailleurs lui trouver un autre fondement : si la Cour EDH accepte qu'un pouvoir « de juger » soit confié à des organes « ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects » aux prescriptions posées par l'art. 6 § 1 de la Convention EDH (CEDH, 23 juin 1981 *Le Compte c/ Belgique*, précité) c'est à condition que les décisions rendues par cet organe soient susceptibles de recours devant un « véritable » tribunal présentant les garanties posées par l'art. 6 § 1. Nous reviendrons sur les modalités de contrôle qu'exige cette jurisprudence en matière répressive. Il ne faut toutefois pas omettre que la Cour en fait application même en dehors de cette matière. Or il n'est pas à exclure que certains des pouvoirs non répressifs confiés aux autorités administratives de concurrence puissent être assimilés à ceux en principe confiés à un juge, bien que la jurisprudence est plutôt rétive à cette assimilation dès lors qu'elle considère que la procédure n'est pas « contentieuse » ou qu'elle ne tranche pas une « contestation » (v. CE, 12 mars 1999 *Sté Jacqueline de Roure,* n° 180498, à propos du retrait d'agrément de l'ancienne COB prononcé en l'absence de toute faute professionnelle ; le Conseil juge qu'il s'agit d'un pouvoir de police et non

575. Modalités. Concernant, d'abord, le juge auquel doit être confié ce contrôle, plusieurs choix sont possibles. Sans qu'il soit utile de revenir sur une décision déjà longuement décortiquée, rappelons que le Conseil constitutionnel admet que « pour la bonne administration de la justice », il puisse être porté atteinte à la compétence de principe du juge administratif pour prononcer « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique » par toute autorité administrative ou organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle[1]. Le législateur pourrait poursuivre son œuvre inachevée de 1987 et constituer, au profit des juridictions de l'ordre judiciaire, un bloc de compétences pour connaître du recours contre les décisions de toutes les autorités administratives de concurrence ; qu'elles soient indépendantes ou rattachées au ministère de l'Économie. Différentes pistes seront envisagées de manière plus fouillée ultérieurement. Retenons à ce stade que l'impératif identifié n'en exclut aucune à cet égard dès lors qu'un ou plusieurs juges sont susceptibles d'être saisis d'un recours en contestation de légalité contre les actes de l'ensemble de ces autorités.

Concernant, ensuite, l'intensité du contrôle de légalité auquel doivent avoir accès les justiciables intéressés, l'étude du contentieux administratif nous enseigne qu'elle est susceptible de variations[2]. Ces variations, dont le champ est limité, dépendraient du caractère plus ou moins discrétionnaire du pouvoir que législateur et jurisprudence ont accordé à l'autorité auteur de l'acte objet du recours. Elles dépendent en somme de la marge d'appréciation qui a été laissée à cette dernière dans le processus d'adoption de l'acte litigieux, laquelle peut être fixée avec précision par la loi et/ou affinée par la jurisprudence. Il serait donc vain de chercher à identifier un degré d'intensité minimum applicable en toutes hypothèses[3] mais, sauf à propos de la matière répressive sur laquelle nous reviendrons, rien ne semble s'opposer à ce que le juge s'en tienne à un contrôle restreint. La jurisprudence européenne exige simplement que la juridiction

d'une procédure contentieuse tendant à trancher une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 Convention EDH).

[1] L'on aura reconnu la formule de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur laquelle v. nos développements dans le Premier chapitre de cette thèse.

[2] V. les rappels proposés *supra*, n° 382. Pour mémoire, ces variations possibles concernent les seuls contrôles de qualification juridique et « l'adéquation des faits servant de fondements aux décisions administratives » (B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1159). Le juge contrôle toujours avec une intensité invariable que l'auteur de l'acte s'est conformé aux règles de compétence, de forme et de procédure et qu'il a agi dans un but et sur la base de motifs conformes à sa mission ; le tout sans violation de la loi et en ayant apprécié, dans les formes requises, la matérialité des faits en considération desquels il a statué.

[3] D'autant plus qu'en certaines matières, le juge de l'excès de pouvoir fait varier son contrôle d'un élément à l'autre d'une même décision administrative. Ainsi, en matière de notation des fonctionnaires, il exerce un contrôle normal sur la qualification des conditions qui entourent la notation d'un agent mais se limite à un contrôle restreint quant aux appréciations portées par l'autorité administrative et à la notation choisie par elle (CE, sect., 26 octobre 1979 *Leca,* n° 04983).

désignée dispose du pouvoir de censurer les erreurs de fait et de droit commises dans l'adoption de la décision litigieuse[1] ; autrement dit qu'elle « exerce un contrôle complet de légalité »[2].

576. La nécessaire attribution de la qualité de partie à l'auteur de l'acte. N'omettons pas en outre que, par crainte que les juridictions soient, dans le traitement des recours exercés contre les actes des autorités nationales chargées de la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE, « captives » des moyens et arguments des parties, la CJUE exige que l'autorité auteur de l'acte puisse participer, « en tant que partie défenderesse », à l'instance qui naît de l'exercice dudit recours[3]. Le législateur français a fait le choix de reconnaître cette qualité à l'Autorité de la concurrence pour toute instance qui naît de l'exercice d'un recours contre ses décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles, quel qu'en soit le fondement[4][5].

L'entreprise de réorganisation proposée sur le plan interne pourrait réduire ou supprimer la reconnaissance de cette qualité aux autorités nationales lorsque le seul droit interne est applicable. Elle ne pourrait cependant étendre cette solution au recours contre un acte pris au visa du droit communautaire, sauf à suggérer une évolution de la jurisprudence sur ce plan.

577. Formulation de l'impératif identifié. L'impératif qu'il est à ce stade possible d'identifier est le suivant : tout acte, quand bien même serait-il dénué d'effet normatif direct[6], adopté par les autorités administratives de concurrence doit pouvoir faire l'objet, *a minima*, d'un contrôle de légalité confié à un juge ; sans qu'il soit possible d'en fixer un degré d'intensité minimum de manière certaine et générale, ni de déterminer *a priori* et de manière impérative le juge qui doit en être saisi. Cette solution vaut même pour les actes « acceptés » par leur destinataire[7].

---

[1] Le pourvoi en cassation est donc insuffisant, qu'il soit exercé devant la Cour de cassation (CEDH, 21 février 2008 *Ravon c/ France*, n° 18497/03) ou devant le Conseil d'État (CEDH, 26 septembre 1995 *Diennet c/ France*, n° 18160/91 et 27 juillet 2006 *Gubler c/ France*, n° 69742/01) car ils ne disposent pas du pouvoir d'apprécier les éléments de fait au fondement de la décision litigieuse ni la proportionnalité d'une décision – notamment de sanction – avec les faits qui la fondent.

[2] Formule utilisée par F. SUDRE, « Plénitude de juridiction du juge de l'excès de pouvoir en "matière civile" », *JCP G,* 2009, 488. Cette formule ne doit pas tourner à la confusion avec ce que la doctrine publiciste désigne par le contrôle « plein » ou « entier ». Le contrôle « complet » implique plutôt l'idée que tous les éléments de l'acte (légalité interne et externe mais aussi et surtout éléments de fait et de droit) sont passés au crible du contrôle – pas nécessairement intense – du juge et que ce dernier, lorsqu'il constate un vice qui affecte la validité de l'acte, dispose du pouvoir d'en tirer les conséquences.

[3] CJUE, 7 décembre 2010 *VEBIC,* sur lequel v. *supra*..V aussi en droit positif, Directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018, cons. 71

[4] La formule de l'art. R. 464-11 C. com. est générale et trouve donc à s'appliquer tant aux décisions rendues sur fondement du droit européen qu'à celles fondées sur le seul droit interne.

[5] Pour rappel, en droit positif, les recours exercés contre les actes du ministère de l'Économie ou contre ceux adoptés par l'Autorité dans le cadre du contrôle des concentrations relèvent, eux, de la compétence des juridictions administratives. Il en résulte une application des principes généraux du contentieux administratif qui assure que les services du ministère ou l'Autorité soient parties à l'instance. Sur cela v. le Titre II de la Partie I de cette thèse.

[6] À condition qu'il produise d'autres types d'effets, notamment économiques. Sur cette jurisprudence v. *supra.*

[7] On vise ici les actes adoptés par l'Autorité de la concurrence au terme d'une procédure d'engagements (art. L. 464-2, I et R. 464-2 C. com.). V. *contra :* des auteurs ont pu avancer que l'entreprise qui a bénéficié d'une

En tout état de cause, l'autorité administrative auteur de l'acte litigieux doit pouvoir être partie au recours juridictionnel dont il est l'objet dès lors que le droit communautaire est applicable.

B. Garanties applicables aux actes répressifs d'une autorité administrative de concurrence

578. Exigences renforcées. Une part importante des actes adoptés par les autorités de concurrence présente une dimension répressive qui doit conduire à leur insertion au sein de « la matière pénale », parmi les « sanctions » et « punitions ». Les concernant, l'organisation d'un recours offrant aux opérateurs concernés des modalités de contrôle juridictionnel spécifiques et plus rigoureuses est exigée par les textes et juges, nationaux et européens (1). L'émergence, relativement récente mais rapide, de procédures « alternatives » conduisant à l'adoption de « solutions négociées » en lieu et place de sanctions unilatéralement prononcées par les autorités de concurrence pose de nouvelles questions à cet égard. Un mouvement de recul du champ et de l'intensité du contrôle juridictionnel semble à l'œuvre les concernant, sans que sa conformité aux exigences, notamment conventionnelles, ne soit tout à fait certaine. Il convient alors de s'interroger sur l'éventuelle atténuation des exigences qui pourrait résulter du caractère « négocié » ou « alternatif » de ces procédures et actes (2).

1. L'exigence générale de l'organisation d'un recours de pleine juridiction

579. Position peu claire du Conseil constitutionnel. Aucune intensité minimale de contrôle n'est imposée par la jurisprudence – qu'elle soit nationale ou européenne – à l'égard des actes non répressifs des autorités administratives et donc des autorités de concurrence relevant des

---

telle procédure ne dispose d'aucune voie de recours contre la décision qui rend ses engagements obligatoires dès lors qu'elle a «de façon libre et volontaire, souscrit des engagements qui ont par la suite été rendus obligatoires par l'Autorité » (M. CHAGNY (dir.), *Le Lamy droit économique,* Wolters Kluwer, 2021, n° 1916). L'Autorité a elle-même, dans son Communiqué de procédure relatif aux engagements (publié le 2 mars 2009) mentionné comme seuls titulaires du recours contre une telle décision le ministre de l'Économie et « le saisissant » (§ 47). Nous rejoignons toutefois l'analyse faite par d'autres qu'une telle décision doit pouvoir faire l'objet d'un recours y compris par l'entreprise concernée car, d'une part, on peut parfois douter du caractère véritablement et librement consenti des engagements et, d'autre part, ils entraînent parfois de véritables bouleversements sur l'organisation de cette dernière. V. D. WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? », *GCLC Working Paper*, 01/08 et L. PEREZ, *La volonté des parties dans les procédures de régulation,* thèse Montpellier, 2019, p. 407-409 (qui fait le lien avec la jurisprudence européenne qui est, elle, ouvertement favorable au maintien d'un droit au recours, y compris lorsque l'acte litigieux a été « accepté » par le requérant).
V. récemment, en matière de transaction, CA Paris, 7, 13 juin 2019 *Société Alcyon,* n° 28/20229 qui juge que l'entreprise s'étant engagée dans un processus de transaction est recevable à exercer un recours contre la décision adoptée à son terme. La Cour explique ainsi que « consentir à ne pas contester la réalité des griefs notifiés et à cantonner la discussion relative au montant de la sanction à l'intérieur d'une fourchette prévoyant un montant minimal au-dessous duquel l'Autorité ne pourra pas descendre et un montant maximal qu'elle ne pourra pas dépasser, n'implique pas pour autant que l'entreprise renonce à toute voie de recours ».

pôles indépendant et gouvernemental. Il a cependant été vu que, notamment au travers des notions de « matière pénale » et de « punition », juges européens et nationaux exigent des modalités de contrôle particulières, surtout lorsqu'une autorité non juridictionnelle dispose de pouvoirs coercitifs ou répressifs[1]. Pour résumer, l'octroi d'un pouvoir répressif à une autorité administrative n'est possible qu'à la condition que les actes rendus par cette dernière puissent faire l'objet d'un recours devant un juge doté d'un pouvoir de pleine juridiction.

La position du Conseil constitutionnel n'est toutefois pas des plus claires à cet égard. Dans leur décision consécutive au contrôle de la loi organisant les pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), les Sages jugent qu'il « appartient au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs [notamment de sanction] de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Puis ils relèvent, pour rejeter le grief d'inconstitutionnalité invoqué par les auteurs de la saisine[2], que la loi octroyant au Conseil des pouvoirs de sanction prévoit que « toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'État d'un recours de pleine juridiction » lequel est « suspensif d'exécution en cas de retrait d'autorisation » et « que, dans les autres cas, le sursis à exécution de la décision attaquée peut être demandé »[3]. Certes, l'absence d'atteinte aux principes constitutionnels invoqués est directement rattachée à la possibilité de saisir une juridiction – en l'espèce le Conseil d'État – d'un recours « de pleine juridiction » qui est, soit directement suspensif d'exécution de la décision attaquée, soit permet de formuler en parallèle une demande de sursis à exécution. Il semble toutefois que cette ouverture du prétoire d'un juge de plein contentieux ne constitue qu'une garantie parmi d'autres qui conduit le Conseil à conclure à la constitutionnalité du dispositif contrôlé[4]. La solution contraindrait à « un accroissement du contrôle » juridictionnel opéré sur les sanctions administratives sans toutefois imposer que soit organisé un contrôle de plein contentieux[5]. La position européenne laisse moins de place au doute.

---

[1] Sur ces notions de « matière pénale » et de « punitions » et les exigences qu'elles entraînent, v. les développements proposés tout au long de notre première partie.

[2] Étaient principalement invoquées des atteintes au principe de séparation des pouvoirs (art. 16 DDHC) résultant de l'octroi d'un pouvoir de sanction à une autorité non juridictionnelle et au principe de la libre communication des pensées et opinions (art. 11 DDHC).

[3] Cons. const., décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, spéc. cons. 31.

[4] C'est l'analyse faite par plusieurs auteurs, v. B. GENEVOIS, *RFDA,* mars-avril 1989, 5/2, spéc. p. 22 s'interroge : « dans la mesure où la décision fait intervenir une pluralité d'éléments, la question se pose de savoir s'ils sont tous indispensables à l'admission de la conformité à la Constitution de sanctions administratives » ; d'autres sont moins nuancés : J.-L. AUTIN, *La Revue Administrative,* n° 249, juin 1989, p. 223 et T. PERROUD, thèse précitée, n° 1313. D'autres enfin plaident pour cette analyse : M. DE SAINT PULGENT, « Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs nature et régime juridiques », concl. sur CE, ass., 1er mars 1991 *M. Le Cun*, n° 112820 et *Société des bourses* françaises, n° 118382, *RFDA*, 1991, p. 612.

[5] F. MELLERAY, « L'accroissement du degré de contrôle des sanctions professionnelles », *DA,* n° 10, octobre 2007, comm. 145.

580. Position sans ambiguïté de la Cour EDH. C'est d'abord à propos des visites domiciliaires autorisées, en matière fiscale, par ordonnance du juge judiciaire que la Cour EDH a jugé que le recours devant la Cour de cassation ne remplissait pas les conditions du « recours de pleine juridiction » imposé par l'article 6 de la Convention. Cela notamment en raison du fait que la Cour ne dispose pas du pouvoir d'examiner les éléments de fait sur le fondement desquels les autorisations litigieuses étaient délivrées[1]. Position réaffirmée en matière de visites et saisies autorisées dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles[2].

Ces solutions ont été rendues à l'aune des exigences du volet civil de l'article 6 de la Convention dont relevaient les mesures en cause. Elles ne concernent par ailleurs pas directement – en tout cas pas seulement – la question de l'octroi au juge de recours d'un pouvoir de réformation, mais davantage celle de son aptitude à contrôler tant les éléments de fait que les éléments de droit au fondement de l'acte litigieux. Il n'est néanmoins peut-être pas anodin qu'elles l'aient été à l'égard de dispositifs s'inscrivant dans une « atmosphère répressive »[3]. Dans ces deux décisions, la Cour juge que le pourvoi en cassation n'est pas un recours de pleine juridiction permettant de remédier, de corriger les défauts de la procédure initiale au regard de l'article 6 ; en son volet civil, certes, mais incontestablement « teinté » d'une dimension répressive. On peut y voir l'amorce de la solution retenue dans le champ de la matière pénale.

Car en effet, il existe bien « une dualité de régime entre les matières civile et pénale pour l'application de la notion de pleine juridiction » dans la jurisprudence de la Cour EDH[4]. À la

[1] CEDH, 21 février 2008 *Ravon c/ France*, n° 18497/03.
[2] CEDH, 21 décembre 2010 *Sté Canal plus et autres c/ France*, n° 29408/08.
[3] Plus largement, le constat d'une forme de gradation des exigences de la Cour dans l'interprétation de la notion de « recours de pleine juridiction » en matière civile a déjà été fait par d'autres. V. L. MILANO, thèse précitée, spéc. p. 369 et s. ; R. TINIÈRE, « La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *RFDA*, 2009, p. 729.
La procédure de *judicial review* anglaise a été source de doutes quant à son intégration à la notion de « recours de pleine juridiction ». Selon les matières concernées (en l'occurrence droit de la famille dans la première affaire, droit de l'urbanisme dans la seconde) la Cour a retenu des solutions différentes. V. CEDH, 8 juillet 1987 *W. c/ Royaume-Uni*, n° 9749/82 et CEDH, 22 novembre 1995 *Bryan c/ Royaume-Uni,* n° 19178/91.
[4] T. PERROUD, thèse précitée, n° 1258.

lecture de certaines décisions[1], des auteurs[2] ont pu penser que le recours pour excès de pouvoir pouvait remplir l'office du « recours de pleine juridiction » au sens de l'article 6, y compris en matière pénale, dès lors qu'il repose sur un plein contrôle de proportionnalité. C'est d'ailleurs la position qui a été défendue jusque dans les rangs du Conseil d'État[3].

Il n'en est pourtant rien. La Cour EDH n'a pas manqué l'occasion de l'affirmer de manière plus explicite[4]. Dans le champ de la matière pénale tel que délimité par sa jurisprudence, la notion de « recours de pleine juridiction » implique la titularité d'un pouvoir de réformation. Ça n'est plus la seule question de l'étendue du contrôle opéré par le juge qui importe ; il faut en outre que celui-ci dispose d'un pouvoir de réformer l'acte illégal qui lui est soumis.

Appliquée au contentieux administratif français, la solution conduit à ceci : le juge statuant en qualité de juge de l'excès de pouvoir étant dénué du pouvoir de réformation, il ne saurait être le « tribunal » – au sens de l'article 6 de la Convention EDH – auquel est confié compétence pour connaître du recours contre les actes répressifs – et à ce titre relevant de la matière pénale – d'une autorité administrative – qu'elle soit indépendante ou non – et ce, quel que soit son champ d'intervention. La solution est ainsi applicable aux autorités administratives de concurrence dès lors qu'elles disposent d'un pouvoir répressif. Seul le recours objectif de pleine

---

[1] De la Commission puis de la Cour EDH. V. Com. EDH, 29 mai 1997 *Jérôme Malige c. France*, n° 27812/95 et CEDH, 23 septembre 1998 *Malige c/ France*, n° 27812/95. L'affaire concernait la peine complémentaire du retrait automatique de points en matière de permis automobile. Celle-ci n'est susceptible de faire l'objet que d'un recours pour excès de pouvoir, ce qu'approuve la Cour au regard de l'art. 6. Néanmoins, elle le fait en précisant bien que la peine principale prononcée pour ces infractions est susceptible d'un recours de plein contentieux (et de pleine juridiction) dans les conditions de l'art. 6 § 1. Comme le note M. Perroud, « c'est ici l'ensemble des garanties entourant le prononcé de la peine principale (devant un tribunal doté d'une compétence de pleine juridiction et remplissant les conditions de l'article 6 § 1) et la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre la peine complémentaire qui font de ce système, globalement, un mécanisme satisfaisant aux conditions du procès équitable » (T. PERROUD, thèse précitée, n° 1324). Il faut donc être prudent dans son appréciation : la Cour ne juge en aucune manière qu'en toutes hypothèses, le recours pour excès de pouvoir présente toutes les garanties du « recours de pleine juridiction » du volet pénal de l'art. 6 § 1.

[2] V. notamment la position défendue par F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, précité, p. 73 et s.

[3] M. GUYOMAR, « Les sanctions infligées par une autorité administrative Commission nationale des experts en automobiles », concl. sur CE, sect., 22 juin 2007 *M. Patrick Arfi*, n° 272650, *RFDA*, 2007, p. 1199. La conviction du commissaire du Gouvernement est exprimée sans ambiguïté : « Nous pensons donc que l'effectivité de l'intervention du juge sera assurée, au regard des exigences de l'article 6 § 1, soit par l'existence d'un contrôle de pleine juridiction *soit, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, par l'existence d'un entier contrôle sur le pouvoir de sanction* — motifs comme dispositif ce qui comprend l'appréciation des éléments de fait y compris en ce qui concerne l'adéquation entre la faute et la sanction » (nous soulignons).

[4] CEDH, 23 octobre 1995 *Schmautzer c/ Autriche,* n° 15523/89 : « Quant à la compétence de la Cour administrative, elle doit s'apprécier en tenant compte du fait qu'en l'espèce, elle était amenée à s'exercer dans un litige de nature pénale au sens de la Convention. Sa compatibilité avec l'article 6-1 se mesure dès lors au regard des griefs soulevés devant ladite juridiction par l'intéressé, mais aussi à la lumière des caractéristiques constitutives d'un "organe judiciaire de pleine juridiction". *Or parmi celles-ci, figure le pouvoir de reformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur*. En l'absence de pareille compétence dans le chef de la Cour administrative, celle-ci ne saurait passer pour un "tribunal" au sens de la Convention ».

juridiction permet de répondre à cette exigence. Elle pourrait toutefois être atténuée par le caractère négocié ou alternatif de la procédure et/ou de l'acte litigieux.

2. L'incertaine atténuation de l'exigence en matière de « solutions négociées »

581. Nous rappellerons brièvement les termes de ce mouvement de recul du contrôle juridictionnel en matière de procédures et actes « négociés » dont nous avons déjà fait le constat (a) avant d'en apprécier la conformité aux exigences constitutionnelles et européennes (b).

a. Le constat d'un recul du contrôle juridictionnel

582. Mouvement de réduction du champ du contrôle à l'égard des actes négociés. L'hypothèse de la réduction de l'étendue et/ou de l'intensité du contrôle opéré par le juge sur les actes répressifs des autorités administratives de concurrence adoptés au terme d'une procédure alternative, parfois dite « négociée »[1], a déjà été évoquée[2].

Le constat a été fait que l'engagement d'une entreprise dans une procédure de transaction devant l'Autorité de la concurrence – donc, en fait, l'engagement de renoncer à contester les griefs qui lui ont été notifiés – conduisait à une réduction du champ du contrôle opéré par le juge de recours. Cet engagement, bien qu'il ne vaille pas aveu ou reconnaissance de culpabilité, conduit, au stade du contrôle juridictionnel, à une forme de présomption qui ne peut être combattue[3], sous peine de se voir opposer une fin de non-recevoir. L'entreprise en cause perd ainsi le droit de discuter de la matérialité des faits jusqu'au stade du recours[4]. Nous avons émis l'hypothèse que le juge administratif saisi du recours contre une transaction proposée par la DGCCRF puis acceptée par le contrevenant pourrait en juger de même.

En matière de clémence, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer expressément sur la question. Pourtant, en pratique, de tels recours sont courants et tendent, notamment, à contester le montant de l'exonération accordée[5]. La question de la contestabilité de la

[1] Sur les doutes sémantiques et le caractère souvent inapproprié de ces qualificatifs v. *supra*, note sous n° 319.
[2] Au sujet des procédures dérogatoires mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence (principalement transaction et clémence) v. supra, n° 319 et n° 323. Au sujet de la procédure dérogatoire mise en œuvre par la DGCCRF en matière de micro-PAC v. *supra*, n° 495 et s. Pour une étude générale en droit européen v. M. LE SOUDÉER, *Le contrôle du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de procédures applicables aux pratiques anticoncurrentielles,* précité, spéc. Partie I – Titre II – Chapitre I.
[3] Laquelle concerne, pour rappel, la matérialité des faits, la qualification retenue par l'Autorité et leur imputabilité.
[4] Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a même fait craindre que la renonciation concernât également le montant de la sanction prononcée. V. CA Paris, 6 juillet 2017 *Sté Direct Énergie c/ Sté Engie*, n° 2017/07296. Fort heureusement, ce droit à contester le montant de la sanction prononcée à l'issue d'une procédure de transaction a été clairement rétabli par la Cour ; v. CA Paris, 13 juin 2019 *Société Alcyon,* n° 28/20229. Sur ces arrêts v. *supra.*
[5] V. encore récemment, Com., 27 mars 2019 *Sté L'Oréal et a.,* n° 16-26412 et le commentaire proposé par A. RONZANO, *Concurrences,* n° 2-2019, art. n° 90342.

matérialité des faits a été posée au Tribunal de première instance des Communautés européennes qui, après avoir répondu par la négative[1] a adopté, quelques années plus tard, la solution inverse en matière de transaction[2]. La jurisprudence n'est pas des plus claires et établies, l'enjeu est pourtant de taille.

583. Mouvement de réduction de l'intensité du contrôle à l'égard des actes négociés. Au sujet de ces actes négociés, le recul du juge ne concerne pas le seul champ de son contrôle, son intensité est également en péril. Lorsqu'elle est saisie sur recours d'une décision prise au terme d'une procédure de clémence, la Cour d'appel de Paris semble se fonder sur l'existence d'un « contrat » entre l'Autorité de la concurrence et l'entreprise contrevenante pour réduire son office à celui d'un juge de la légalité et de l'annulation[3]. Cette limitation de son office – qui a pour effet de la priver de son pouvoir de réformation – a pour autre conséquence possible une réduction de l'intensité du contrôle exercé sur la procédure administrative et l'acte adopté à son terme. La Cour ne se reconnaît ainsi compétente que pour « vérifier la licéité de l'accord de clémence » au regard des exigences du Code de commerce[4]. Il a été vu que cette formule vague laissait toute place à un contrôle restreint en application duquel la Cour s'est déjà refusée, notamment, à contrôler la proportionnalité ou l'adéquation du pourcentage de réduction accordé par l'Autorité au regard du degré de coopération et des engagements pris par l'entreprise ayant demandé à bénéficier de la clémence[5].

L'on conçoit bien que l'organisation d'un recours de plein contentieux à l'encontre d'un acte qui est l'aboutissement d'une négociation – d'une discussion est-on tenté de dire par prudence – entre une autorité administrative et une entreprise fautive mais repentante soit délicate à certains égards. Si le juge estime l'acte adopté illégal, il semble peu opportun de lui octroyer le pouvoir de modifier unilatéralement la sanction à laquelle avaient abouti les discussions : si un équilibre qui semblait – au moins dans un premier temps – satisfaisant aux deux parties avait été trouvé, il n'entre pas dans l'office du juge de réengager un processus aux allures conventionnelles pour convenir avec le contrevenant d'un nouveau point d'équilibre[6].

---

[1] TPICE, 9 juillet 2003, aff. T-224/00.
[2] CJUE, 1er juillet 2010 *Knauf c. Commission*, aff. C-407/08.
[3] V. CA Paris, 19 janvier 2010, n° 2009/00334 (affaire du « *cartel de l'acier* »), spéc. pts. E. 61 et E. 62, sur cet arrêt, v. L. BOY, « Cartel de l'acier : des sanctions surprenantes pour une méthodologie exemplaire », *RLC,* n° 2010/23, p. 21 et *supra*, n° 347 et n° 496 et s.
[4] CA Paris, 19 janvier 2010, précité, § E. 61.
[5] Même arrêt, qui juge que l'entreprise est « irrecevable à invoquer avec force une meilleure prise en compte de ses efforts concrets et avérés […] destinés à rétabli le jeu normal de la concurrence ; qu'il s'est agi de l'exécution normale de son engagement vis-à-vis du Conseil ». V. toutefois, qui semble opérer un contrôle de proportionnalité d'une décision prise au terme d'une procédure de clémence : CA Paris, 30 janvier 2014, n° 2012/00723.
[6] Nous reviendrons sur ces éléments avec davantage de détails au chapitre suivant.

Néanmoins, cette réduction justifiée des pouvoirs du juge ne pourrait-elle pas s'accompagner du maintien de l'exigence d'un contrôle approfondi ? L'absence de toute intervention juridictionnelle au « premier degré »[1] ne rend-elle pas nécessaire l'ouverture du prétoire d'un juge apte à veiller scrupuleusement au respect des droits des parties et de la conformité de la solution adoptée à l'intérêt général et à l'ordre public – au moins dans leur composante concurrentielle ? Que l'on songe au contrôle de la réalité des faits, de leur qualification juridique, de la proportionnalité des mesures prononcées – lesquelles, bien que « négociées », constituent des sanctions – de la juste prise en compte des informations produites par la société en cause dans la fixation du quantum de la sanction prononcée etc. Voyons, avec davantage d'attention, les doutes que ce mouvement est susceptible de faire naître.

b. Les doutes quant à la conformité aux exigences recensées

584. La question de la conformité aux garanties fondamentales : le cas des opérateurs engagés. La gêne est latente[2]. Du point de vue des entreprises qui ont fait le choix, ou à tout le moins accepté, de s'engager dans ces procédures dérogatoires, une non-contestation ne valant pas reconnaissance de culpabilité peut-elle valoir renonciation définitive aux droits de la défense, à la présomption d'innocence « ainsi qu'en pratique largement [au] droit au juge »[3] ? Jusqu'où est-il permis d'être assuré que leur « liberté de négociation » est telle qu'elle assure que les pratiques reconnues – du moins non contestées – correspondent, dans leur principe même et/ou dans leurs modalités et leur ampleur, à la réalité ?

---

[1] Le juge ne contrôle pas *a priori* les conditions du recours à ces voies « alternatives » et encore moins son opportunité ni n'intervient, *a posteriori*, pour « avaliser » ou homologuer l'acte.

[2] Elle peine à être dissimulée jusqu'au sein des institutions européennes dont les tergiversations puis le changement radical de position quant à la possibilité pour la partie qui s'engage dans une procédure négociée de contester, au stade du recours juridictionnel, l'existence des faits ont de quoi étonner. V. qui rejettent sèchement cette possibilité en opposant au requérant une fin de non-recevoir : TPICE, 9 juillet 2003 *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission*, aff. T-224/00, spéc. § 227 ; TPICE, 8 oct. 2008 *Schunk e.a. c/ Commission*, aff. T-69/04, spéc. § 84. Pour des solutions qui admettent la possibilité de cette contestation v. déjà TPICE, 11 décembre 2003 *Adriatica di Navigazione c/ Commission,* aff. T-61/99 ; TPICE, 11 décembre 2003 *Minoan Lines c/ Commission*, aff. T-66/99. Finalement, la Cour de justice a jugé, par une formule aux allures d'attendu de principe, que cette fin de non-recevoir dénuée de fondement est attentatoire aux droits de la défense et au droit au recours : CJUE, 1er juillet 2010 *Knauf c/ Commission*, précité.

[3] V. la formule d'un auteur qui, traitant des solutions négociées mises en œuvre au plan européen, partage ces doutes : D. WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? », précité, p. 2 : « la politique dite de "*clémence*" permet aux entreprises - moyennant aveux complets et renonciation à leurs droits de défense ainsi qu'en pratique largement à leur droit au juge - d'échapper à toute amende ou de bénéficier du moins d'une forte réduction de celle-ci ». L'auteur relève aussi « la possibilité envisagée par la Commission d'offrir une "*prime*" aux entreprises qui ne se défendent pas et ne contestent pas les griefs, par le recours à une "*transaction*" ("*direct settlement*") - qu'il leur sera vraisemblablement impossible de contester en justice ».

Les bienfaits de ces procédures dérogatoires concernent tant les pouvoirs publics que les entreprises et ils sont bien connus : tous gagnent *a minima* en temps et en argent[1]. Les premiers voient par ailleurs leurs chances de déceler des pratiques clandestines graves s'accroître à moindre coût et peuvent de ce fait mobiliser leurs moyens sur d'autres affaires. Les dernières limitent la lourdeur de la peine encourue, l'aléa « judiciaire », et peuvent dans certains cas échapper à l'atteinte à la réputation engendrée par le prononcé d'une condamnation rendue publique. Cette « course au productivisme » n'est toutefois pas sans dangers[2]. Des délais de réflexion sont fort heureusement laissés aux entreprises qui ont l'entière liberté de se faire conseiller. Mais l'attractivité économique, l'appât du gain – ou de la limitation des pertes – peuvent être tels qu'il n'est pas illégitime de s'interroger sur le caractère pleinement libre et éclairé de la reconnaissance au moins implicite de faits[3] à laquelle le droit positif attache des effets probatoires importants jusqu'au stade du contentieux juridictionnel[4].

À l'égard des « bénéficiaires » de ces procédures, la question pourrait être ainsi formulée : le caractère négocié d'une procédure administrative qui se substitue au prononcé unilatéral d'une sanction a-t-il pour effet d'en atténuer à ce point le caractère répressif qu'il justifierait une réduction des droits et garanties qui doivent en principe leur être offerts, y compris au stade du recours juridictionnel ? La Cour EDH[5] s'accommoderait-t-elle du caractère prétendument négocié d'une procédure mise en œuvre par une autorité administrative titulaire d'un pouvoir de sanction pour justifier les atteintes aux droits procéduraux des entreprises qui en font l'objet[6] et admettre une atténuation du contrôle juridictionnel des actes adoptés à son terme ? Certes elle admet, y compris en matière pénale, qu'un justiciable puisse renoncer à certains de ses droits et notamment à son droit à un tribunal[7]. Elle veille toutefois scrupuleusement aux circonstances de cette renonciation et notamment à ce qu'elle ait été décidée en dehors de toute

[1] Pour une analyse plus fouillée v., parmi une littérature abondante, E. DAVID, « L'incidence des procédures « alternatives » sur l'établissement des pratiques anticoncurrentielles devant l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne », *Concurrences,* n° 1-2011, art. n° 33858 et les références citées par l'auteur.
[2] Formule empruntée à E. DAVID, article précité.
[3] V. à ce sujet la position d'un auteur qui conteste d'ailleurs le recours même à l'expression de « procédures négociées » : L. IDOT, « Présentation » *in Les procédures négociées en droit de la concurrence : engagements et transactions. Droit français – Droit communautaire, Concurrences,* n° 2-2008.
[4] V. la démonstration faite à propos des procédures alternatives mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence et la Commission par E. DAVID, article précité.
[5] La question pourrait être posée à l'égard du Conseil constitutionnel mais comme il a été vu, c'est davantage la Cour EDH qui a insufflé un vent de rigueur sur les modalités de contrôle juridictionnel des sanctions prononcées par une autorité administrative.
[6] On pense en premier lieu à leur droit au recours devant un juge de pleine juridiction. D'autres droits procéduraux sont atteints, à commencer par le principe du contradictoire. Mais plusieurs de ces atteintes concernent avant tout la phase administrative. Au stade du recours juridictionnel, c'est le principe même du « droit au juge » tel qu'interprété en matière de sanctions administratives qui est affecté.
[7] CEDH, 27 février 1980 *Deweer c/ Belgique*, n° 6903/75, spéc. 6 49.

contrainte[1]. À la lecture de certaines décisions, la Cour semble en outre particulièrement attachée aux garanties offertes par l'homologation judiciaire dans un tel cadre[2] ; homologation dont on ne trouve nulle trace dans notre champ. Les doutes sont permis.

585. La question de la conformité aux garanties fondamentales : le cas des autres opérateurs en cause. La crainte est plus grande encore à l'égard des autres parties réputées co-auteurs des pratiques en cause. Dans le cadre du recours contre une décision prise au terme d'une procédure au cours de laquelle certaines des parties seulement avaient fait le choix de ne pas contester les griefs, la Cour de cassation a pu juger que les parties n'ayant pas opté pour cette voie ne pouvaient contester d'autres éléments que leur participation à l'infraction[3]. Aux côtés de « la prime » promise à celui qui ne se défend pas émerge une « pénalité » infligée à « celui qui veut exercer ses droits de la défense »[4]. Sans y avoir consenti, il se trouve privé de certains d'entre eux et non des moindres. De même, en matière de clémence, il a été jugé que les éléments relatifs à la procédure engagée avec l'entreprise repentante n'ont pas à être communiqués aux autres mis en cause engagés dans une procédure de sanction « classique »[5].

---

[1] Même arrêt, § 48-54.

[2] Dans sa décision sur la loi instituant en droit pénal français la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), le Conseil constitutionnel a approuvé le dispositif dans sa globalité moyennant une réserve d'interprétation et une censure partielle (Cons. const., décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*). En premier lieu, il impose, au nom du principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement, que l'homologation de la proposition du parquet par un juge soit systématique et obligatoire et qu'elle soit opérée par un juge doté d'un pouvoir d'appréciation approfondi notamment quant à la qualification juridique et à la conformité de la proposition à l'intérêt général (§ 107). Cette première réserve, si elle ne crée pas vraiment de doute à l'égard de l'Autorité de la concurrence, interroge davantage à l'égard des transactions proposées par la DGCCRF au sein de laquelle aucune séparation des fonctions n'est organisée. En outre, le Conseil juge que l'homologation devait avoir lieu en audience publique et non en chambre du Conseil, appliquant ainsi les exigences du procès équitable à cette étape de la procédure.
Si l'on tente une confrontation, nécessairement spéculative, des procédures ici envisagées à cette jurisprudence, on peut s'interroger sur le caractère suffisant du pouvoir de contrôle confié au juge à l'égard d'un dispositif répressif mis en œuvre pas des autorités non juridictionnelles, parfois-même non indépendantes et au sein desquelles la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et « de jugement » n'est pas toujours assurée.

[3] Com., 29 mars 2011 *Sté Manpower et a.*, n° 10-12913 et n° 10-13686, qui juge que, dans la mesure où certains mis en cause « n'avaient pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, c'est à bon droit que la Cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé qu'en conséquence seule la question de la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée ». Sur cet arrêt v. la chronique de C. LEMAIRE et S. NAUDIN, *Concurrences,* n° 3-2011, art. n° 38091.

[4] Expressions utilisées par D. WAELBROECK, article précité.

[5] CA Paris, 24 avr. 2007 *Sté JH industries et Sté Malerba*, n°2006/06912. Le raisonnement de la Cour est le suivant : lorsque le Conseil (actuelle Autorité) adopte l'avis conditionnel et fixe « les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée » – ce qu'il fait antérieurement à la notification des griefs – « il ne statue pas, à l'égard des entreprises tierces visées par la dénonciation, sur le bien fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 » de la Convention EDH et ne prend « aucune mesure de nature à affecter l'exercice ultérieur, par ces dernières, de leurs droits de la défense ». Ainsi la procédure et l'avis de clémence sont écartés de la procédure de sanction à proprement parler et sont à ce titre soustraites aux exigences attachées à une telle procédure, à commencer par le principe du contradictoire. S'en suit le refus de la Cour de statuer sur un moyen d'annulation de la procédure fondé sur l'art. 6 § 1 de la Convention invoqué par une entreprise condamnée n'ayant pas bénéficié de la clémence et à laquelle n'avaient pas été communiquées les pièces de cette procédure. V. à ce sujet M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 547-550.

Ces derniers sont ainsi empêchés de discuter – ce qui constitue une négation absolue du contradictoire – d'un élément de la procédure qui peut pourtant avoir une importance déterminante à leur égard : l'aveu d'un aspirant à la clémence « constitue la colonne vertébrale autour de laquelle se construit la thèse de la culpabilité des entreprises poursuivies et qui donne aux autres éléments de preuve leur cohérence, leur unité et leur sens »[1].

Cette fois, qu'il soit permis de formuler fermement l'existence d'un doute quant à la conformité de cet état du droit positif avec les exigences européennes – conventionnelles mais également communautaires[2] – et constitutionnelles. Le juge devant lequel il ne peut être discuté de l'intégralité des éléments de fait et de droit sur lesquels s'est prononcée l'autorité auteur de l'acte objet du recours est-il toujours un « juge de pleine juridiction » au sens où l'entend la Cour EDH en matière de sanctions administratives ? L'affirmative peine à convaincre…

586. Formulation de l'impératif identifié. Un impératif a pu être clairement identifié, son champ et ses modalités d'application laissent toutefois planer quelques incertitudes dont certaines seront, plus tard, abordées à travers le prisme de l'opportunité.

L'impératif est le suivant : les procédures répressives conduites par les autorités administratives de concurrence et les actes adoptés à leur terme doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle de pleine juridiction opéré par un juge titulaire d'un pouvoir de réformation. Les concernant, l'entreprise de réorganisation ne saurait donc aller en deçà et consister, par exemple, en l'ouverture d'un simple recours objectif en annulation, type excès de pouvoir.

Les incertitudes concernent l'éventuelle atténuation de cette exigence lorsque l'acte litigieux a été adopté au terme d'une procédure dérogatoire reposant sur une forme de négociation entre l'autorité administrative et le contrevenant. Il semble que l'entreprise qui fait le choix de s'engager dans une telle procédure puisse valablement renoncer à son droit au recours devant un juge doté d'un pouvoir de pleine juridiction. Bien que de sérieux doutes et craintes aient été exprimés au sujet des conséquences que cette solution pourrait produire – notamment sur les dimensions du contrôle opéré par le juge – l'observation du droit positif laisse apparaître que l'organisation d'un simple recours en contestation de légalité et en annulation d'un tel acte est envisageable. Par-delà la mise à l'écart du pouvoir de réformation et l'atténuation possible de

[1] G. DECOCQ, « Le principe du contradictoire ne s'applique pas à la procédure de clémence », comm. sous CA Paris, 24 avril 2007 *Sté JH industries et Sté Malerba*, n°2006/06912, *CCC*, n°6, juin 2007, comm. 155.
[2] V. *supra* (note 3 sous n° 584), la position de la CJUE à propos de la fin de non-recevoir opposée à l'entreprise repentante. On devine que la Cour ne sera pas moins sceptique quant au sort réservé à d'autres entreprises en cause qui n'ont consenti à aucune renonciation de leurs droits.

l'intensité du contrôle, l'entreprise renoncerait ainsi à son droit de contester, y compris au stade du contentieux juridictionnel, certains des éléments de fond et de procédure.

À l'égard d'autres entreprises mises en cause qui n'ont pas fait le choix de s'engager dans une voie dérogatoire, l'extension de ce recul du champ et de l'intensité du contrôle opéré par le juge interroge plus vivement encore. S'il peut être opportun de cantonner le juge à un strict pouvoir d'annulation, il semble impératif d'assurer le maintien, au moins au profit de ces dernières, d'un contrôle juridictionnel approfondi sur l'ensemble des éléments factuels et juridiques.

Section 2 : Le droit à une voie de recours

587. Droit au juge et droit à une voie de recours ? L'intervention d'un premier juge est donc impérative. Si c'est à une autorité administrative qu'a été confié le pouvoir de décision au premier « degré », il interviendra comme autorité de recours[1]. Mais parmi les autorités nationales de concurrence, a été identifié un pôle juridictionnel dont les membres rendent des jugements en premier ressort. À leur égard, la question de la garantie d'un « droit au juge », à un « premier juge » au profit des justiciables ne se pose guère ; elles en sont l'expression même.

La recherche des contraintes susceptibles de restreindre l'entreprise de réorganisation proposée ne peut toutefois s'arrêter là. L'existence d'un droit d'accès au prétoire d'un second juge a fait l'objet de nombreux débats et réflexions qui justifient que l'on s'y arrête[2]. Si était identifiée une obligation pour les États d'offrir au justiciable mécontent d'une décision de première instance une voie de recours devant un second juge – qu'il soit compétent pour connaître du fond ou un simple juge « du droit » – toute piste de refonte du système de recours contre les actes des autorités internes de concurrence devrait intégrer cet impératif et s'y conformer.

[1] L'Autorité de la concurrence relève sans nul doute de la qualification de « tribunal » au sens de la jurisprudence de la Cour EDH et la DGCCRF pourrait tout autant en relever, au moins pour certaines de ses attributions. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de l'ensemble des juridictions nationales – constitutionnelle et administratives de manière constante, judiciaires de manière largement majoritaire malgré quelques fluctuations – refuse de qualifier ces autorités de juridiction et le recours devant la Cour de Paris contre les actes de l'Autorité de la concurrence d'appel. Au sens de cette jurisprudence, la juridiction saisie du recours contre l'acte de l'une de ces autorités administratives semble donc intervenir comme « premier juge » et non comme second degré de juridiction. Sur tout cela v. *supra.* Et *contra*, L. VOGEL, *Droit de la concurrence – Droit Français*, précité, n° 536, qui présente le recours devant la Cour de Paris comme une modalité de mise en œuvre du principe du double degré de juridiction (*a priori* au sens du seul PIDCP sur lequel nous reviendrons).

[2] La littérature est fournie, nous nous contenterons de renvoyer à la position de Motulsky qui compte parmi les droits de la défense la possibilité d'un recours contre la décision de justice de premier degré, sans toutefois défendre l'existence d'un droit général à un second degré de juridiction (H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges P. Roubier,* t. 2, 1961, p. 175, reproduit *in Écrits, Études et notes de procédure civile,* Dalloz, 1973, réimp. 2009 p. 60).

Il faut alors distinguer et éprouver ces deux hypothèses : celle de la garantie impérative d'un doublé degré de juridiction au profit du justiciable (§ I), puis celle de l'existence d'un « droit au pourvoi » (§ II).

§ I – La garantie d'un double degré de juridiction

588. Accès à un second juge du fond. La première hypothèse qui doit être éprouvée est celle de l'existence d'un droit à saisir un second juge afin qu'il se prononce de nouveau tant sur les questions de fait que de droit[1]. C'est l'hypothèse de l'existence d'un droit à une voie de recours et, pour être plus précis, d'un droit au double degré de juridiction[2].

À ce sujet, jurisprudence et doctrine ne sont pas des plus claires. Si l'absence de droit général à un double degré de juridiction semble établie ; la garantie de l'accès à « un second juge du fond » fait, en toutes matières, l'objet d'une protection « indirecte » qui peut conduire à y voir un principe « para-constitutionnel » (A). Cette protection indirecte rayonne naturellement sur le champ répressif où l'accès à un double degré de juridiction fait, au moins formellement, l'objet d'une protection encore plus forte (B).

A. Absence de droit général au double degré de juridiction

589. Notion de double degré de juridiction. En préambule, quelques rappels succincts sont nécessaires. « Il y a double degré de juridiction lorsqu'après un premier jugement, un appel peut être interjeté »[3]. L'expression est réservée à l'hypothèse où, après qu'une juridiction de premier degré a rendu un jugement revêtu de l'autorité de chose jugée, le justiciable insatisfait, partie en première instance, a la faculté de saisir une seconde juridiction, hiérarchiquement supérieure, afin qu'elle rejuge tout ou partie des éléments de droit et de fait de la cause. Il n'y a ainsi second degré de juridiction que lorsque le second juge, saisi de la même affaire, est

[1] L'existence de ce « droit à » conduirait, corrélativement, à l'existence d'une obligation, à la charge de l'État, d'en assurer l'effectivité.

[2] L'expression « droit à une voie de recours » renvoie à plusieurs hypothèses parmi lesquelles le droit à saisir un « second juge du fond » ou un droit à un recours devant un juge de cassation. Ces deux hypothèses sont très différentes, ce qui rend nécessaire le recours à l'expression plus précise de « droit à un double degré de juridiction » qui ne renvoie qu'à la première à laquelle nous nous consacrons à ce stade. En outre, l'expression de « droit au recours » a un champ encore plus large en ce qu'elle englobe les recours non juridictionnels (ex. : recours gracieux) ; « le droit au juge n'est que l'un des aspects du droit au recours », S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS *et al.*, *Droit processuel,* précité, n° 302. V. aussi *supra*, n° 35 et s.

[3] T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques,* précité, *v°* « degré de juridiction » et « double degré de juridiction ».

« juge du fond » et non simplement « du droit ». La juridiction de second degré de droit commun[1] est la cour d'appel, baptisée cour administrative d'appel dans l'ordre administratif.

Aussi, lorsqu'elle est saisie d'un recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris ne devrait pas être vue comme un second degré de juridiction. Il ne peut en effet y avoir de second s'il n'y a pas eu de premier. C'est pourtant ainsi qu'elle a parfois été présentée par une jurisprudence à laquelle se réfère une partie de la doctrine spécialisée[2].

590. Démarche. Pour identifier les impératifs qui pourraient résulter du droit positif sur ce plan, il nous faut procéder en deux temps. Après avoir écarté l'existence d'un droit général et absolu à l'appel (1), nous verrons que le droit au double degré de juridiction bénéficie néanmoins d'une protection indirecte susceptible de restreindre l'entreprise de réorganisation (2).

1. La valeur relative du droit d'accès à un juge d'appel

591. Absence de droit de valeur supra-législative à accéder à un second degré de juridiction. Débutons par ce qui fait peu de doute. Dans l'ordre européen, malgré les projections de certains auteurs[3] et les recommandations du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe[4], la Cour EDH n'a pas, à ce jour, consacré de droit général à un double degré de juridiction au titre des garanties du procès équitable. Elle juge d'ailleurs sans ambiguïté qu'en matière civile, la Convention « ne requiert pas l'existence de juridictions supérieures »[5], rejetant par la même occasion l'hypothèse d'un « droit à l'appel » qui découlerait de son article

[1] Il existe quelques exceptions dont la plus connue est celle qui gouverne l'exercice du droit d'appel en matière criminelle : le recours contre un arrêt d'assises est exercé devant une autre cour d'assises différemment composée. V. art. 380-1 à 380-15 CPP. On parle alors d'appel « circulaire ». En contentieux administratif, le Conseil d'État conserve quelques compétences en appel.

[2] L. VOGEL, ouvrage précité, n° 536, qui explique que « Les pouvoirs publics ont ainsi mis en place un ordre juridictionnel propre au droit de la concurrence, justifié par la spécificité et la technicité de ce droit. Cette particularité n'empêche pas pour autant de qualifier la Cour d'appel de Paris de second degré de juridiction ». À l'appui de son raisonnement, l'auteur invoque deux arrêts de la Cour de Paris de 1997 et 2003 sur lesquels v. *infra.*

[3] J. VAN COMPERNOLLE, « Le double degré de juridiction et les exigences du procès équitable », *in* J. VAN COMPERNOLLE, A. SALETTI (dir.), *Le double degré de juridiction,* Bruylant, éd. Bruxelles, 2010, p. 4. L'auteur explique que l'évolution de la notion de procès équitable devrait, à terme, conduire la Cour EDH à « intégrer le droit à un deuxième juge dans les garanties du procès équitable ». V. dans le même sens G. RAVARANI, « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », *Mélanges S. Guinchard*, 2010, p. 355.

[4] Recommandation R (95) 5 du 7 février 1995. Le Conseil estime « que des procédures de recours devraient aussi pouvoir être engagées dans les affaires civiles et commerciales et non pas seulement dans les affaires pénales ». Au titre des recommandations, l'article 1er suggère la consécration d'un principe en application duquel, sauf exceptions, « toute décision rendue par un tribunal inférieur (premier tribunal) devrait pouvoir être soumise au contrôle d'un tribunal supérieur (deuxième tribunal) ».

[5] CEDH, 26 octobre 1984 *De Cubber c/ Belgique,* n° 9186/80, § 32. De manière désormais assez classique, la Cour ne manque néanmoins pas de préciser que dès lors qu'un État ouvre l'accès au prétoire du juge d'appel ou de cassation, il doit s'assurer que les justiciables jouiront devant eux des garanties du droit à un procès équitable telles qu'elles résultent de l'article 6 de la Convention (CEDH, 17 janvier 1970 *Delcourt c/ Belgique*, n° 2689/65).

6 § 1. La CJUE adopte une position semblable[1], lorsque le Conseil d'État juge que la Convention EDH n'impose pas l'instauration systématique d'un double degré de juridiction[2].

Reste que si un État offre au justiciable la possibilité d'accéder à un juge d'appel, les limitations apportées à ce droit (conditions de recevabilité, de délais…) « ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ». Dès lors que l'accès à ce second juge est rendu possible par le droit national, toute restriction doit, pour être conforme aux exigences de la Convention, « poursuiv[re] un but légitime » et présenter « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »[3]. En somme, dès lors que le droit interne offre une possibilité d'accès à l'appel, il est tenu de le faire dans les conditions de l'article 6 § 1 et notamment du « droit d'accès à un tribunal », lequel doit être « effectif ».

Le Conseil constitutionnel s'est quant à lui longuement refusé à se prononcer fermement sur la valeur constitutionnelle, ou non, du droit au double degré de juridiction[4] « érigeant l'équivoque en principe directeur de sa jurisprudence »[5]. Il a finalement jugé que « le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle »[6]. La formule, à laquelle il ne peut être fait le reproche de l'ambiguïté, dissimule en fait des subtilités sur lesquelles nous reviendrons.

592. Compétence du pouvoir règlementaire pour aménager le double degré de juridiction. Hors matière répressive, l'absence de valeur constitutionnelle du droit au double degré de juridiction ne fait ainsi guère de doute. C'est davantage la qualification de « principe général du droit » ou « de procédure » qui est débattue.

L'étude d'arrêts peu clairs et parfois fluctuants conduit à la conclusion que le Conseil d'État semble, non sans hésitation, exclure la qualification de principe général du droit ou de

[1] V. CJUE, 11 mars 2015 *Oberto et O'Leary,* aff. C-464/13 et C-465/13, qui juge que l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux, qui pose le principe de protection juridictionnelle effective, n'implique pas d'avoir accès à un double degré de juridiction mais uniquement à un tribunal de première instance.
[2] CE, 9 février 2000 *Camparois*, n° 185667.
[3] V. par ex. CEDH, 14 décembre 1999 *Khalfaoui c/ France*, n° 34791/97, spéc. § 35-40 (l'arrêt concerne la déchéance du pourvoi en cassation en matière pénale mais certaines des formules employées par la Cour sont larges et ont vocation à régir tous types de recours, tant en matière civile que pénale) ; CEDH, 21 septembre 1994 *Fayed c/ Royaume-Uni*, n° 17101/90, spéc. § 65 et s. et, à propos de l'exigence de proportionnalité entre l'objectif de bonne exécution et d'effectivité des décisions de première instance et l'atteinte au droit d'accès à un juge d'appel qui résultait du prononcé de la radiation pour inexécution en appel (laquelle laisse courir le délai de péremption) : CEDH, 10 octobre 2013 *Pompey c/ France*, n° 37640/11.
[4] V. le rappel concis mais complet de sa jurisprudence proposée par M. DEGUERGUE, « Le double degré de juridiction », *AJDA*, 2006, p. 1308.
[5] N. MOLFESSIS, « La protection constitutionnelle du double degré de juridiction », *Justices,* 1996, n° 4, p. 20.
[6] Cons. const., 12 février 2004 *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française,* n° 2004-491 DC.

procédure. Cette exclusion a une double conséquence. D'une part, l'appel n'existe pas sans texte. D'autre part, le pouvoir règlementaire peut en organiser la suppression tant qu'il n'en résulte aucune atteinte à d'autres principes fondamentaux, au premier rang desquels le principe d'égalité devant la justice[1]. Au regret de certains, « le Conseil d'État ravale le double degré de juridiction au rang de simple règle de procédure supplétive »[2].

De son côté, la Cour de cassation a jugé, en sa Chambre commerciale, que le principe du double degré de juridiction s'applique, sauf texte contraire[3]. Le pouvoir règlementaire peut donc l'écarter – ce droit ne relève pas du domaine réservé au pouvoir législatif – mais en l'absence de texte l'excluant, l'appel est possible contre un jugement de première instance. La lettre du Code de procédure civile est respectée[4].

Il résulte de ces jurisprudences qu'en dehors de la matière répressive, l'intervention d'un second juge de pleine juridiction – autrement dit, l'organisation d'un second degré de juridiction – est facultative. En outre, il apparaît que sa mise à l'écart ne relève pas du domaine réservé au législateur ; elle constitue d'ailleurs le principe en contentieux administratif où la voie de l'appel n'est ouverte qu'à condition qu'un texte le prévoie. Le pouvoir règlementaire aurait ainsi toute liberté pour l'aménager, voire la supprimer et aucune contrainte ne briderait, à cet égard, l'entreprise de réorganisation. Une étude un peu plus fouillée conduit toutefois à nuancer ce propos et à déceler une forme de « protection indirecte » de la garantie d'un double degré de juridiction, même en dehors du champ de la matière pénale.

2. La protection indirecte du droit d'accès à un juge d'appel

593. Protection indirecte d'un principe para-constitutionnel. Si la garantie d'un accès à un double degré de juridiction n'a pas valeur constitutionnelle ou conventionnelle, le législateur[5] devrait être parfaitement libre de l'aménager, de l'encadrer voire de la supprimer. Il doit néanmoins le faire dans le respect des conditions qui viennent d'être exposées, notamment des

[1] V. CE, 17 décembre 2003 *M. et autres*, n° 258253 : « si, lorsqu'un texte ouvre la voie de l'appel à l'encontre d'un jugement, la règle du double degré de juridiction s'impose aussi bien aux justiciables qu'aux juges eux-mêmes, cette règle ne constitue pas un principe général du droit qui interdirait au pouvoir réglementaire de prévoir [...] des cas dans lesquels les jugements seraient rendus en premier et dernier ressort » et le commentaire de J.-P. MARKUS, *AJDA*, 2004, p. 712.

[2] M. DEGUERGUE, article précité ; l'auteur poursuit « alors qu'il contribue à la concrétisation des droits de la défense et à l'égalité devant la justice ».

[3] Com., 26 juin 2001, n° 98-19665, *RTD com.,* 2001 p. 778, comm. J.-L. VALLENS. Toutefois, cette possibilité d'un texte contraire est largement admise puisque la Cour juge que la formule « sans recours possible » vaut tant pour l'appel que pour le pourvoi en cassation (Civ. 1ère, 6 décembre 1994, n° 92-18007).

[4] Art. 543 CPC : « Le voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuse, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé ».

[5] L'expression est ici utilisée dans son acception la plus large (et moins rigoureuse), comme visant à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir règlementaire.

exigences de l'article 6 § 1 de la Convention EDH et ainsi du droit d'accès à un tribunal. Il doit plus globalement le faire – les évidences méritent parfois d'être rappelées – dans le respect de l'ensemble des exigences supra-législatives qui gouvernent son activité. Ainsi ne peut-il faire dépendre l'accès à un double degré de juridiction du choix de l'une des parties au procès autre que celle qui entend en bénéficier[1] ou du comportement et des diligences de la juridiction d'appel[2]. Faute pour ces motifs de traitements différenciés de présenter un lien quelconque avec l'objet des dispositions en cause[3], il en résulterait une discrimination attentatoire au principe d'égal accès des citoyens à la justice.

En reprenant les enseignements d'un auteur, on peut voir dans la garantie d'un double degré de juridiction un principe auquel « la règle de l'égalité interdit bon nombre de dérogations ». En effet, sans que lui soit reconnue une valeur constitutionnelle « directe », cette garantie a « en raison de la règle d'égalité […], à l'égard du législateur, une force […] contraignante », ce qui en ferait un principe « para-constitutionnel »[4]. Il en résulte que si législateur et exécutif peuvent *a priori* totalement supprimer l'accès à un second degré de juridiction, ils ne disposent que d'un pouvoir limité de l'aménager. Ce pouvoir d'aménagement, qui doit être manié avec précaution, ne saurait permettre de réduire sans motif légitime et proportionné le champ ou le contenu de l'accès au juge de second degré dans une matière où l'appel est prévu. En somme, dès lors que l'appel est permis, son accès devient par principe « de droit » et un véritable « droit para-constitutionnel » au second degré de juridiction émerge alors[5]. La garantie d'un second degré de juridiction fait donc bien partie de ces principes auquel le législateur ne peut déroger qu'avec prudence et parcimonie sauf à porter atteinte à d'autres principes dont la valeur constitutionnelle

[1] Cons. const., décision n° 80-127 DC des 19-20 janvier 1981 *loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

[2] Cons. const., décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985 *Loi relative au redressement et à la liquidation des entreprises,* qui censure, au nom du principe d'égal accès des citoyens à la justice, une disposition prévoyant qu'un « jugement entrepris » frappé d'appel acquérait autorité de chose jugée dans l'hypothèse où la cour d'appel saisie ne statuait pas sur le fond dans les deux mois suivant le prononcé dudit jugement.

[3] C'est à cette seule condition que le Conseil constitutionnel, suivi en cela par le Conseil d'État, admet qu'une loi puisse prévoir des traitements différenciés. La formule est classique : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qu'il établit » (décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* et v. déjà la formule de la décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979*,* cons. 3, qui exige que la « non-identité » de traitement ne soit « pas incompatible avec la finalité de cette loi »). Pour une analyse de cette jurisprudence v. F. LUCHAIRE, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p. 1229 et s., spéc. p. 1240-1253.

[4] F. LUCHAIRE, article précité, spéc. p. 1234 et p. 1353-1356.

[5] Des auteurs expliquent ainsi que si « le droit à une voie de recours ne s'exprime pas en ce qui concerne l'ouverture de la voie de recours dont on a dit qu'elle pouvait être limitée […] le droit à une voie de recours apparaît nettement lorsqu'un recours est ouvert pour en assurer l'effectivité » (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès,* précité, n° 347).

n'est pas débattue, à commencer par le principe d'égalité[1]. Sa protection pourrait être plus grande encore en matière répressive.

B. Une protection formellement accrue en matière pénale

594. Caractère fondamental ? Malgré les souhaits exprimés par certains et des lectures parfois trop extensives de décisions du Conseil constitutionnel, les Sages n'ont jamais consacré la valeur constitutionnelle du double degré de juridiction, pas même en matière répressive. Ils sembent s'en tenir, dans ce champ aussi, à la protection indirecte du principe (1). Sur les plans international et européen, la formulation ambitieuse de certains textes pourrait laisser à penser qu'y est reconnu un caractère fondamental au droit d'accéder à un second degré de juridiction. Leur réception en droit interne invite toutefois à beaucoup plus de nuance (2).

1. Le maintien d'une protection para-constitutionnelle en droit interne

595. Levée de la confusion quant à la position du Conseil constitutionnel. En raison de lectures quelque peu hâtives, la jurisprudence constitutionnelle relative à l'existence d'un prétendu droit au double degré de juridiction fait parfois l'objet de propos confus voire erronés. La décision du Conseil constitutionnel rendue les 19 et 20 janvier 1981[2] a donné lieu à de nombreux commentaires dont certains illustrent bien notre propos. Ainsi lit-on sous certaines plumes que le Conseil y consacre la valeur constitutionnelle du principe du double degré de juridiction, au moins en matière pénale. Il n'en est pourtant rien. Une lecture attentive de la décision suffit à s'en convaincre pour au moins deux raisons.

D'abord, le débat concernait deux dispositions prévoyant, pour la première, la possibilité pour la partie civile constituée dès la première instance de formuler des demandes nouvelles en cause d'appel et, pour la seconde, la faculté pour toute personne prétendant avoir subi un préjudice causé par l'infraction objet d'une procédure en cours de se constituer partie civile pour la première fois en appel[3]. Pour consacrer un prétendu droit au double degré de juridiction en matière pénale, il y aurait eu meilleure porte d'entrée que l'action des parties civiles.

Ensuite, le Conseil ne consacre nullement un tel principe qu'il désigne au contraire par une formule très détachée en visant « le principe de double degré de juridiction, lequel aurait valeur

[1] Ainsi « bien que l'analyse des décisions rendues par le Conseil constitutionnel oblige à conclure à l'absence de valeur constitutionnelle du double degré de juridiction, elle témoigne dans le même temps que le double degré de juridiction ne reste pas sans valeur constitutionnelle » (N. MOLFESSIS, article précité, p. 17).
[2] Cons. const., décision n° 80-127 DC, précitée.
[3] Art. 92 et 94 de la loi n° 91-82 du 2 février 1981 *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.*

constitutionnelle »[1]. La censure est prononcée sur le fondement plus classique d'une atteinte causée au principe d'égalité devant la justice[2]. Celle-ci résulte de ce que les dispositions litigieuses laissaient le prévenu à la merci des prétendants à l'action civile. Sa possibilité d'accéder à un second degré de juridiction sur l'action civile dépendait du comportement de ces derniers : soit ils se constituaient et formulaient l'intégralité de leurs demandes dès la première instance et cette possibilité était préservée pour le prévenu ; soit ils décidaient de se constituer pour la première fois en appel (ou de formuler des demandes nouvelles devant la Cour) et la possibilité était perdue pour le prévenu. Le Conseil devait harmoniser. Il l'a fait en optant pour la solution la plus protectrice des droits des justiciables : celle offrant à tout prévenu un droit d'exercer un appel sur les intérêts civils, non conditionné par le comportement des victimes qui plaident contre lui. L'entreprise est louable mais ne revient en rien à consacrer un droit général, de rang constitutionnel, au double degré de juridiction. Pas même en matière répressive.

596. Maintien d'une protection para-constitutionnelle. Cette jurisprudence n'est qu'une manifestation de ce que l'accès à un second degré de juridiction bénéficie d'une protection constitutionnelle indirecte. Il est, comme en matière civile, un principe à valeur « para-constitutionnelle » dont les Sages rappellent régulièrement l'importance[3].

En outre, le droit pénal et sa procédure relèvent du domaine de la loi[4]. Il en résulte que seul le pouvoir législatif est compétent pour organiser, encadrer ou supprimer l'accès à un second degré de juridiction[5]. Le Conseil d'État veille au respect de ce domaine réservé au législateur et censure toute disposition règlementaire qui y porte atteinte[6]. Reste que la jurisprudence n'a jamais franchi le pas de faire application des expressions de « détermination des crimes et délits

---

[1] Cons. 70.

[2] Le Conseil juge (cons. 71) que l'exercice des droits consacrés par les dispositions litigieuses (demandes civiles nouvelles et constitution de partie civile pour la première fois en appel) « serait nécessairement générateur d'inégalités devant la justice, puisque, selon l'attitude de la personne qui demande réparation, les prévenus bénéficieraient ou ne bénéficieraient pas d'un double degré de juridiction en ce qui concerne les intérêts civils ».

[3] V. par ex. Cons. const., décision n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010.

[4] Art. 34 de la Constitution qui prévoit que « la loi fixe les règles concernant » notamment « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ». Sur la distinction du domaine de la loi et du domaine du règlement et sur le sens, la portée et les modalités de sa mise en œuvre v. B. MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence règlementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs,* 2005/3, n° 114, p. 73.

[5] Pour être complet il faut mentionner la faculté de l'exécutif de recevoir délégation du pouvoir exécutif pour « légiférer par ordonnance » dans les conditions de l'article 38 de la Constitution.

[6] Ainsi a-t-il annulé les dispositions d'un décret de 2006 relatif aux modalités de mise en œuvre des mesures d'isolement ordonnées par l'autorité administrative ou par un juge aux motifs, d'une part, qu'il s'agissait de règles de procédure pénale – ce dont il résultait que le pouvoir règlementaire avait « empiété sur le domaine réservé à la loi par l'article 34 de la Constitution » et, d'autre part, que l'octroi d'un pouvoir relatif aux mesures d'isolement à un juge nécessite l'organisation d'une voie de recours à l'encontre de ses décisions, voie dont l'organisation relève de la compétence exclusive du pouvoir législatif. Il ressort bien de cet arrêt que l'organisation d'une voie de recours en matière pénale relève de la seule compétence du pouvoir législatif (CE, sect., 31 octobre 2008, n° 293785).

ainsi que les peines qui leur sont applicables » et de « procédure pénale » à l'ensemble de la matière répressive[1]. Il ne peut donc être avancé avec certitude que l'ensemble des procédures répressives menées par les autorités de concurrence et les règles organisant le recours contre les actes adoptés à leur terme relèvent du seul domaine de la loi. La loi organique du 20 janvier 2017 relative aux AAI et aux API est allée timidement en ce sens en disposant, dès son article premier, que « toute autorité administrative indépendante […] est instituée par la loi », laquelle « fixe les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que *les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement* des autorités administratives indépendantes […] »[2]. Il y a bel et bien une part de la régulation normative du statut et de l'activité des AAI qui relève du domaine de la loi. Si les modalités procédurales de recours contre les actes répressifs qu'elles adoptent en relevaient, l'accès au double degré de juridiction ne pourrait être aménagé, encadré ou supprimé que par une disposition législative. En droit positif, rien ne permet cependant d'en avoir la certitude.

En tout état de cause, même en matière répressive, le droit interne ne semble ainsi guère faire davantage que reconnaître au principe du double degré de juridiction la protection para-constitutionnelle dont il bénéficie en toutes matières.

2. La réception nuancée des exigences supranationales

597. L'exigence générale d'un droit au second juge en matière pénale. La lettre des textes internationaux et européens paraît plus ambitieuse. La lecture de l'article 2 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention EDH du 22 novembre 1984, intitulé « droit à un double degré de juridiction en matière pénale », laisse entrevoir une exigence ferme malgré les quelques exceptions prévues par l'alinéa second, notamment concernant les « infractions mineures »[3]. Si le corps du texte faisait une certaine place à l'ambiguïté en visant le recours devant « une

[1] Ce qu'il pourrait décider un jour de faire, par exemple en se référant à la notion de « punition » ou à une conception de « la matière pénale » proche de celle retenue par la Cour EDH. Un lien entre ces deux notions existe d'ailleurs déjà selon certains auteurs. V. par ex. J.-H. ROBET, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.,* n° 26, août 2009, qui explique, après avoir brièvement abordé l'émergence de la notion de « matière pénale » dans la jurisprudence de la Cour EDH, que le Conseil constitutionnel « n'a pas voulu imiter le vocabulaire de la Cour préférant construire un droit de la « punition » » mais que, par-delà le vocabulaire utilisé, un lien certain existerait entre ces deux notions telles que développées respectivement par le Conseil et la Cour.

[2] Art. 1er de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 *relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes* (nous soulignons). Est entrée en vigueur, le même jour, la loi n° 2017-55 *portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*.

[3] « Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi. Ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement ».

juridiction supérieure » ; la référence, dans l'intitulé de l'article, à la notion de « double degré de juridiction » laissait présager, en droit français, la consécration d'une forme de « droit à un juge d'appel » en « matière pénale »[1].

Sur le plan international, le cinquième paragraphe de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) prévoit que « toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi ». Le Comité des droits de l'homme[2] a forgé une jurisprudence exigeante sur la base de ce texte dont la lettre laissait pourtant place à la souplesse. Ainsi a-t-il décidé que ce droit au recours devait permettre au justiciable d'obtenir un réexamen complet des éléments de preuve et des modalités de conduite du procès en première instance et semble considérer qu'un recours type pourvoi en cassation n'offre pas de telles garanties[3]/[4]. L'exigence, bien que formulée par une entité internationale dénuée de véritable pouvoir coercitif, est stricte et ambitieuse.

598. Lecture restrictive de l'exigence sur le plan national. Malgré ces textes et jurisprudences ambitieux, les autorités nationales ont usé de différents outils juridiques dont la mise en œuvre a conduit à un allègement du degré d'exigence qui aurait pu résulter d'une lecture littérale.

---

[1] Soucieuse de conserver une unité d'interprétation des notions de la Convention, la Cour EDH interprète la notion d'« infraction pénale » au sens du protocole additionnel de la même manière qu'elle interprète celle d'« accusation en matière pénale » de l'article 6 de la Convention. V. CEDH, 6 septembre 2005 *Gourepka c/ Ukraine*, n° 61406/00, spéc. § 55. La Cour fait donc application des « critères *Engel* ».

[2] Le Comité est l'organe de supervision du PIDCP ; il « exerce diverses fonctions lui permettant de contrôler le respect des engagements étatiques » (l'auteur en distingue trois : administrative, diplomatique et quasi-juridictionnelle) parmi lesquelles celle de recevoir et examiner les « communications » – les plaintes en somme – de particuliers qui prétendent avoir été victimes d'une violation de l'un des droits énoncés dans le Pacte (v. art. 1er du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966 et ratifié par le France en février 1984). Après l'examen de ces communications, le Comité peut adresser des « constatations » aux États et aux particuliers. V. L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruylant, 2007, spéc. n° 17-38 et 415 et s.

[3] V. Constatations des 10-28 juillet consécutives à la communication n° 701/1996, *Gómez Vazquez c/ Espagne*, spéc. § 11.1 et s. Le Comité constate que le recours litigieux n'a pas permis au justiciable d'obtenir une « révision complète » de la déclaration de culpabilité et de la condamnation prononcées à son encontre en première instance et qu'il ne répond donc pas aux exigences de l'art. 14.5 PIDCP.

[4] Précisons que les exigences du Pacte semblent avant tout destinées aux personnes physiques (en témoigne la référence, dans l'art. 1er du Protocole, aux « particuliers » et la jurisprudence restrictive du Comité quant à la recevabilité de l'action des personnes morales sur laquelle v. L. HENNEBEL, thèse précitée, n° 449 et s.) et que le Comité n'exclut pas que des infractions d'une gravité limitée puissent être hors du champ de ce « droit au second degré de juridiction » (peuvent notamment y être soustraites les infractions réprimées par des sanctions pécuniaires exclusives de toute privation de liberté). Bien que les sanctions encourues en matière de concurrence puissent atteindre des montants élevés, aucune n'est privative de liberté et elles concernent dans une écrasante majorité des cas des personnes morales. Si notre champ n'est *a priori* pas le principal concerné par le PIDCP, son application même rare n'est pas à exclure, ce que confirme l'étude de la jurisprudence sur laquelle nous reviendrons.

Concernant les exigences européennes, le Gouvernement français a, dans le cadre de la ratification du Protocole additionnel n° 7, émis une réserve d'interprétation dénuée d'ambiguïté. « Le gouvernement de la République française déclare qu'au sens du protocole, l'examen par une juridiction supérieure se limite à un contrôle de l'application de la loi tel le recours en cassation »[1]. L'intitulé de l'article qui fait référence au double degré de juridiction – qui n'a aucune valeur normative – est éludé : le recours impératif en matière pénale est un recours en cassation, le législateur reste libre d'aménager ou d'écarter le reste[2].

La ratification du PIDCP a, elle aussi, donné lieu à une déclaration qui, bien que moins souvent citée, témoigne d'une volonté proche. Le Gouvernement indique qu'il « interprète l'article 14 paragraphe 5 comme posant un principe général auquel la loi peut apporter des exceptions limitées » et qu'en toutes hypothèses, « les décisions rendues en dernier ressort peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour de cassation qui statue sur la légalité de la décision intervenue ». Si le principe est celui d'un droit au double degré de juridiction en matière répressive[3], la loi peut prévoir des exceptions et non des moindres. En témoigne l'impossibilité d'interjeter appel d'un arrêt d'assises jusqu'à l'aube du XXIe siècle[4]. De nouveau, le Gouvernement insiste sur le caractère systématique et parfois suffisant de l'ouverture du prétoire du juge de cassation. Ainsi voit-on que même là où l'on aurait pu la penser ferme, la garantie d'accès à un second degré de juridiction reste relative.

599. L'analyse confuse de la position de la Cour de Paris. En définitive, il semble que l'exigence en apparence la plus forte provient des dispositions précitées du PIDCP. Son invocation est pourtant rare mais dans quelques affaires dont la solution est plus souvent citée qu'elle n'est rappelée par les juges, la Cour d'appel de Paris a eu à confronter sa propre jurisprudence aux dispositions de l'article 14 § 5 du Pacte. L'analyse proposée par la Cour – à tout le moins sous-jacente à la solution rendue – mérite que l'on s'y arrête. Elle témoigne à la

[1] Déclaration faite lors de la signature du Protocole, le 22 novembre 1984, et confirmée lors du dépôt de l'instrument de ratification le 17 février 1986.

[2] Les arrêts de cour d'assises ne pouvaient à l'époque faire l'objet que d'un recours en cassation. Cette réserve permettait, entre autres, le maintien de ce *statu quo*. La Cour EDH semble avoir approuvé cette interprétation de la Convention. V. CEDH, 13 février 2001*Krombach c/ France,* n° 29731/96.

[3] À l'inverse du Protocole additionnel à la Convention EDH et des trois premiers paragraphes de l'article 14 du PIDCP, le paragraphe 5 de ce même article vise de manière globale les « infractions », ce qui pourrait valoir renvoi à tous types d'infraction et non exclusivement aux infractions pénales. Il s'ensuit que le Comité adopte dans ce cadre une conception matérielle de la notion en y intégrant les sanctions prononcées par des juridictions non pénales. V. *infra*.

[4] Jusqu'au 1er janvier 2001, date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes* qui créent l'appel en matière criminelle. En outre, en droit positif, le système de « l'appel circulaire » en matière criminelle ne donne pas lieu, à proprement parler, à un réexamen de l'affaire par « une juridiction supérieure ». La seconde cour saisie est composée de jurés (ou magistrats dans certaines matières) supplémentaires mais n'est pas hiérarchiquement supérieure à la première.

fois de la confusion théorique qui règne sur ces questions – nature et fonction de l'Autorité de la concurrence, rôle et « statut » de la juridiction de recours, valeur du droit au second degré de juridiction etc. – et d'une forme d'inconfort dans la tentative de conciliation de ce fond théorique peu clair et des exigences internationales.

Pour rappel, il est communément admis, tant par la jurisprudence constitutionnelle qu'administrative ou judiciaire, que l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative et non une juridiction ; ce qui résulte d'ailleurs aujourd'hui des textes[1]. En outre, une fraction importante de la doctrine analyse le rôle, les pouvoirs et la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris comme étant empruntés à ceux du juge administratif de l'excès de pouvoir ou du plein contentieux objectif[2]. Or la doctrine n'a jamais cherché à présenter l'intervention de ce dernier comme la mise en œuvre d'un second degré de juridiction. Il est établi que la nature administrative de l'autorité auteur de l'acte objet du recours conduit à rejeter toute dimension juridictionnelle dudit acte et, par là même, à rejeter la thèse de ce que le juge de recours interviendrait comme « second juge », comme second degré de juridiction. L'éventuelle « fonction contentieuse » remplie par l'Autorité de la concurrence, qui ne doit pas être confondue avec la fonction juridictionnelle[3], ne devrait rien changer à l'analyse prétorienne dès lors qu'elle rejette en bloc les qualifications de juridiction et de jugement.

De son côté, le Comité des droits de l'homme décide que les exigences de l'article 14 § 5 sont applicables même lorsque l'infraction a été sanctionnée par une juridiction non pénale. Il en a ainsi fait application à une juridiction militaire et fait grief à l'État signataire d'avoir manqué à ses engagements en n'organisant pas d'appel à l'encontre du jugement de première instance par lequel des militaires sont condamnés à la peine de mort[4]. Notons que le Comité applique cette solution à un organe qui, bien que militaire, présente les caractéristiques d'une juridiction et

[1] Une annexe à la loi du 20 janvier 2017 précitée propose une liste de vingt-six AAI et API au sein de laquelle figure l'Autorité de la concurrence.

[2] V. les références déjà plusieurs fois proposées à ce sujet et la formule limpide d'un auteur qui explique que « S'exerçant sur une décision unilatérale de nature administrative mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, le pouvoir de contrôle de la Cour d'appel doit s'exercer comme celui du juge de l'excès de pouvoir » (V. MICHEL-AMSELLEM, « Effet dévolutif de l'appel : la Cour de cassation précise que la Cour d'appel de Paris est tenue, lorsqu'elle annule une décision du Conseil de la concurrence, de statuer sur toutes les demandes de parties et sur les griefs notifiés et maintenus (*Bétons du Var*) », comm. sous Com., 27 septembre 2005, n° 04-16677, *Concurrences,* n° 4-2005, art. n° 607).

[3] J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *in Mélanges M. Stassinopoulos,* 1974, p. 275 et T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse précitée.

[4] Communication n° 839, 840, 841/1996 *Mansaraj c/ Sierra Leone*, décision du 16 juillet 2001, spéc. § 5.6. Le débat concernant une *martial court* instituée en Sierra Leone.

remplit une fonction juridictionnelle. En outre, il le fait à propos d'une peine qui relève du degré de gravité ultime de réponse pénale à la commission d'une infraction.

Cela n'a pas empêché la Cour de Paris de juger que le fait que le Conseil de la concurrence soit une AAI ne saurait être un motif empêchant de la considérer, lorsqu'elle est saisie sur recours contre l'une de ses décisions, comme un second degré de juridiction[1]. La Cour va jusqu'à expliquer que « saisie d'un recours contre une décision du Conseil, [elle] examine à nouveau l'ensemble des faits instruits par le rapporteur et *jugés* dans une décision dont elle contrôle la motivation »[2]. Elle semble ainsi interpréter la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de manière extensive – et sinon *contra,* au moins *supra legem*[3] – en considérant qu'elle conduit à ce qu'un organe administratif auquel est confiée une fonction quasi-juridictionnelle – « contentieuse » dirons-nous pour éviter toute confusion – puisse être assimilé à une juridiction de premier degré[4]. En somme, la négation de la nature juridictionnelle d'une autorité ne l'empêche pas de juger et d'être considérée comme – à tout le moins assimilée à – un premier degré de juridiction. Quelques années plus tôt, saisie de cette question, la Cour avait considéré que l'impératif posé par le PIDCP était satisfait dès lors qu'une décision motivée avait été rendue, en « premier ressort », par des « organes administratifs corporatifs ou juridictionnels » subissant le contrôle effectif d'une juridiction de recours[5]. Cette assimilation de l'AAI à un premier degré de juridiction permet de concilier le droit positif et les exigences du Pacte.

L'analyse, bien que reprise par une doctrine spécialisée[6], laisse perplexe. Elle étonne d'autant plus que, comme il vient d'être vu, les exigences européennes et internationales que les requérants prétendaient violées ne nécessitent pas avec fermeté – en tout cas telles qu'elles sont interprétées sur le plan interne – l'accès à un double degré de juridiction[7]. La Cour aurait pu rejeter le moyen en jugeant que la possibilité de saisir la Cour de cassation d'un pourvoi contre

[1] CA Paris, 14 janvier 2003 contre la décision n° 95-D-76, *BOCCRF* n° 2003-02 du 27 février 2003.
[2] Même arrêt, nous soulignons.
[3] Le texte vise le droit de faire examiner la déclaration de culpabilité ou la condamnation « par une juridiction supérieure », ce qui implique l'intervention d'une juridiction inférieure, ce que ne sont pas les autorités administratives de manière générale et l'Autorité de la concurrence de manière plus spécifique.
[4] Elle prend tout de même la précaution de rappeler, en début de considérant, que le Conseil de la concurrence « est une autorité administrative indépendante, et non une juridiction ».
[5] CA Paris, 28 janvier 1997, n° 96-8881 et 96/11164 à 11166.
[6] L. VOGEL, ouvrage précité, n° 536, qui explique *in fine* que rien n'empêche « de qualifier la Cour d'appel de Paris de second degré de juridiction » et se réfère, notamment, aux arrêts précités de 1997 et 2003. V. aussi S. GUINCHARD, *v°* « Procès équitable », *in Rép. proc. civ.,* n° 228, à propos d'une décision de la Cour d'appel de Paris rendue le 28 janvier 1997 précitée.
[7] En témoigne l'absence de recours autre que le pourvoi en cassation contre les décisions rendues, en premier ressort, par les cours d'assises à l'époque de l'arrêt de 1997. Il est étonnant que la Cour ait été à ce point mal à l'aise quant à son statut au regard du Pacte : les procédures dont il est question ne peuvent conduire qu'au prononcé de sanctions pécuniaires non privatives de liberté. À la même époque, les cours d'assises pouvaient condamner à des peines d'emprisonnement à perpétuité sans être soumises à un quelconque contrôle de juridictions d'appel.

ses décisions était suffisante eu égard à la spécificité du contentieux en cause et de l'organisation institutionnelle mise en place par le législateur en la matière. Cette jurisprudence témoigne d'une forme de malaise et de la confusion dont est source cet état du droit. Elle est, à tout le moins, le signe d'une appréciation très souple de l'obligation faite à l'État de garantir au justiciable engagé dans une procédure répressive l'accès à un juge de second degré.

600. Formulation de l'impératif identifié. Le droit pour le justiciable intéressé de recourir à un premier juge doit en toutes hypothèses être garanti mais pourrait ne pas être toujours suffisant. Se pose alors la question de l'existence d'un droit d'accéder à un second.

Sur ce plan, aucun principe supra-législatif ne consacre de droit général d'accéder à un second juge du fond. Reste que le principe du double degré de juridiction bénéficie d'une protection para-constitutionnelle. Il en résulte que si le législateur et/ou le pouvoir règlementaire peuvent purement et simplement fermer la voie de l'appel, ils ne peuvent en encadrer l'accès qu'avec prudence et parcimonie dès lors que son ouverture est posée comme principe dans le champ considéré. En somme, dès lors que l'appel est ouvert, son accès et ses modalités sont soumis aux garanties du procès équitable.

En outre, en matière répressive, des exigences formellement plus élevées semblent consacrées par des textes internationaux et européens. Mais l'ambition supranationale a été interprétée dans un sens restrictif par les autorités internes où le principe demeure que le droit à une voie de recours devant une juridiction supérieure n'équivaut pas nécessairement à un droit d'accès à un second degré de juridiction.

La contrainte qui pèse sur l'entreprise de réorganisation peut alors être ainsi formulée : s'il semble possible de supprimer tout accès à un second degré de juridiction, y compris en matière répressive, s'engager dans la voie inverse emporte des conséquences non négligeables. Dès lors que l'ouverture de l'appel est posée comme principe dans une matière déterminée, ça n'est qu'avec une main tremblante que le pouvoir normatif peut en restreindre l'accès ; sauf à porter atteinte à l'émergent droit au second degré de juridiction qui en a résulté au profit du justiciable. La marge de manœuvre pourrait être moindre concernant l'accès au juge de cassation.

§ II – Le « droit au pourvoi »

601. Droit à une voie de recours et pourvoi en cassation. La première modalité de mise en œuvre d'un prétendu « droit à une voie de recours » consiste en la possibilité offerte au justiciable mécontent d'une décision de première instance rendue à son encontre de saisir une juridiction supérieure de la même affaire afin qu'elle soit rejugée en fait et en droit.

Mais l'exercice de ce prétendu droit à une voie de recours peut aussi consister en la saisine d'un juge de cassation compétent pour connaître des seuls aspects juridiques de l'affaire. La juridiction supérieure veille alors au respect de la loi par la juridiction inférieure. Elle ne connaît pas des faits et prend pour établis ceux constatés par la juridiction inférieure, « de fond », dès lors qu'ils l'ont été dans le respect des formes requises. Il y a donc bien l'intervention d'une juridiction supérieure – que l'on dit parfois « suprême » pour signifier qu'il n'en existe guère de plus haute au sein de l'ordre concerné[1] – mais elle n'offre pas au justiciable la possibilité de faire porter une appréciation nouvelle sur l'ensemble des éléments de la cause.

Si l'intervention d'un second degré de juridiction ne semble pas systématique et impérative, celle d'un juge de cassation l'est-elle davantage ? En somme, existe-t-il un véritable « droit au pourvoi »[2] et si oui, quelles en sont la valeur et les limites ?

La réponse à cette interrogation appelle un peu de nuance. Il ne semble pas exister de droit général, qui aurait un caractère absolu ou « indérogeable », au pourvoi en cassation ; la garantie d'un accès au juge de cassation connaît des degrés différents selon la matière envisagée, ce qui conduit à la qualifier de relative (A). Il n'en demeure pas moins que l'aménagement législatif des modalités d'accès au juge de cassation se fait sous le strict contrôle du juge – notamment constitutionnel et européen. L'étude de sa jurisprudence permettra alors de prendre la mesure d'un éventuel impératif qui pourrait brider l'entreprise de réorganisation sur ce plan (B).

A. Garantie relative d'un accès au juge de cassation

602. Exigence variable. Si l'observation du droit positif conduit au constat de l'absence de droit général et absolu au pourvoi en cassation (1), celle des solutions retenues en droit pénal conduit à s'interroger sur l'émergence d'un tel droit en matière répressive (2).

1. L'absence de droit général et absolu au pourvoi

603. Large ouverture du prétoire du juge de cassation et silence des textes. Le pourvoi en cassation est, en droit judiciaire privé, classé parmi les voies de recours dites

[1] On retrouve l'expression dans une part du discours « officiel ». Ainsi le site vie-publique.fr qualifie la Cour de cassation de « juridiction suprême de l'ordre judiciaire » et l'art. L. 111-1 du CJA dispose que « le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême ». Bien que cette désignation pourrait ne pas être parfaitement exacte d'un point de vue juridique, elle reste un moyen commode de désigner une juridiction qui occupe « une place éminente » (v. T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, précité, *v°* « cour suprême » et à propos du Conseil d'État : P. DELVOLVÉ, *v°* « Conseil d'État – Les fonctions juridictionnelles », *in Rép. cont. adm.,* spéc. n° 326 et s., la section consacrée au rôle de juridiction de cassation est intitulée « Conseil d'État, juge suprême » , v. aussi « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre juridictionnel administratif », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 51).

[2] Une partie de la doctrine a déjà répondu favorablement à l'interrogation, v. J. BARTHÉLEMY, « Le droit au pourvoi », *in Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p. 185.

« extraordinaires », lesquelles ne sont ouvertes qu'à condition qu'un texte le prévoie. C'est d'ailleurs l'une des caractéristiques majeures sur laquelle insiste le Code de procédure civile[1].

On peut douter de la pertinence de cette classification, surtout lorsque l'on adopte une approche processuelle impliquant d'intégrer à l'étude le pourvoi en matière pénale[2] et celui propre au contentieux administratif. La doctrine publiciste recourt peu à cette distinction pour traiter du recours en cassation et la raison en est assez simple : il est établi de longue date que l'accès au juge de cassation, comme l'accès au juge de l'excès de pouvoir, existe même en l'absence de texte[3]. Tombe ainsi l'une des deux caractéristiques majeures de ce que le droit judiciaire privé qualifie de voie de recours extraordinaire.

En outre, même en cette matière, il est reconnu que nonobstant son caractère « extraordinaire », le pourvoi en cassation est « largement ouvert par principe »[4]. Il est d'ailleurs arrivé à la Cour de cassation d'emprunter des formules qui laissent à penser qu'il pourrait être ouvert même en l'absence de texte le prévoyant[5], ce que l'article 480 du (nouveau) Code de procédure civile semble aujourd'hui exclure[6]. Pourtant, même après son entrée en vigueur, la chambre Sociale de la Cour n'a pas hésité à maintenir cette solution en admettant la recevabilité du pourvoi dans une matière où il n'était pas prévu par la loi et avait, à ce titre, déjà été écarté en jurisprudence[7].

Il semble donc, tant dans l'ordre administratif que dans l'ordre judiciaire, que le pourvoi soit envisageable même dans le silence de la loi[8]. Alors, en l'absence de prévision « expresse et formelle » contraire et quel que soit l'ordre juridictionnel concerné, l'accès au juge de cassation

---

[1] L'art. 579 CPC, première disposition du sous-titre consacré aux « voies de recours extraordinaire », prévoit que leur exercice et le délai ouvert pour les exercer ne sont, sauf texte contraire, pas suspensifs d'exécution. L'art. 580 dispose, lui, que « les voies extraordinaires de recours ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi ». Or le pourvoi en cassation est bien envisagé dans ce sous-titre (chap. III, art. 604 à 639-4).

[2] Sur le caractère qui nous intéresse moins, ici, le pourvoi en cassation en matière pénale est suspensif en application de l'art. 569 CPP. La qualification de voie de recours extraordinaire correspond ainsi mal à tout un champ du pourvoi en cassation au sein de l'ordre judiciaire.

[3] CE, ass., 7 février 1947 *d'Aillières*, n° 79128 et CE, ass., 19 octobre 1962 *Canal, Robin et Godot,* n° 58502. En doctrine, v. E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2e éd., Berger-Levrault, 1896, t. 2, p. 576, qui explique que, même en l'absence de texte en prévoyant expressément la possibilité, le recours en cassation demeure ouvert « en vertu de principes généraux ».

[4] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 487.

[5] V. déjà, qui accorde une protection particulière au juge de cassation : Cass. 12 mai 1812 cité par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS *et al.,* ouvrage précité, n° 451, mais aussi J. BARTHÉLEMY, article précité, spéc. p. 189. Un autre arrêt, antérieur de quelques années à l'entrée en vigueur du CPC, comporte un attendu encore plus ambitieux : Civ. 1ère, 4 mai 1971, n° 69-13185 et 69-13254, qui juge que « le recours en cassation est ouvert, pour cause de violation de la loi, contre toutes les décisions judiciaires, pourvu qu'elles soient définitives et rendues en dernier ressort ».

[6] V. néanmoins le cas du « pourvoi-nullité » étudié *infra.*

[7] Soc., 23 septembre 2009, n° 08-60535, en matière de contentieux électoral relevant de la compétence des anciens tribunaux d'instance. Cet arrêt constitue un important revirement, v. L. PERRIN, *D.,* 2009, obs. p. 2339.

[8] Solution qui paraît conforme à l'esprit de la jurisprudence constitutionnelle. V. not. Cons. const., décision n° 80-113 L du 14 mai 1980 *procédure contentieuse en matière fiscale* et décision n° 88-157 L du 10 mai 1988 *Code de l'expropriation.*

devrait par principe être admis à l'encontre de toute décision rendue en dernier ressort. Ce droit d'accès « par défaut » pourrait cependant ne pas résister à la prévision normative contraire.

604. Possibilité encadrée mais réelle d'exclure tout accès au juge de cassation. Émerge donc une interrogation : des autorités[1] sont-elles habilitées à exclure toute possibilité de saisir une juridiction suprême d'un pourvoi contre une décision rendue en dernier ressort ?

La réponse est incontestablement positive : il existe une possibilité pour le législateur – davantage que pour le juge, nous y reviendrons – de fermer la voie du pourvoi en cassation en certaines matières. Les solutions prétoriennes des juridictions administratives, judiciaires et constitutionnelles qui viennent d'être présentées présentent un second volet commun : si le silence des textes vaut, peu ou prou, possibilité d'accès au juge de cassation, ces mêmes textes peuvent tout à fait fermer cette voie. Ils le peuvent, a jugé la Cour de cassation, en posant une exception expresse et formelle[2]. Si leurs homologues de l'ordre administratif ont conservé cette rigueur[3], les juges du Quai de l'Horloge ont encore élargi cette possibilité en interprétant la formule « sans recours possible » comme emportant exclusion du recours en cassation[4].

Les droits européen et international ne sont à cet égard – au regret de certains[5] – pas d'un grand apport[6]. La Convention EDH ne consacre aucun droit général d'introduire un pourvoi en cassation contre une décision de justice et la Cour qui en est gardienne n'en fait pas davantage dans sa jurisprudence[7]. Il n'est guère nécessaire de s'y arrêter plus longuement à ce stade, sinon

---

[1] Nous nous intéresserons plus tard à l'identification de l'autorité et de l'outil normatif éventuellement habilités à fermer la voie du pourvoi en cassation.

[2] Cass., 12 mai 1812, précité et Civ. 2ème, 6 avril 1987, n° 85-18508, qui juge que le texte qui se contente de fermer la voie de l'appel à l'encontre d'une ordonnance n'emporte pas d'interdiction de saisir le juge de cassation.

[3] CE, ass., 7 février 1947 *D'Allières*, précité, qui juge que la disposition d'une ordonnance prévoyant que la décision d'un jury « n'est susceptible d'aucun recours » « ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État ».

[4] Civ. 1ère, 6 décembre 1994, n° 92-18007 et Com., 14 septembre 2010, n° 09-68850, qui jugent que la formule « sans recours possible […] s'applique, par sa généralité, au pourvoi en cassation comme à toute autre voie de recours » et qu'il n'est dérogé à cette solution « qu'en cas d'excès de pouvoir ».

[5] N. FRICERO, obs. sous CEDH, 19 décembre 1997 *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne,* n° 26737/95, *D.,* 1998, p. 210. L'auteur appelle de ses vœux une évolution de cette jurisprudence qu'elle juge trop stricte (« L'affirmation du respect de la prééminence du droit par les États signataires de la Convention devrait conduire à une marge d'appréciation plus réduite pour les États en ce qui concerne les conditions d'exercice du pourvoi en cassation »). Elle exprime par ailleurs son optimiste en ce sens en se référant à la Recommandation précitée du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (n° R 95 des 5 et 7 février 1995).

[6] Sauf en matière répressive et d'encadrement de l'exercice du pourvoi dès lors que ce recours est prévu par la loi. Sur ces questions v. *infra*.

[7] Au rang des souhaits, la Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe de février 1995 (n° R (95) 5 précitée, spéc. chapitre IV) préconise l'instauration d'un « troisième tribunal » dont la saisine pourrait être fortement encadrée, en vue de veiller à la conformité des décisions rendues par une juridiction inférieure aux règles de droit. Bien qu'un tel recours existe en France, une partie de la doctrine est favorable à sa consécration au rang conventionnel, expliquant qu'elle « aurait l'avantage de soumettre les conditions d'accès à ce troisième juge aux

pour donner une illustration : la Cour EDH a expressément admis que la loi puisse écarter la possibilité d'un pourvoi en certaines matières où elle existait pourtant jusqu'alors[1]. Sa position est claire : au moins en matière civile, le recours en cassation peut être supprimé pour la loi.

Il n'existe donc pas de droit général et absolu au pourvoi : la fermeture de la voie du recours en cassation est possible mais elle constitue l'exception. Il s'ensuit qu'elle doit être prévue par un texte clair et précis et d'interprétation stricte[2] : l'exclusion ne vaut que dans les matières et pour les décisions visées. Le droit au juge ayant par hypothèse déjà été mis en œuvre au moins devant un premier tribunal, l'accès au juge de cassation peut être limité, voire écarté. Mais peut-il l'être en toutes matières ?

2. L'incertaine émergence d'un droit au pourvoi en matière répressive

605. L'interprétation française des exigences internationales relatives au « droit à un second juge ». Nul besoin de revenir longuement sur des éléments développés plus tôt. Rappelons que le Gouvernement – suivi par les juridictions nationales – interprète les exigences du PIDCP[3] et conventionnelles[4] relatives à l'obligation d'offrir au justiciable sanctionné par un juge un recours devant une juridiction supérieure comme n'imposant que la garantie d'un accès à un juge de cassation[5]. En s'engageant dans cette voie, il se réserve la possibilité de fermer la voie de l'appel dans les procédures répressives mais ne le fait qu'à condition de maintenir ouverte celle du recours en cassation.

Plusieurs des actes et procédures étudiés présentent une dimension répressive et sont soumis à ces exigences. C'est le cas de ceux qui ont été identifiés comme relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention EDH du fait de l'interprétation unitaire que la Cour retient de cette notion et de celle d'infraction pénale au sens du Protocole additionnel n° 7[6]. Certains pourraient également être concernés par les exigences du PIDCP. Alors que l'on pouvait douter de son applicabilité à une matière où les sanctions sont, dans une large majorité des cas, prononcées à l'encontre de personnes morales et sont en tout état de cause de nature

---

exigences de l'article 6 [de la Convention] » (S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS *et al.,* ouvrage précité, 8e éd., 2015, n° 328, non repris dans les éditions suivantes).

[1] CEDH, 19 décembre 1997 *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, n° 26737/95. V. déjà CEDH, 1970 *Delcourt c/ Belgique,* n° 2689/65. Dans cette décision, la Cour valide même l'application immédiate d'une loi nouvelle à un pourvoi formé mais non encore présenté à la juridiction de cassation dans les formes requises. Ledit pourvoi est déclaré irrecevable sur la base de cette loi nouvelle. En outre, la Cour juge plus largement que l'art. 6 de la Convention n'impose pas aux États d'organiser un recours contre les décisions de justice rendues en matière civile.

[2] Bien que la Cour de cassation semble avoir pris quelques libertés sur ce point, v. *supra.*

[3] Spéc. art. 14, §5 du PIDCP.

[4] Spéc. l'art. 2 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention EDH du 22 novembre 1984.

[5] V. les réserves, déclarations et décisions précitées et les analysées proposées *supra.*

[6] CEDH, 6 septembre 2005 *Gourepka c/ Ukraine*, n° 61406/00, spéc. § 55.

pécuniaire ou patrimoniale et exclusives de toute privation de liberté ; la Cour d'appel de Paris a considéré que ses dispositions étaient applicables à la procédure de sanction des pratiques anticoncurrentielles mise en œuvre par l'ancien Conseil de la concurrence ainsi qu'au recours contre les actes adoptés à son terme[1].

Alors, en sus de cette dernière hypothèse, plusieurs autres dispositifs pourraient être concernés par cette exigence à l'un ou l'autre de ces titres. Que l'on songe au prononcé de l'amende civile en matière de pratiques restrictives qui, bien que non encore expressément intégré à la matière pénale par la Cour de Strasbourg, semble réunir tous les « critères *Engel* » ; à la sanction par injonction et/ou amende administrative des manquements aux règles de facturation, de transparence tarifaire et aux délais de paiement ou encore, pour s'en tenir aux principaux, à la sanction, via la transaction mise en œuvre par la DGCCRF, des micro-PAC qui, nonobstant sa coloration conventionnelle nous semble devoir relever de ces exigences.

Une interrogation demeure : dans certains des dispositifs à l'étude, les décisions sont rendues par des juridictions de premier ressort qui statuent à charge d'appel. La question se pose alors de savoir s'il s'agit là d'un système de vases communicants qui permettrait la fermeture de la voie du recours en cassation dès lors qu'un second degré de juridiction a été offert au justiciable concerné ou si l'accès au prétoire du juge du droit doit en toute hypothèse être garanti. Y répondre commande d'étudier la jurisprudence afin d'identifier la valeur autonome qui y est reconnue à la garantie de l'accès à un juge de cassation.

606. La valeur *per se* reconnue à la garantie d'accès au juge de cassation ? Une doctrine spécialisée avance et confirme, comme on le pressent à ce stade de nos développements, que le pourvoi en cassation présente une importance toute particulière, de surcroît en matière répressive. Prenant appui sur l'exemple de l'impossibilité d'interjeter appel à l'encontre des arrêts d'assises jusqu'en 2001, Messieurs Boré expliquent qu'un « État fondé sur le principe de l'égalité des citoyens devant la loi se doit d'offrir à ses citoyens une voie de recours devant une juridiction à compétence nationale qui veille à ce que la loi soit interprétée et appliquée de la même façon partout et pour tous ». Ils poursuivent, comparant l'accès au juge d'appel et au juge de cassation, que « l'on peut se passer plus facilement de celui-ci que de celui-là »[2].

[1] V. les arrêts précités des 28 janvier 1997 et 14 janvier 2003.
[2] J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière pénale. 2018-2019,* Dalloz, 2017, n° 04.14.

Sur le plan européen, certaines décisions de la Cour EDH ont été interprétées comme valant consécration d'un « droit à un juge de cassation »[1]. C'est le cas de l'arrêt rendu dans l'affaire qui opposait la France à M. Poitrimol. L'affaire présente toutefois une particularité non négligeable : le justiciable condamné en première instance à une peine d'emprisonnement avait fui à l'étranger et tenté, en vain, de se faire représenter par avocat dans le cadre d'une instance d'appel ; la Cour d'appel ayant jugé irrecevable son recours en invoquant un principe en vertu duquel une personne en fuite ne peut être représentée en justice. La Cour de cassation a approuvé ce raisonnement puis déclaré, sur le même motif, le pourvoi irrecevable. Saisie à son tour, la Cour EDH, au terme d'une décision rendue à une courte majorité de cinq voix contre quatre, a jugé disproportionnée la sanction du refus du prévenu de comparaître en personne – laquelle consistait en l'irrecevabilité de ses recours – du fait qu'elle le privait à la fois d'un second degré de juridiction et du pourvoi en cassation. La spécificité tient à ce que, bien que la voie de l'appel fût en principe ouverte, le prévenu en a été privé dans les faits. Il semble donc bien spéculatif d'en déduire que la Cour – habituée à l'appréciation *in concreto* des circonstances de chaque espèce – a consacré un droit à l'accès au juge de cassation même lorsque la voie de l'appel a été offerte au justiciable concerné[2]. C'est davantage sur le terrain des limites à l'encadrement de l'accès au juge de cassation, lorsque celui-ci est en principe permis par la loi, que la jurisprudence de la Cour est d'un véritable apport, nous y reviendrons.

607. Position du juge constitutionnel. La jurisprudence constitutionnelle ne permet pas davantage d'écarter avec certitude l'hypothèse d'un système de vases communicants. Le Conseil censure des textes qui prévoient qu'aucun recours n'est possible contre une décision rendue par un juge de première instance[3] mais semble s'accommoder, y compris en matière répressive, du fait que certaines décisions rendues en dernier ressort ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi[4]. Certes, en publiant sur leur site internet, en annexe d'une décision du 14 juin 2013, un commentaire où il est expliqué que « les limitations apportées au droit de se pourvoir en cassation, donc au droit d'être jugé dans le respect du droit, ne peuvent qu'être modestes », les Sages ont envoyé un message fort quant à l'importance de maintenir la possibilité pour un justiciable condamné par une juridiction de dernier ressort de saisir le juge du droit. Il s'agissait néanmoins de la censure d'un texte offrant à la chambre de l'instruction un pouvoir de décision

[1] Expression utilisée en commentaire de l'arrêt CEDH, 23 novembre 1993 *Poitrimol c/ France*, n° 14032/88 par E. JEULAND, *Droit processuel général,* précité, n° 182.
[2] D'ailleurs M. Jeuland convient bien, en conclusion de son commentaire de l'arrêt, qu'il « ne s'agit pas tant d'un droit au pourvoi qu'une garantie visant au respect des droits de la défense », *ibid.*
[3] V. Cons. const., décision n° 2014-389 QPC du 4 avril 2014 qu'un auteur a qualifié de « séisme », (D. REBUT, « Séisme sur la procédure pénale », *JCP G,* 2014, doctr. 598).
[4] V. les références proposées par J. BORÉ et L. BORÉ, ouvrage précité, spéc. n° 22.09 à 22.72.

lui permettant, notamment, d'étendre un mandat d'arrêt européen à des infractions plus graves que celles comprises dans l'acte initial. L'on conviendra avec d'autres qu'il s'agissait là de décisions présentant un degré de gravité élevé, ce qui n'est pas toujours le cas des décisions à l'encontre desquelles la loi exclut la possibilité d'un pourvoi[1].

N'ayant pu écarter avec certitude l'hypothèse du système de vases communicants, il nous faut admettre que l'impératif consistant à garantir au justiciable succombant l'accès à un second juge puisse, y compris en matière répressive, prendre la forme d'une alternative à deux branches : organisation d'un second degré de juridiction ou, *a minima*, ouverture de la voie du pourvoi en cassation. L'aménagement de l'accès au juge de cassation n'en demeure pas moins soumis à des exigences et à un contrôle juridictionnel très stricts.

B. Aménagement encadré des modalités d'accès au juge de cassation

608. Il résulte de l'absence de droit « général et absolu » au pourvoi une possibilité pour les pouvoirs publics non seulement de supprimer l'accès au juge de cassation, mais aussi et surtout de l'aménager et/ou de le conditionner. Toutefois, en raison de l'importance reconnue au rôle de ce juge, ce pouvoir d'aménagement est lui-même encadré et contrôlé. Il l'est à deux titres. En premier lieu quant à la compétence : il est confié, à titre exclusif, au législateur (1). En second lieu quant à son étendue : le pouvoir d'encadrement législatif connaît d'importantes limites dont la mesure nous permettra de formuler avec clarté l'impératif identifié (2).

1. L'accès au juge de cassation : une garantie de rang législatif

609. Le pourvoi en cassation : une garantie fondamentale pour le justiciable. L'accès à un juge de cassation a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme étant « pour les justiciables une garantie fondamentale ». En tant que telle, cette formule est prometteuse mais ce sont les conséquences qu'en tirent les Sages, en s'appuyant sur l'article 34 de la Constitution, qui intéressent davantage : il en résulte qu'il « appartient seulement à la loi de fixer les règles » encadrant l'accès au « juge du droit »[2]. La solution vaut en toutes matières et concerne tant le Conseil d'État que la Cour de cassation.

Les Hauts magistrats administratifs et judiciaires l'ont parfaitement reprise à leur compte. Ils n'ont d'ailleurs pas attendu la décision des Sages pour offrir une protection de rang législatif à la garantie d'accès à leur prétoire. La Cour de cassation juge ainsi que le justiciable ne peut être

[1] J. BORÉ, L. BORÉ, ouvrage précité, n° 22.09.
[2] Cons. const., décision n° 80-113 L du 14 mai 1980 et décision n° 88-157 L du 10 mai 1988.

privé de la garantie offerte par la possibilité de former un pourvoi en cassation qu'en vertu d'un texte législatif clair, formel et dont le domaine d'application doit être rigoureusement interprété[1]. Le Conseil d'État exige, lui, une manifestation de volonté expresse, précise et dénuée d'ambiguïté du législateur pour que la voie du pourvoi en cassation soit fermée à la contestation d'une décision rendue en dernier ressort. En somme, il voit dans la possibilité de saisir le juge de cassation d'un recours contre une décision rendue en dernier ressort un principe général du droit auquel seule une disposition législative expresse peut déroger[2].

Il a été vu que l'apport des droits international et européen est, sur ce plan et en dehors du champ répressif, assez limité et ne mérite guère que l'on y revienne. Toutefois ce droit supranational, principalement européen, a été d'une importance certaine quant au contrôle et à la limitation du pouvoir d'encadrement confié au législateur.

2. Les pouvoirs d'aménagement limités confiés au législateur

610. Par-delà le choix du législateur, l'ouverture du pourvoi-nullité. Avant d'envisager l'hypothèse la plus fréquente – celle de l'encadrement d'un accès par principe possible au juge de cassation – consacrons quelques mots à une limitation irrésistible du pouvoir confié au législateur de supprimer purement et simplement la voie du recours en cassation.

Même dans les hypothèses où une disposition législative prévoit qu'une décision rendue en dernier ressort est insusceptible de pourvoi, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire admet que la voie du recours en cassation puisse être empruntée en cas d'excès de pouvoir commis par les juges du fond[3], lorsque la décision « ne satisfait pas aux conditions essentielles de son existence légale »[4] ou encore, ce qui revient partiellement au même, lorsqu'un principe fondamental de procédure a été violé par ces mêmes juges[5]/[6]. C'est ce que la doctrine qualifie de pourvoi-

---

[1] Ainsi le texte qui se contente de fermer la voie de l'appel à l'encontre d'une ordonnance n'entraîne pas d'interdiction de saisir le juge de cassation, Civ. 2ème, 6 avril 1987, n° 85-18508. Reste que la Cour interprète la formule « sans recours possible » comme valant à la fois exclusion de l'appel et du pourvoi en cassation (Civ. 1ère, 6 décembre 1994 et Com., 14 septembre 2010, précités).

[2] CE, ass., 7 février 1947 *D'Aillières,* précité et CE, ass., 17 février 1950 *Dame Lamotte,* n° 86949.

[3] Crim., 9 juin 1987, n° 87-83119 et, plus récemment, Crim., 18 juin 2014, n° 14-81422.

[4] Crim., 14 juin 1988, n° 87-84751 et Crim., 14 février 2012, n° 11-87679, qui juge que « l'arrêt ne satisfaisant pas, en la forme, aux conditions essentielles à son existence légale, la cassation est encourue ».

[5] Civ. 2ème, 31 janvier 2002, n° 00-21684.

[6] Le pourvoi-nullité est également admis en procédure pénale lorsque la loi écarte toute possibilité de recours immédiat (v. par ex., concernant les ordonnances du juge d'instruction : Crim., 6 avril 1993, n° 92-84778. L'appel contre une telle ordonnance est soumis à des conditions posées par les alinéas 1 à 3 de l'art. 186 du CPP. Son dernier alinéa prévoit que si un appel est interjeté en dehors de ces conditions, le président de la Cour rend une ordonnance de non-admission de l'appel laquelle « n'est pas susceptible de voies de recours ». Malgré la lettre du texte, la jurisprudence admet qu'un pourvoi-nullité puisse être formé contre une telle ordonnance de non-admission). Cette solution valide tant l'hypothèse du caractère non absolu du « droit au pourvoi », même en matière pénale et la possibilité, même *contra legem,* de former – sous certaines conditions – un pourvoi-nullité contre toute décision rendue en dernier ressort.

nullité[1], lequel est un principe général du droit dont font application les Hauts magistrats tant en matière civile que pénale. Dans ce cadre, le pourvoi est soumis à de strictes conditions et ne permet l'invocation que de moyens de cassation très limités – excès de pouvoir ou violation d'un « principe fondamental de procédure ». Mais il demeure possible là où le législateur avait voulu l'exclure ; il s'agit d'un impératif dont il ne peut s'affranchir[2].

611. La possibilité de restreindre l'accès au juge de cassation. La jurisprudence de la Cour EDH relative à l'aménagement législatif de l'accès au juge de cassation repose sur une idée centrale : eu égard au fait que, par hypothèse, le justiciable qui souhaite saisir un juge de cassation a déjà exercé son « droit au juge » devant un premier juge du fond – voire un second s'il a bénéficié de la voie de l'appel – les restrictions sont par principe possibles.

Dans la même dynamique, la Cour s'appuie régulièrement sur la spécificité du rôle des juridictions de cassation pour accepter « des restrictions au droit à un procès équitable qu'elle n'aurait pas acceptées pour d'autres juridictions »[3]. Elle l'a notamment fait pour juger que l'application d'une loi nouvelle à un pourvoi formé mais non encore soumis à la juridiction suprême – pourvoi qu'elle avait pour effet de rendre irrecevable – constituait « une entrave non disproportionnée au droit d'accès à un tribunal »[4]. Les spécificités du pourvoi en cassation peuvent ainsi faire céder le droit au juge – qui a nécessairement déjà été exercé – face au souci d'assurer l'exécution des décisions de justice et/ou de gérer les flux. C'est encore sur la base de ce raisonnement que la Cour EDH reconnaît la légitimité des buts poursuivis par l'article 1009-1 du Code de procédure civile qui permet au Premier président de la Cour de cassation de radier du rôle le pourvoi du requérant qui n'a pas exécuté la décision attaquée, sauf pour ce dernier à justifier d'un motif légitimant son abstention[5].

---

[1] Et plus largement de « recours-nullité ». Sur la définition, l'objet et les conditions de « l'appel nullité » et du « pourvoi nullité » v. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS *et al.*, ouvrage précité, n° 345 et n° 364 ; G. BOLARD, « Les recours-nullité en procédure civile », *Justices,* 1996, n° 4, p. 119 ; L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC,* n° 636 du 15 mars 2006*,* spéc. n° 31.

[2] On retrouve une solution équivalente en matière administrative où le Conseil d'État admet la recevabilité du « recours en déclaration d'inexistence » dans des situations similaires ; recours qui ne répond pas aux conditions de recevabilité (notamment de délai) habituelles du recours en cassation. Pour une application v. CE, 8 décembre 1982 *Cne de Dompierre-sur-Besbre,* n° 33596 et CE, 1er octobre 1990 *Bourreil,* n° 77030.

[3] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS *et al.*, ouvrage précité, n° 447.

[4] CEDH, 19 décembre 1997 *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, n° 26737/95, précité. Il s'agissait d'une loi tendant à harmoniser les taux de ressort, notamment en matière de cassation.

[5] V. CEDH, 14 novembre 2000 *Annoni di Gussola et Debordes et Omer c/ France*, n° 31819/96 et 33293/96, qui juge (§ 50) que « La Cour estime légitimes les buts poursuivis par cette obligation d'exécution d'une décision, à savoir notamment assurer la protection du créancier, éviter les pourvois dilatoires, renforcer l'autorité des juges du fond, désengorger le rôle de la Cour de cassation. La Cour note en effet qu'un tel système peut permettre, provisoirement, de réduire l'encombrement du rôle de la haute juridiction, en attendant que les pourvois en cassation soient examinés dans des délais conformes à l'exigence du « délai raisonnable » garanti par l'article 6 § 1 de la Convention ».

Il a toutefois été noté que l'évolution de la jurisprudence de la Cour allait dans le sens d'une admission de plus en plus étroite de ces restrictions à l'accès au prétoire du juge de cassation[1]. Nous y reviendrons après avoir étudié l'une des hypothèses les plus courantes et significatives de ce pouvoir d'encadrement confié au législateur et, « par délégation », au juge lui-même.

612. Illustration : le filtrage des pourvois. Depuis qu'il a été consacré comme juge de cassation en 1987[2], le Conseil d'État dispose d'une procédure d'admission par laquelle il opère un filtrage des pourvois qui lui sont soumis en vue d'écarter tout pourvoi « irrecevable » ou « fondé sur aucun moyen sérieux »[3]. La Cour de cassation n'a été dotée d'une voie similaire que par la loi organique du 25 juin 2001[4] qui l'habilite à décider, en formation restreinte, « qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation »[5].

Nonobstant la lettre du Code de justice administrative qui dispose que la non-admission d'un pourvoi est prononcée par une « décision juridictionnelle », tant le Conseil d'État que la Cour de cassation « tiennent la mesure de non-admission pour une décision assortie d'une dispense de motivation »[6] ou, à tout le moins, d'une exigence très souple de motivation. Au sein des deux ordres, les Hauts magistrats se contentent le plus souvent de relever que tel pourvoi est « manifestement irrecevable » en mentionnant brièvement la cause d'irrecevabilité ou d'indiquer que tel ou tel moyen « n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ».

La Cour EDH a jugé conforme à la Convention le dispositif en place au sein de chaque ordre[7] sans condamner la brièveté de la motivation des décisions de non-admission, ni les atteintes au principe du contradictoire auxquelles elle donne parfois lieu[8].

---

[1] V. MAIGNAN, « Le retrait du rôle du pourvoi en cassation et la CEDH », *Procédures*, octobre 2000, chron. 12 et C. HUGON, « Le contrôle par la Cour EDH du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation », *D.,* 2001, p. 3369.

[2] Par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 *portant réforme du contentieux administratif*.

[3] Art. L. 822-1 CJA. Sur les modalités de cette procédure d'admission v. les art. L. 822-1 et R. 822-1 à R. 822-6 CJA et l'analyse de B. STIRN, « Le filtrage des recours devant la juridiction administrative », *in La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré,* Dalloz, 2008, p. 440.

[4] Loi n° 2001-539 du 25 juin 2001*relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.*

[5] Art. 1014 CPC (art. L. 131-6 anc. COJ).

[6] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, précité, n° 286 (2e éd., 2013, non repris dans la dernière édition). Et S. AMRANI-MEKKI, « La sélection des pourvois à la Cour de cassation », *in* ORDRE DES AVOCATS AUX CONSEILS, *Le juge de cassation en Europe,* Dalloz, 2012, p. 53.

[7] CEDH, 9 mars 1999 *SA Immeuble Groupe Kossser c/ France,* n° 38748/97 (concernant la procédure en vigueur devant le Conseil d'État) et CEDH, 28 janvier 2003 *Burg c/ France*, n° 34763/02 (concernant la Cour de cassation).

[8] CEDH, 15 juin 2004 *Stepinska c/ France,* n° 1814/02, pour une requérante qui, faute d'avoir constitué avocat aux conseils, n'a pas été convoquée à l'audience publique et n'a pu répondre aux conclusions présentées oralement par l'avocat général. Pour rejeter l'atteinte invoquée à l'art. 6 § 1, la Cour se réfère classiquement aux « spécificités de la procédure d'admission des pourvois » et complète en rappelant que « l'article 6 § 1 de la Convention n'exige pas que soit motivée en détail une décision par laquelle une juridiction de recours, se fondant sur une disposition

Il n'est guère nécessaire de développer le détail de ces deux procédures qui présentent un certain nombre de différences[1]. Retenons simplement qu'elles reposent sur l'appréciation de formations restreintes des Hautes juridictions – parfois même sur celle d'un juge unique au sein du Conseil d'État[2] – et qu'elles donnent lieu à l'adoption, dans de brefs délais, d'une décision peu motivée et insusceptible de recours. Juges constitutionnel et européen s'en accommodent, sous réserve toutefois que les décisions ne reposent sur aucune erreur manifeste d'appréciation et qu'elles n'entraînent aucune atteinte à la substance même du droit au recours.

613. Limites au pouvoir d'encadrement du législateur : l'atteinte à la substance même du droit au recours et l'erreur manifeste d'appréciation. Comme pour toute question relative au droit d'accès à un tribunal, la Cour EDH juge que les restrictions qui limitent l'accès au juge de cassation ne sont conformes à la Convention que dans la mesure où leur principe et/ou leur ampleur n'entraînent pas d'atteinte à la substance même du droit à un tribunal. L'on en revient à l'idée déjà exposée que, dès lors qu'un recours est ouvert, ses modalités – notamment d'accès – doivent être conformes aux garanties du procès équitable. Les restrictions doivent par ailleurs poursuivre un but légitime et constituer un moyen proportionné de l'atteindre[3]. Une application trop stricte d'exigences formelles qui conditionnent la recevabilité du pourvoi peuvent ainsi constituer un moyen disproportionné et entraîner une atteinte illicite à l'article 6 § 1 de la Convention[4]. Il doit exister un rapport de proportionnalité entre l'intérêt protégé par la règle de restriction et l'atteinte au droit d'accès au juge de cassation qui résulte de sa mise en œuvre ; étant entendu que les spécificités de la procédure de cassation sont de nature à justifier un plus haut degré de restriction.

légale spécifique telle que l'article L. 131-6 du code de l'organisation judiciaire, écarte un recours comme dépourvu de chance de succès ».

[1] Sur lesquelles v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 490-492. Sur ces techniques et les débats auxquels elles donnent lieu v. parmi une littérature abondante : P. CASSIA, « Filtrer l'accès au juge de cassation ? », *D.,* 2015, p. 1361 ; « L'inquiétante justice administrative de demain », *D.,* 2016, p. 2475 ; B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction de juger », *D.,* 2015, p. 1378 ; B. HAFTEL, L. MAYER, « Non à la transformation de la Cour de cassation en « Cour suprême » », *Les Echos,* 19 juillet 2018 ; N. MOLFESSIS, « Filtrage des pourvois : ne pas renoncer à réformer », *Gaz. Pal.,* 15 mai 2018, n° 17, p. 90. En droit comparé v. L. VOGEL (dir.), *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges,* éd. Panthéon-Assas, 2005 ; Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012 et, AHJUCAF, *Le filtrage des recours devant les cours suprêmes*, 30 mai – 1er juin 2016.

[2] V. art. R. 822-5 CJA.

[3] CEDH, 29 juillet 1998 *Guérin c/ France,* n° 25201/94.

[4] CEDH, 24 mai 2006 *Liakoupoulo c/ Grèce,* n° 20627/04 ; la Cour censure une décision de la Cour de cassation grecque par laquelle elle a rejeté deux moyens d'un pourvoi au motif que la requérante n'avait pas rappelé pour chacun les faits sur lesquels elle se fondait et alors que cette dernière avait procédé à un rappel général des faits en introduction de son pourvoi. En a résulté une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal.

Enfin, les outils qui permettent au juge de cassation d'empêcher un requérant d'accéder à son prétoire ne doivent pas être mis en œuvre sur la base d'erreurs manifestes d'appréciation. Ainsi, lorsqu'elle entend rejeter un moyen au motif qu'il serait nouveau[1], la juridiction de cassation doit s'assurer, en réexaminant l'intégralité du dossier de l'affaire, qu'il n'a pas déjà été invoqué devant les juridictions de fond. Si elle rejette un moyen sur ce fondement sans avoir procédé à un examen exhaustif, il en résulte une atteinte à l'article 6 §1 tirée de ce que le rejet du pourvoi a été fondé sur une erreur d'appréciation[2]. Pour s'assurer que le juge national suprême a procédé à un examen suffisant, la Cour de Strasbourg « se transforme en juge du contrôle du troisième (ou quatrième) degré en allant très loin dans l'examen et l'appréciation des faits et du dossier de l'affaire »[3]. Le contrôle de la mise en œuvre de son pouvoir d'encadrement par le législateur ou, sur délégation, par le juge, est ainsi rigoureux et circonstancié.

614. Formulation de l'impératif identifié. La possibilité de saisir un juge de cassation d'un pourvoi contre une décision rendue en dernier ressort présente une importance fondamentale. Elle est en quelque sorte l'application des principes de légalité et d'égalité à l'activité juridictionnelle des juridictions de fond. Il en résulte que la mise à l'écart pure et simple du recours en cassation est un pouvoir exceptionnel confié au seul législateur qui doit en user avec réserve et prudence, au moyen de dispositions claires et applicables à un champ délimité. Elle ne résiste en tout état de cause pas au principe général du droit qui garantit la possibilité de saisir les juridictions suprêmes, par la voie d'un recours-nullité, des illégalités les plus graves commises par les juges du fond tant dans le champ répressif qu'en d'autres matières.

L'impératif peut ainsi être formulé : l'entreprise de réorganisation pourrait proposer une suppression générale de tout recours en cassation contre les décisions rendues par les juridictions du fond y compris, semble-t-il, en matière répressive dès lors que le justiciable aura préalablement eu accès à un double degré de juridiction[4]. Toutefois cette mise à l'écart demeure l'exception et elle ne serait viable qu'à condition d'être « modeste » et fondée sur des objectifs légitimes et impérieux. Elle ne saurait en outre empêcher l'exercice de recours-nullité par lesquels est demandée aux juges suprêmes la censure des illégalités les plus graves.

[1] Ce que permet l'art. 619 CPC, sauf lorsque les moyens nouveaux sont « de pur droit » ou qu'ils sont « nés de la décision attaquée ».
[2] V. CEDH, 21 mars 2000 *Dulaurans c/ France*, n° 34553/97 (qui relève une telle erreur) et CEDH, 29 août 2000 *Jahnke et Lenoble c/ France,* n° 40490/98 (qui rejette la commission d'une telle erreur).
[3] Ce qui fait dire à ces auteurs qu'« à ce titre, la Cour va trop loin », S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS *et al.*, ouvrage précité, (8e éd., 2015, n° 330, non repris dans les éditions suivantes).
[4] Dans le cas contraire, la garantie d'accès à un juge de cassation devient impérative en matière répressive.

À l'inverse, si le choix est fait d'ouvrir la voie du pourvoi en cassation, les spécificités de ce recours et l'exercice, par hypothèse préalable, d'un droit au juge devant les juridictions de fond rendent possible un encadrement rigoureux de son accès assuré, notamment, par la voie du filtrage. La mise en œuvre de ces restrictions doit alors se faire dans le respect de la substance même du droit d'accès au tribunal et des autres garanties du procès équitable. Un arsenal législatif clair, mis en œuvre de manière non discriminante sur la base d'appréciations dénuées d'erreur manifeste peut ainsi permettre de limiter les abus et risques d'encombrement.

Enfin, rappelons que dès lors qu'il concerne une décision rendue par l'Autorité de la concurrence sur fondement du droit européen, l'exercice d'un pourvoi doit s'insérer dans une instance au sein de laquelle la qualité de partie est pleinement reconnue à l'Autorité[1].

Conclusion du Chapitre 1

615. L'entreprise de réorganisation des modalités de contrôle des actes des autorités internes de concurrence est encadrée par des exigences en deçà desquelles aucune piste ne saurait être sérieusement envisagée.

D'abord, les procédures conduites par des autorités administratives et les actes adoptés à leur terme doivent invariablement pouvoir faire l'objet d'un recours devant un juge apte à opérer un contrôle de l'ensemble des éléments de fait et de droit du dossier et à tirer les conséquences du constat d'un vice qui affecterait la validité de l'acte en en prononçant l'annulation.

En matière répressive, l'exigence est en principe rehaussée : le recours doit être porté devant un juge de pleine juridiction titulaire du pouvoir de réformer l'acte vicié. Toutefois, un mouvement d'assouplissement semble concerner les actes adoptés au terme de procédures « négociées ». Son ampleur est délicate à apprécier et nous avons émis des doutes quant à la conformité de certaines de ses manifestations aux exigences supra-législatives. Tout éventuel engagement dans cette voie devrait par conséquent se faire avec mesure et prudence.

Ensuite, l'accès à un premier juge est parfois insuffisant. Se pose alors la question des conditions et garanties de l'accès au prétoire d'un second. Si l'interprétation restrictive d'exigences supranationales semble offrir au législateur plusieurs options – mise en place d'un second degré de juridiction ou ouverture d'un simple accès à un juge de cassation – l'ouverture de l'une et/ou l'autre de ces voies l'engage. En résulte une forme de « droit d'accès » au profit

[1] Ce sont, de nouveau, les suites de la jurisprudence « VEBIC » sur laquelle v. *supra*, n° 288 et s.

du justiciable qui ne peut faire l'objet que de restrictions dument fondées et mesurées, insusceptibles de porter atteinte à sa substance ou à d'autres garanties du procès équitable. Les traitements différenciés et parcellaires sont donc à manier avec prudence, voire à proscrire.

Enfin, il a été observé que la garantie de l'accès à un tribunal fait l'objet d'une appréciation globale, à l'échelle des différentes étapes d'une procédure. Sur le terrain de l'accessibilité à un juge de cassation, il en résulte la dynamique suivante : plus l'accès à une – voire à plusieurs – juridiction de fond a été favorisé et efficace, plus l'encadrement de l'accès au juge de cassation est permis. C'est un équilibre général qui doit être trouvé, ce qui invite de nouveau à privilégier une approche englobante de l'ensemble des procédures et actes envisagés.

Ces éléments délimitent le champ au sein duquel il peut désormais être fait des choix éclairés.

Chapitre 2 : La prise de position sur les objectifs

616. Poursuite de la démarche. Une fois les impératifs identifiés, le champ des possibles délimité, il convient de déterminer les principaux objectifs que doit poursuivre le contrôle, par le juge, des actes des autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Ce sont ces prises de position qui permettront de justifier les modalités de réorganisation proposées et la mise à l'écart d'autres qui étaient envisageables. En somme, après avoir identifié les contraintes et déterminé les objectifs du contrôle, nous disposerons de l'ensemble des éléments nécessaires à la formulation de notre proposition de réorganisation du contentieux à l'étude.

617. Recensement. Le premier objectif concerne les autorités administratives de concurrence. Le constat a été fait que ces dernières sont de plus en plus variées et se voient octroyer d'importants pouvoirs dont certains ont longtemps relevé du monopole du juge. Or toutes ne présentent pas les caractéristiques attendues d'un organe auquel sont confiés de tels pouvoirs. Cette souplesse permise au premier degré n'est acceptable qu'à condition qu'un juge puisse être saisi en vue de veiller au respect des principes qui encadrent leur exercice. La déjudiciarisation, voire la déjuridictionnalisation de la matière[1], ne doit pas être l'occasion d'un contournement des garanties offertes au justiciable. Le juge doit y veiller : le premier objectif doit alors être celui d'assurer l'exercice d'un contrôle approfondi sur les actes de ces autorités.

En outre, la multiplication et la diversification des autorités compétentes et des procédures mises en œuvre au « premier degré » ne sauraient faire perdre de vue le caractère systémique du droit de la concurrence. Par-delà cette diversité, il apparaît nécessaire que l'étape du recours soit l'occasion de réunifier et d'harmoniser l'application de cet arsenal législatif[2]. Il en va du maintien de son unité et *in fine,* de son efficacité. C'est ce qui fonde le deuxième objectif.

Dès lors, le système suggéré devra permettre la mise en œuvre d'un contrôle juridictionnel approfondi et unifié des actes adoptés par les autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence (Section 1).

[1] Sur la distinction entre les deux notions et la conception de la fonction juridictionnelle qui la rend possible v. récemment l'exposé clair et concis de J. THÉRON, « Le recul du juge : déjudiciarisation ou déjuridictionnalisation ? », *JCP G,* 2019, suppl. au n° 14, p. 44. V. aussi *supra*, n° 11.

[2] Par ailleurs, il permettrait de traiter dans un cadre unique les interactions entre le droit de la concurrence et celui de la régulation sectorielle, lesquelles ne sont pas sans poser difficulté. Nous sommes ici en marge de notre objet mais plusieurs incises seront proposées car le modèle de juridiction proposé pourrait être étendu à d'autres matières répondant à des logiques matérielles et organiques proches de celles du droit de la concurrence.

La réorganisation ne peut toutefois se limiter à la poursuite de ces deux objectifs. L'équilibre du système de mise en œuvre de ce droit progressivement instauré depuis les années 1980, bien qu'il ne soit pas exempt de reproches, doit être préservé[1]. Les autorités de concurrence, en premier lieu celles de nature administrative, ont la charge d'une mission d'intérêt général et exercent, en partie au moins, une activité de régulation dont les spécificités ne peuvent être niées au stade du recours. Or il a été vu que le recours au seul droit commun du procès – administratif ou judiciaire – s'avère à cet égard parfois insatisfaisant. S'il était mobilisé par le juge en vue de la mise en œuvre d'un contrôle approfondi de cette activité et des actes auxquels elle donne lieu, leurs spécificités et leur économie seraient en péril.

Par conséquent, l'inscription de l'intervention du juge de recours dans la continuité du processus régulatoire constitue un objectif – sinon une nécessité – qui devra également guider l'entreprise de réorganisation (Section 2).

Section 1 : Opportunité d'un contrôle juridictionnel approfondi et unifié

618. Champ des débats et propositions. La thèse de « l'immunité juridictionnelle », au terme de laquelle l'indépendance des AAI et de certaines au moins des autorités de régulation n'eut été réelle que si elles échappaient à toutes formes de contrôle, a fait son temps. La doctrine est aujourd'hui unanime sur le besoin que tout acte adopté en « premier ressort » par une autorité nationale de concurrence puisse faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Les modalités d'organisation et d'exercice de ce recours sont davantage discutées. La recherche d'une efficacité toujours plus grande de l'action des autorités de concurrence conduit certains à préconiser la mise en place d'un contrôle juridictionnel « discret », respectueux de l'indépendance reconnue à certaines – si tant est que le contrôle d'un juge puisse y porter atteinte – et des politiques de concurrence mises en place par toutes. D'autres, plus soucieux du respect des garanties fondamentales offertes à tout justiciable, appellent de leurs vœux un contrôle strict de l'activité et des actes de ces autorités, quel qu'en soit le statut. Ce souhait est plus ferme encore lorsque sont envisagées celles qui, du fait de leur indépendance statutaire, échappent en pratique à toute autre forme de contrôle.

[1] L'objet de notre étude n'est en tout cas pas de l'interroger ni d'en proposer une réorganisation. Pour des travaux récents consacrés à la question à l'échelle européenne v. B. DEFFAINS, O. D'ORMESSON, T. PERROUD, *Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen,* Fondation Robert Schuman, janvier 2020.

Ainsi, si la désignation et la composition du ou des organes auxquels confier l'exercice de ce contrôle ont été source de vifs débats, ses modalités procédurales de mise en œuvre le sont tout autant. L'objet des prochains développements ne sera pas de faire le récit de ces débats ou d'y prendre part directement, mais seulement de dispenser réflexions et propositions sur les différents éléments de la discussion.

619. Explicitation des objectifs. Il sera soutenu que des arguments décisifs militent pour que le contrôle opéré par le juge saisi sur recours de l'acte d'une autorité de concurrence, quelle qu'en soit la nature, soit un contrôle approfondi mis en œuvre au travers d'un recours unifié. Ces deux caractéristiques comptent par conséquent au rang des objectifs poursuivis par notre entreprise de réorganisation. Tous deux seront, à ce stade, traités de manière indépendante : des arguments au soutien de chacun seront successivement présentés. Le titre suivant sera l'occasion d'établir des liens entre eux et de démontrer qu'ils se renforcent l'un et l'autre.

Commençons donc par motiver l'objectif de généraliser l'exercice d'un contrôle juridictionnel approfondi (§ I) avant de justifier celui d'organiser un recours juridictionnel unifié (§ II).

§ I – Le contrôle approfondi

620. Précisions terminologiques : la notion de contrôle juridictionnel déférent. Le contrôle juridictionnel est avant tout une activité de contrôle ; une activité de vérification portant sur une ou plusieurs choses – la chose contrôlée, dans notre cadre, en premier lieu, des actes juridiques – en vue d'examiner leur conformité, ou non, à un élément déterminé[1] – en l'occurrence, l'ensemble des règles de droit. Son caractère juridictionnel résulte de ce qu'il est effectué par une autorité juridictionnelle, par « un juge » dira-t-on parfois par simplicité de langage.

La question de son intensité n'est que rarement traitée par la doctrine comme un problème majeur. L'office historique du juge administratif et l'impérieux souci qu'il ne se fasse pas administrateur[2] expliquent que la doctrine spécialisée ait accordé une importance considérable à l'étude de l'intensité avec laquelle il contrôle l'activité administrative. L'enjeu est de taille : un contrôle trop intense sur certains des pans de l'activité, des actes et décisions de l'administration conduirait le juge à violer l'interdiction fondamentale qui lui est faite[3]. L'intensité du contrôle juridictionnel est ainsi logiquement devenue un thème majeur de l'étude

[1] V. les différentes acceptions de la notion proposées par le CNRTL, https://www.cnrtl.fr/definition/contrôle.
[2] V. art. 13 de la loi des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* et J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA,* 1972, p. 67.
[3] C. BROYELLE, « L'intensité du contrôle des motifs », *JCP A,* 2012, 2315.

du contentieux administratif. Elle l'est moins en droit judiciaire privé où c'est davantage la question de l'étendue du contrôle qui fait l'objet de développements substantiels[1].

Il résulte de ces observations que le vocabulaire consacré à la question est, en droit interne, celui développé par les juridictions et la doctrine administratives. Afin de sortir de ce carcan et d'éviter toute confusion, nous préfèrerons une dichotomie autre au sein de laquelle seront distingués le contrôle *approfondi* – parfois qualifié de contrôle *non déférent* – et le contrôle *déférent*. Bien que ce dernier qualificatif soit d'un usage peu courant au sein de la doctrine française, des auteurs y ont eu recours, notamment dans le cadre d'études de droit comparé[2].

Le contrôle déférent renvoie à l'hypothèse d'un « positionnement auto-restrictif dans le contrôle effectué sur les décisions administratives ». Il y a déférence juridictionnelle à l'égard de l'administration « lorsque les juges se limitent à évaluer […] le *caractère raisonnable* de la décision réalisée par l'autorité administrative devant une question substantielle »[3]. L'expression englobe ainsi les hypothèses que la doctrine administrative qualifie de contrôle « restreint » ou « minimum »[4]. La notion de contrôle approfondi ou non déférent renvoie, elle, à l'hypothèse dans laquelle le juge fait porter son appréciation sur l'ensemble des éléments pris en compte par l'auteur de l'acte litigieux et va parfois jusqu'à substituer ses propres appréciations et solutions à celle de ce dernier.

Ce dernier élément appelle une remarque utile à la délimitation du propos. Nous avons rappelé que l'appel interjeté contre un jugement de première instance tend à sa réformation et/ou à son annulation ; précision étant faite que, sauf quelques hypothèses exceptionnelles, le juge d'appel dispose toujours d'un pouvoir de réformation qu'il exerce dès lors qu'il constate des

---

[1] Principalement dans le cadre de l'étude du recours en cassation. La problématique est alors celle de l'identification des éléments sur lesquels la Cour de cassation exerce, ou non, son contrôle. Il est classiquement enseigné que certaines normes font l'objet d'un contrôle « restreint ». L'expression est en fait utilisée pour désigner des normes dont la Cour contrôle l'application par les juridictions inférieures, mais non l'interprétation qu'elles en font (spéc. normes étrangères, non écrites ou encore issues de la volonté tels que le contrat). V. J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile,* Dalloz action, 2015/2016, n° 62.00 et s. V. toutefois le regain d'intérêt pour la question qui résulte de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation, v. *supra*, note sous n° 319.

[2] Par ex. E. JORDAO, *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence,* Bruylant, 2016 ; D. LEMIEUX, C. ROUVE, « La déférence du juge envers les autorités de régulation économique en droit français et canadien », *in Indépendance(s) : études offertes au professeur Jean-Louis Autin,* CREAM, 2012, vol. 1, p. 579.

[3] E. JORDAO, thèse précitée, p. 21. L'auteur explique encore (p. 475) que l'expression implique que le juge « a considéré la solution administrative avec du *respect.* Plus précisément, cela signifierait que le juge n'a pas considéré *directement* la question juridique (ou, par exemple qu'il n'a pas interprété *directement* la législation en cause), mais qu'il a considéré uniquement le *caractère raisonnable, cohérent, logique*, de la décision ou interprétation adoptée par l'autorité administrative ».

[4] Elle permet toutefois de ne pas se limiter à ces hypothèses mais également de ne pas s'inscrire dans les débats relatifs au nombre et à la désignation des gradations dont est susceptible de faire l'objet l'intensité du contrôle opéré par le juge tels qu'ils peuvent exister au sein de la doctrine spécialisée. V. par ex., qui distingue trois types de contrôle en contentieux administratif : D. TRUCHET, *Droit administratif,* PUF, 9e éd., 2021, n° 715-731.

irrégularités affectant le jugement litigieux. Il a également été vu que le juge titulaire d'un pouvoir de réformation doit nécessairement disposer d'un pouvoir de contrôle approfondi de l'acte dont il est saisi et de la procédure qui a abouti à son adoption[1]. Il en résulte que le contrôle opéré est, en droit positif, d'ores et déjà invariablement non déférent lorsque le juge de recours dispose d'un pouvoir de réformation ; ce qui est systématiquement le cas dans bien des hypothèses en raison, soit de la nature de l'acte objet du recours[2], soit de son objet[3].

621. Précisions méthodologiques : l'analyse institutionnelle comparative. Les débats que nous nous apprêtons à aborder s'inscrivent dans une dynamique comparatiste. Sur la base de divers critères et arguments que nous analyserons, des auteurs désignent qui, des deux institutions que sont l'autorité juridictionnelle – « le juge » – et l'autorité administrative – « l'administration » – est la mieux à même de prendre tel ou tel type de décision. Une démarche rigoureuse implique alors de présenter les avantages et inconvénients, les atouts et faiblesses que présente chacune pour prendre le type de décision – ou d'acte – en cause.

La mise en place d'un contrôle juridictionnel approfondi et l'octroi au juge de recours d'un pouvoir étendu de réformation sont de nature, en apparence du moins, à laisser « le dernier mot » à ce juge[4]. Or parmi les actes dont il peut être saisi, certains sont adoptés par des autorités de concurrence qui revêtent une nature administrative. L'analyse comparative institutionnelle prend alors tout son sens et tend, *in fine*, à répondre à la question suivante : qui du juge de recours ou de l'autorité administrative compétente en « premier ressort » doit avoir le dernier mot dans la mise en œuvre du droit de la concurrence ? De la réponse à cette question, il sera possible de déduire l'ampleur du pouvoir de réformation qu'il convient de confier au juge. C'est cet outil d'analyse qui sera mobilisé dans les développements à venir.

622. Démarche. Plusieurs arguments sont classiquement avancés pour justifier la préférence exprimée par certains pour un contrôle déférent du juge en matière de droit économique et plus spécifiquement de la concurrence. Il nous faudra par conséquent en analyser les principaux afin

[1] V. *supra*, n° 320.
[2] Dès lors que l'acte de premier ressort est de nature juridictionnelle, le recours prend la forme d'un appel et le juge qui en est saisi dispose par principe d'un pouvoir de contrôle approfondi et d'un pouvoir de réformation. V. *supra*, n° 500 et s.
[3] Les actes administratifs qui ont un objet répressif doivent pouvoir faire l'objet d'un recours en réformation, lequel donne nécessairement lieu à un contrôle non déférent du juge (CE, ass., 16 février 2009 *ATOM,* précité).
[4] E. JORDAO, thèse précitée, p. 9. L'auteur explique que « par le contrôle juridictionnel non déférent, les juges peuvent décider des questions que le législateur avait attribuées originellement à l'administration publique ou limiter les possibilités décisionnelles de l'administration ». *A contrario*, la limitation du pouvoir de contrôle et l'octroi au juge d'un strict pouvoir d'annulation le contraignent, lorsqu'il annule un acte, à renvoyer l'affaire à l'autorité qui en était l'auteur. C'est alors cette dernière qui détient, *in fine,* le pouvoir de décision.

de les relativiser, voire de les écarter (A) avant d'exposer ceux qui justifient le choix fait de proposer le modèle d'un contrôle par principe approfondi (B).

A. Discussion des arguments en faveur d'un contrôle déférent

623. Rappel : champ d'une variation possible de l'intensité du contrôle juridictionnel. Nul besoin de revenir en détail sur ce qui a déjà fait l'objet de développements[1]. Rappelons simplement que l'intensité du contrôle opéré par le juge administratif sur les actes de l'administration n'est susceptible de variations qu'à l'égard de certains des points contrôlés, à savoir : la qualification juridique des faits et l'adéquation de la mesure adoptée aux fins poursuivies par l'acte et à la législation en cause. Le contrôle des motifs de droit et de l'exactitude matérielle des faits retenus par l'auteur de l'acte litigieux est systématique et invariablement « normal » donc approfondi. Sur ce dernier point, il a d'ailleurs été démontré que le caractère économique du fait en cause ne change rien à cet égard[2].

Les débats à suivre ne concerneront donc que le contrôle de la qualification juridique retenue par l'autorité administrative de concurrence auteur de l'acte contesté et l'adéquation des mesures prises par celle-ci aux faits constatés et aux objectifs de maintien d'une saine et libre concurrence ; le tout dans les seules hypothèses où le juge est saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir. Dans les autres cas, bien qu'il soit parfois permis de douter qu'il dispose des moyens nécessaires pour ce faire, il est réputé exercer un contrôle invariablement approfondi. Nous y reviendrons au titre suivant.

624. Vers une analyse renouvelée. À ce stade, des enseignements de la doctrine spécialisée, il peut être retenu que c'est l'existence d'un pouvoir discrétionnaire au profit de l'autorité administrative qui justifie, voire impose une réduction de l'intensité du contrôle juridictionnel opéré sur son activité et ses actes. Cette présentation sommaire recouvre une diversité de situations et des subtilités qui commandent que l'on s'y arrête davantage avant d'en discuter les fondements et la vitalité en droit positif, notamment dans le contentieux de la concurrence.

La proposition d'une analyse renouvelée admettant la coexistence possible d'un important pouvoir d'appréciation confié à l'administration et d'un contrôle juridictionnel non déférent (2)

[1] V. *supra*, n° 382.

[2] M. FROMONT, « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », *AJDA,* 1966, p. 588, qui explique que le caractère économique d'un fait n'a jamais constitué un obstacle au contrôle de son exactitude matérielle. Un auteur a par la suite complété le propos en expliquant que ce contrôle n'implique d'ailleurs pas de recourir au raisonnement économique (A.-L. SIBONY, thèse précitée, p. 597).

sera donc formulée qu'après qu'ait été décortiquée l'analyse classique largement retenue en doctrine (1).

1. L'analyse classique : pouvoir discrétionnaire et limitation du contrôle de l'activité administrative

625. Sans prétendre à une analyse complète de la « théorie du pouvoir discrétionnaire »[1], il nous faut brièvement rappeler les principaux motifs mobilisés au soutien de l'octroi d'un tel pouvoir à une autorité administrative (a) avant d'en envisager l'application à notre contentieux spécifique (b) puis de présenter les conséquences que la doctrine classique en tire sur le terrain du contrôle juridictionnel (c).

a. Les justifications du pouvoir discrétionnaire de l'administration

626. L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration. René Chapus définit le pouvoir discrétionnaire – tout en regrettant l'expression consacrée – comme « *le pouvoir de choisir* entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) *également conformes à la légalité* » et complète : « exerçant son pouvoir discrétionnaire, l'administration ne peut jamais faire que ce que le droit lui permet de faire »[2].

La formule illustre parfaitement la friction apparente : si l'État de droit commande que toute autorité agisse dans le cadre de la légalité[3] – ce dont le juge est garant – la poursuite de l'intérêt général nécessite, elle, l'octroi aux autorités administratives d'une certaine liberté de décision en vue de retenir la solution la plus opportune face à une situation donnée. L'administration ne peut être un « robot au comportement programmé » : si la légalité importe, « l'opportunité compte aussi »[4] et elle est l'apanage de l'autorité administrative compétente davantage que celui du juge. Il faut alors trouver un juste équilibre entre liberté d'action de l'administration – ce qui est, peut-être maladroitement, qualifié de « pouvoir discrétionnaire » – et encadrement de cette liberté par l'exercice du contrôle juridictionnel.

[1] V. parmi une abondante littérature, R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP,* 1923, p. 363 ; A. HAURIOU, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in Mélanges en l'honneur de Raymond Carré de Malberg,* Dalloz, 1933, p. 233 ; A. DE LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* LGDJ, 1974, p. 531 ; J.-M. WOEHRLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *RA,* n° spéc. 7, 1999, p. 75.
[2] R. CHAPUS, *Droit administratif général,* précité, n° 1248.
[3] Sur les liens entre la théorie de l'État de droit et le principe de légalité v. *supra*, n° 567 et s.
[4] R. CHAPUS, ouvrage précité, n° 1248.

La question est débattue de savoir si ce pouvoir discrétionnaire provient directement et exclusivement des textes ou si c'est au juge qu'il revient d'en fixer les limites[1]. La solution la plus raisonnable semble être de retenir que tant le législateur que le juge participent à son établissement et à sa délimitation[2]. Reste à dire quelques mots des sources et justifications communément retenues au soutien de l'existence d'un tel pouvoir.

627. Un pouvoir au service d'une activité politique de l'administration. En premier lieu, le législateur et, accessoirement, le juge, peuvent offrir à l'autorité administrative un panel plus ou moins large de solutions légalement admissibles lorsque le choix entre elles revêt une nature politique[3]. La solution est alors motivée par le fait que c'est à l'institution la plus légitime d'un point de vue démocratique que doivent revenir les pouvoirs d'appréciation puis de décision[4]. Est sous-jacente la crainte, sinon la dénonciation du « gouvernement des juges »[5]. Si la nature politique reconnue à un type de décision a, en France, pu être au fondement de la théorie de l'acte de gouvernement[6] ; elle semble aujourd'hui avoir moins de vigueur et est en tout état de cause difficilement quantifiable. Elle pourrait être mobilisée en notre matière où il est souvent question de « politique de la concurrence », mais il serait alors mal aisé d'en saisir l'impact sur l'intensité du contrôle opéré par le juge. Les deux autres sources du pouvoir discrétionnaire sont à cet égard plus riches d'enseignements.

628. Un pouvoir résultant de l'indétermination juridique et de la technicité de la matière. Une autre source ou justification de l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration

---

[1] V. P. DELVOLVÉ, « Le contrôle d'opportunité existe-t-il ? », *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État,* LGDJ, 1988, p. 269 et E. JORDAO, thèse précitée, qui soutiennent que l'action d'une autorité administrative est dite discrétionnaire lorsque le juge décide de ne pas la contrôler, laissant penser que seul le juge est maître de l'existence et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le rôle du législateur n'est toutefois pas complètement ignoré, M. Jordao formule notamment l'hypothèse que c'est en partie en cherchant à interpréter la volonté du législateur que le juge fixe les limites d'un tel pouvoir laissé à l'autorité administrative (p. 327 et s.).

[2] C'est la solution retenue par R. CHAPUS, ouvrage précité, n° 1249.

[3] La notion est délicate à définir et c'est là l'une des raisons du caractère peu opératoire de cette source du pouvoir discrétionnaire. Un auteur propose de définir l'activité politique comme « un exercice consistant à faire des choix entre des priorités et faire des équilibrages entre des objectifs publics en conflit » et explique qu'ainsi « une décision est politique lorsqu'une entité réalise des choix en fonction de contraintes préalablement indéterminées », en tout cas du point de vue juridique (E. JORDAO, thèse précitée, p. 50).

[4] À cet égard, un auteur a avancé que les AAI ne sauraient, du fait de leur indépendance vis-à-vis de l'exécutif, bénéficier de cette réputation de plus grande légitimité démocratique (M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, précité, p. 171 et s.) ; ce que d'autres ont contesté en avançant que nonobstant cette indépendance, ces autorités présentent des caractéristiques statuaires et fonctionnelles particulières dont découlent une plus grande légitimité démocratique que celle dont jouit le juge (v. E. JORDAO, thèse précitée, p. 57).

[5] La crainte que « les juges [usurpent] un pouvoir qui n'est pas naturellement le leur dans le système démocratique, parce qu'il devrait être celui des élus du peuple » ce qui constitue exactement la dénonciation d'un gouvernement des juges. V. M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *in Le nouveau constitutionnalisme ; mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, p. 65.

[6] V. la présentation puis la remise en cause de ce fondement par P. DELVOLVÉ, article précité.

repose sur le constat du caractère indéterminé de notions juridiques techniques mobilisées par le législateur. En certaines matières, celui-ci, contraint d'adopter des dispositions générales, se trouve dans l'incapacité d'anticiper la complexité et la diversité des situations auxquelles aura à faire face l'administration et de déterminer avec précision les conditions et modalités de son intervention[1]. Il fait alors reposer les législations en cause sur des notions dont le contenu juridique n'est pas déterminé avec précision – des « notions à contenu variable » – ou sur des standards juridiques dont il appartiendrait à l'autorité compétente de déterminer le contenu au gré de leur application aux situations particulières[2]. En somme « une marge d'interprétation existe pour *compléter* le commandement législatif »[3] et c'est, en premier lieu, à l'autorité administrative que revient la charge de sa mise en œuvre.

Lorsque ces notions au contenu imprécis revêtent une dimension technique[4], cette dimension constitue le fondement d'une préférence accordée à cette dernière plutôt qu'au juge dans leur nécessaire interprétation. Les opérations de qualification et d'interprétation juridiques font par principe partie intégrante de l'office du juge. Mais se fondant sur une analyse institutionnelle comparative, une partie de la doctrine avance que l'interprétation des notions présentant un fort caractère technique doit revenir à l'autorité administrative spécialisée dont la composition, l'organisation et les modalités d'action sont mieux adaptées que celles des organes juridictionnels pour y procéder[5]. Par conséquent : plus la notion à interpréter est technique, plus la marge d'appréciation dont bénéficie l'autorité administrative est grande, ce qui devrait conduire le juge à une attitude déférente à l'égard des actes et décisions adoptés sur son

[1] A. HAURIOU, article précité, spéc. p. 233, explique que le pouvoir discrétionnaire et la limitation du contrôle juridictionnel consécutif peuvent résulter de « l'impossibilité en face de laquelle se trouve le législateur, obligé qu'il est de procéder par règles générales, de prévoir la complexité des situations particulières et à l'Administration, en chaque hypothèse, de quelle façon et à quel moment elle doit agir ». V. aussi C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai d'une synthèse », *in* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, p. 365, qui explique que le choix fait par le législateur d'introduire des notions sans en fixer le contenu avec précision s'explique par « la variété infinie des circonstances » et par le fait « qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes ».

[2] Sur ces notions v. C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* précité, spéc. la contribution de S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », p. 39.

[3] E. JORDAO, thèse précitée, p. 88.

[4] Analysant le droit italien, un auteur propose la notion de « pouvoir discrétionnaire technique » qui illustre cette idée que ce sont à la fois l'indétermination juridique et le caractère technique des notions qui justifient la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative (v. E. JORDAO, thèse précitée, p. 88).

[5] Ce qui justifie par exemple l'application d'un contrôle déférent à l'égard des décisions ministérielles fixant des obligations tarifaires, notamment dans le domaine de l'énergie (CE, 1er juillet 2010 *Sté Poweo*, n° 321595) ou encore en matière médicale (CE, 10 novembre 1999 *Sté Pierre Fabre Médicament,* n° 200233).

fondement[1]. L'analyse nous intéresse d'autant plus que le contentieux de la concurrence semble en constituer un terrain de prédilection. Illustrons le propos.

b. Le pouvoir discrétionnaire confié aux autorités administratives de concurrence

629. Le droit économique, terrain de prédilection de l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration. La doctrine du XXe siècle a souvent relevé que les législations encadrant les interventions économiques étatiques offrent aux autorités administratives chargées d'en faire application « un large pouvoir discrétionnaire »[2]. Les justifications qui viennent d'être évoquées ont été mobilisées au soutien de cette position : c'est par la nécessaire indétermination de nombre des notions sur lesquelles reposent ces législations et par leur caractère technique que l'octroi d'un tel pouvoir est expliqué[3]. L'observation reste communément admise par la doctrine contemporaine qui s'intéresse à ce qui est désormais qualifié de régulation économique : celle-ci reposerait sur de nombreuses notions techniques au contenu imprécis dont l'application nécessite un délicat travail d'appréciation de faits complexes[4]. Le droit « moderne » de la concurrence et son contentieux s'intègrent pleinement dans ce constat.

630. Indétermination juridique de notions techniques et pouvoir discrétionnaire en droit de la concurrence. Observant le droit de la concurrence construit depuis les années 1980 et le contentieux auquel il donne lieu, Jean-Yves Chérot relève qu'il est constitué de « normes largement indéterminées » dont la mise en œuvre nécessite des appréciations de faits

---

[1] Ainsi le Président Odent expliquait-t-il qu'un contrôle restreint devait être appliqué aux « décisions prises dans les matières où le juge ne possède pas les connaissances techniques nécessaires pour contrôler la qualification juridique des faits sur le fondement desquels ces décisions ont été prises. Nombre de décisions administratives sont prises pour des motifs dont la technicité est telle que le juge devrait, en réalité, s'en remettre, s'il prétendait les contrôler, aux affirmations de l'Administration ou de spécialistes. Il est alors plus honnête de reconnaître qu'étant incapable d'assurer un contrôle effectif, il renonce à l'exercer plutôt que de donner l'impression qu'il l'exerce... » (R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, Dalloz, rééd., p. 1988, cité par M. BAZEX, « Le contrôle du juge administratif sur les opérations de concentration dans le secteur de l'audiovisuel », *DA,* n° 4, avril 2013, comm. 27). *A contrario,* le contrôle opéré par le juge « est d'autant plus poussé qu'il s'exerce dans une matière où les faits ont le caractère de condition légale et qu'un « esprit éclairé » peut s'y livrer » (R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. 2, Les cours de droit, 1980, rééd. Dalloz, 2007, p. 534).

[2] J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE,* 1969, p. 146, qui explique que les interventions économiques de l'État ne doivent pas être gouvernées par « des règles trop rigides, car elles doivent pouvoir être adaptées à la conjoncture et aux infléchissements des objectifs de la politique économique ». L'auteur poursuit en expliquant que « cette considération conduit, le plus souvent, à laisser à l'Administration, dans ce domaine, un large pouvoir discrétionnaire ».

[3] V. M. FROMONT, « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », précité et J.-C. VENEZIA, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », *in Mélanges M. Stassinopoulos*, 1974, p. 147.

[4] Certains ont proposé de classer ce droit dans la catégorie doctrinale des « lois techniciennes », v. A. LOUVARIS, « Lois techniciennes et droit à un procès équitable : le cas des lois de régulation économique », *Gaz. Pal.,* 5 juillet 2017, n° 134, p. 60.

complexes[1]. Les autorités compétentes ont ainsi à faire application de notions telles que celles d'ententes ayant pour effet d'affecter la concurrence, de marché pertinent, de position dominante, ou encore d'abus[2] dont les critères et conditions d'application ne sont pas fixés avec précision et qui appellent par conséquent un important travail d'appréciation[3].

L'indétermination juridique des notions mobilisées, la complexité des méthodes d'appréciation des faits nécessaires à leur mise en œuvre et la technicité de la matière sont donc bien réunies au sein du contentieux de la concurrence. Les problématiques, réflexions et propositions nouvelles auxquelles donne lieu la confrontation du droit de la concurrence à l'économie numérique ne font que confirmer l'observation[4]. L'application à notre matière de l'analyse classique devrait donc conduire au constat d'un large pouvoir discrétionnaire confié aux autorités administratives appelées à faire application de l'arsenal législatif considéré, lequel devrait conduire le juge à adopter un comportement déférent à leur égard.

c. La thèse de la déférence du juge en présence de pouvoir discrétionnaire

631. Le pouvoir discrétionnaire, clé de lecture des degrés d'intensité du contrôle juridictionnel. Retraçant la « généalogie doctrinale » de la théorie française du pouvoir discrétionnaire, Benoît Plessix décrit le cheminement au terme duquel la doctrine administrative a pris l'habitude « d'utiliser le pouvoir discrétionnaire comme clé de lecture des degrés de contrôle opérés par le juge administratif de l'excès de pouvoir sur la légalité d'une décision administrative »[5]. L'étude du contentieux de la régulation économique n'a pas échappé à la tendance. On lit ainsi dans les colonnes d'un répertoire de contentieux administratif qu'en la matière, « le juge fait varier l'intensité de son contrôle en fonction des actes dont il a à

[1] J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA,* 2000, p. 687, l'auteur fait encore le même constat par une formule générale et explicite : « les normes de la nouvelle légalité économique issues du droit de la concurrence sont largement indéterminées ».
[2] Ces exemples sont ceux choisis par J.-Y. CHÉROT, article précité.
[3] V. encore à ce sujet C. S. DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marchés en droits français et communautaire,* précité, n° 161 et s. et B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen,* Dalloz, 5e éd., 1994, n° 492 et s.
[4] V. parmi une littérature abondante : M. CHAGNY, « L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique », *JCP G*, 2015, doctr. 1340 ; A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « L'activité juridictionnelle confrontée au numérique : le droit de la distribution », *in* N. BLANC, M. MEKKI (dir.), *Le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIe siècle,* Dalloz, 2019, p. 37 ; C. PRIETO, « Numérique et abus de position dominante », *CDE,* n° 3, mai 2019, doss. 18 ; J.-C. RODA, « L'entente algorithmique », *JCP G,* 2019, doctr. 785 ; D. COHEN, « La croissance des Gafam et le droit des concentrations d'entreprises », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi,* Defrénois, 2020, p. 235.
[5] B. PLESSIX, *Droit administratif général,* précité, n° 494.

connaître, selon la marge d'appréciation laissée par les textes à l'autorité et le degré de technicité de la matière »[1].

La présentation contemporaine majoritaire est la suivante : dès lors qu'un texte dont il est fait application laisse à l'autorité compétente une marge d'appréciation quant aux modalités de son action, le juge doit se limiter à un contrôle déférent[2]. En adoptant une attitude contraire, il méconnaîtrait le pouvoir discrétionnaire confié à l'administration, lequel est justifié par les considérations qui viennent d'être rappelées. Partant, à l'égard de l'appréciation des faits à laquelle s'est livrée cette dernière, doit être respectée une certaine discrétionnarité, laquelle ne peut jamais être exercée que dans le respect de la légalité. Le juge ne doit alors opérer son contrôle qu'en vue de s'assurer qu'aucune erreur manifeste, déraisonnable, n'a été commise[3].

Un renouveau de l'analyse pourrait toutefois permettre d'envisager une coexistence possible entre un pouvoir discrétionnaire confié à l'administration et un contrôle non déférent du juge.

2. Proposition d'une analyse renouvelée : la coexistence possible d'un pouvoir discrétionnaire et d'un contrôle non déférent

632. Dépassement possible des obstacles à l'organisation d'un contrôle approfondi. Le contentieux de la concurrence a été l'occasion pour la Cour d'appel de Paris et les juridictions administratives de faire la démonstration de ce que l'indétermination juridique des notions sur lesquelles repose une législation et le caractère technique d'une matière ne constituent pas des obstacles dirimants à l'exercice d'un contrôle juridictionnel approfondi. Ce mouvement ayant donné lieu à une littérature très riche, il n'est pas utile de nous y consacrer trop longuement. Nous en relèverons les éléments essentiels et renverrons à des travaux plus conséquents pour la complétude du propos.

S'intéressant au contentieux de la régulation économique, un auteur a démontré qu'en recourant aux outils de l'analyse économique – sur lesquels nous reviendrons – le juge s'adonne à un travail d'interprétation de notions techniques, au contenu mal déterminé, « enrichissant dès lors les conditions légales auxquelles est soumise l'action de régulation »[4]. Par ce travail, il participe

[1] E. GUILLAUME, L. COUDRAY, « Contentieux des autorités de régulation », *Rép. cont. admin.,* n° 105. Notons que les auteurs semblent distinguer deux causes de réduction de l'intensité du contrôle du juge : le pouvoir discrétionnaire de l'administration et la technicité de la matière. Il nous a semblé plus cohérent d'envisager cette dernière comme source de l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration. Cela car seul cet élément est susceptible de causer une variation dans l'intensité de ce contrôle (v. B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 1159).
[2] Lequel est communément qualifié de contrôle « minimum » ou de l'erreur manifeste d'appréciation.
[3] B. PLESSIX (ouvrage précité, n° 1160) parle d'appréciations de faits « *manifestement* erronées » qui seraient « entachées d'une *erreur grossière* et *évidente* en raison de leur caractère *excessif* et *déraisonnable* ».
[4] M. CRESPY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, précité, n° 695.

à la construction du droit de la régulation – notamment concurrentielle – en érigeant des notions issues des sciences économiques au rang de conditions légales[1]. L'analyse économique devient alors gisement « de sources inédites de la légalité »[2] et de conditions encadrant l'action des autorités de régulation. Au moyen d'une méthode d'analyse technique dont il tente de s'emparer[3], le juge réduit la part d'indétermination qui caractérise la matière et encadre de ce fait la marge d'appréciation – le « pouvoir discrétionnaire » – des autorités chargées de la mise en œuvre de l'arsenal législatif considéré[4], sans toutefois la supprimer.

En outre, la mobilisation de l'analyse économique permet au juge d'intensifier son contrôle des motifs de fait invoqués par les autorités administratives en charge d'une mission de régulation concurrentielle au soutien de leurs actes. Si l'on décompose l'opération, la maîtrise de cet outil lui permettrait de contrôler l'appréciation des faits à laquelle ont procédé ces autorités en vue de leur qualification juridique d'abord[5], puis de l'adoption de la mesure adéquate ensuite[6]. L'arrêt rendu par le Conseil d'État dans « l'affaire *Canal plus II* » fait figure de cas d'école à cet égard. Pour se prononcer sur la légalité de la décision autorisant l'opération, la Haute juridiction contrôle avec rigueur l'appréciation des faits à laquelle s'est prêtée l'Autorité de la

---

[1] V. déjà les interrogations sur ce sujet de M. BAZEX, « Les interactions entre le droit et l'économique : l'exemple du contrôle par le juge administratif des opérations de concentration entre entreprises », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper,* Economica, 2006, p. 139 et s., spéc. p. 149 et l'analyse renouvelée de CRESPY-DE CONINCK (thèse précitée, n° 673) qui avance que, si à l'époque de l'analyse de M. Bazex, « une réponse positive ne s'imposait guère, les progrès de l'analyse économique au sein du raisonnement du juge démontrent désormais qu'elle permet d'ériger certaines notions économiques au rang de conditions légales, tout comme elle lui permet d'en construire les modalités d'application ». Pour illustrer son propos, l'auteur se réfère notamment à la consécration juridique par le Conseil d'État de la notion de « position dominante collective » dans son arrêt CE, 31 juillet 2009 *Sté Fiducial audit et Fiducial expertise,* n° 305903. Dans cet arrêt, « le juge explicite la notion de « position dominante collective » ainsi que les indices utilisés par les autorités de concurrence pour détecter une telle pratique, ce qui n'est autre que « la transposition juridique du concept économique de collusion tacite » » (*ibid.* et le renvoi aux conclusions d'E. GLASER sur cet arrêt, *RJEP*, n° 670, déc. 2009, comm. 51).

[2] M. BAZEX, article précité.

[3] V. à ce sujet A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* précité, C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence,* thèse Paris X, 2006. Concernant les juridictions judiciaires v. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », *RTD civ.,* 2006, p. 505.

[4] En somme le juge ne fait que redonner à la règle de droit son caractère contraignant or « la règle de droit, une fois posée, ne peut être librement instrumentalisée en fonction des objectifs réinterprétés par le régulateur » (N. CHARBIT, « Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, p. 64.

[5] En effet c'est en appréciant les faits – en l'espèce économiques – de la cause que l'autorité administrative peut répondre à la question de savoir s'ils permettent de justifier l'exercice du pouvoir qu'elle envisage de mettre en œuvre. C'est l'opération de qualification juridique. Ainsi, pour s'assurer qu'elle peut légalement engager une procédure de sanction à l'encontre d'un opérateur pour abus de position dominante, l'autorité doit au préalable apprécier les faits de la cause pour rechercher si l'opérateur en question jouit bien d'une position dominante sur un marché délimité et si son comportement est constitutif d'un abus illicite directement lié à cette position.

[6] Pour poursuivre l'exemple précédent, une fois les faits constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle établis et qualifiés, l'autorité doit de nouveau procéder à leur appréciation afin de déterminer les modalités de la mesure adéquate ; c'est l'opération de « déduction des conséquences légales » (sur cette terminologie et la décomposition de l'opération d'appréciation des faits v. C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique des faits en droit administratif,* LGDJ, 2010, spéc. p. 174).

concurrence et qui l'a conduite à retenir l'existence d'une « position dominante à l'achat », de « barrières à l'entrée » sur le marché pertinent mais également « d'éléments susceptibles de compenser la puissance d'achat » détenue par le groupe au terme de la concentration envisagée[1]. La même rigueur peut être constatée quant aux modalités par lesquelles le juge contrôle l'adéquation des mesures adoptées aux faits de la cause : saisi, sur recours, de mesures correctives dont l'Autorité de la concurrence a assorti une autorisation de concentration, il veille à ce qu'elles aient été fixées à « proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés »[2].

Ainsi, pour contrôler la régularité de l'appréciation de faits économiques opérée par l'autorité auteur de l'acte, le juge administratif a, sur préconisation de rapporteurs publics[3], rejoint son homologue judiciaire[4] en tentant de procéder lui-même à des analyses économiques complexes. Si l'on peut douter qu'il dispose toujours du temps et des moyens nécessaires pour ce faire il a, par cette initiative, démontré que « la complexité de la qualification des faits économiques n'est pas un obstacle à l'entier contrôle du juge administratif »[5]. Même pour le juge de l'excès de pouvoir, la technicité de la matière n'est donc plus nécessairement synonyme de l'exercice d'un

---

[1] CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal Plus,* n° 362347, 363703 et 363542, spéc. cons. 29 à 34, 39 à 43 et 44 à 47. V. déjà, marquant le passage d'un contrôle déférent vers un contrôle approfondi des décisions prises dans le cadre du contrôle des concentrations économiques : CE, sect., 9 avril 1999 *Sté The Coca-Cola Company,* n° 201853.

[2] V. par ex. CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole Télévision,* n° 363702, cons. 9.

[3] Ou anciens commissaires du gouvernement, v. déjà les propos de J.-H. STAHL (concl. sur CE, sect., 26 mars 1999 *Sté Eda*, n° 202260, *AJDA,* 1999, p. 427) qui invite les Hauts magistrats à mobiliser les concepts du droit de la concurrence en observant une « stricte orthodoxie ». Or cela implique de procéder à des analyses économiques à la manière des autorités spécialisées, ce dont conviendra le Conseil d'État dans son rapport public pour l'année 2002 (*Collectivités publiques et concurrence,* Doc. fr., 2002, spéc. p. 336). V. en matière financière les conclusions de A. SABAN sur CE, ass., 3 décembre 1999 *Didier*, n° 207434 (*RFDA,* 2000, p. 584) qui invite à un contrôle approfondi par cette formule limpide : « ni le fait que la matière soit technique, ni celui que le Conseil des marchés financiers soit un organisme spécialisé composé de professionnels, ne sont de nature à vous amener à faire preuve d'une retenue particulière dans votre contrôle de ses décisions ».

[4] Dotée d'un pouvoir de réformation, la Cour de Paris est en principe contrainte de procéder à de telles analyses. V. C.-S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, p. 418 et s. et nos développements *supra.* V. cependant G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ Com.*, 1998, p. 192, qui explique que malgré son pouvoir de réformation, le juge de la Cour de Paris « n'étant ni économiste, ni professionnel de la bourse, ni technicien des questions financières, et n'ayant aucune vocation à l'être […] ne peut se substituer à l'autorité de marché pour procéder à l'examen scientifique ou technique préalable à la mesure à prendre ». Nous verrons au titre suivant qu'il est en effet permis de douter que le juge dispose toujours des moyens nécessaires pour procéder à de telles analyses.

[5] J.-Y. CHÉROT, article précité. V. aussi : M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 685 ; D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence,* précité, p. 296 et s. ; M. BAZEX, article précité ; « Le droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 781 ; R. NOGUELLOU, « L'office du juge de la régulation économique », précité, l'auteur explique que dans certaines hypothèses, le contrôle opéré par le juge « est plus poussé, et cela même si la matière est technique et que les textes n'encadrent que faiblement les pouvoirs de l'autorité de régulation » ; M. COLLET, thèse précitée, spéc. p. 133. V. enfin la position de E. JORDAO, thèse précitée, p. 89, qui avance qu'en « droit français, la complexité technique est traditionnellement (et encore aujourd'hui) un des facteurs les plus importants pour limiter l'intensité du contrôle du juge » mais reconnaît de manière quelque peu paradoxale que « toutefois, l'application de cette rationalité en matière de régulation économique est moins évidente ». L'auteur voit ainsi des spécificités dans ce contentieux, ce dont d'autres doutent (v. la position défendue dans leur thèse respective par M. Crespy-De Coninck et M. Collet).

contrôle déférent. Cela ne le conduit toutefois pas à nier toute marge d'appréciation aux autorités administratives compétentes au « premier degré ».

633. Maintien d'une véritable marge d'appréciation au profit de l'autorité administrative. Malgré la persistance de son usage doctrinal et prétorien, la théorie du pouvoir discrétionnaire telle que conçue par la doctrine du début du XXe siècle fait l'objet de vives critiques[1]. Il lui est notamment fait grief de reposer sur une « opposition manichéenne »[2] et peu fidèle à la réalité de l'action administrative entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire ; opposition de laquelle découleraient des conséquences quasi-mécaniques sur l'intensité du contrôle opéré par le juge. L'étude de contentieux qui ont fait l'objet d'un passage d'un contrôle restreint – donc déférent – vers un contrôle normal ou approfondi brouille les pistes et témoigne de la fragilité et des limites de cette théorie[3].

Il est dès lors plus réaliste de considérer que parmi les étapes au terme desquelles une autorité administrative adopte un acte, certaines sont marquées par une large marge de manœuvre laissée à cette dernière alors que d'autres sont encadrées par davantage de conditions dont le juge assure le respect. La liberté de choix de l'autorité administrative peut être plus ou moins grande mais il est exagéré et erroné de considérer qu'elle « est » ou « n'est pas » ; qu'il y a pouvoir « pleinement » discrétionnaire ou compétence liée[4].

Des auteurs[5] proposent alors de distinguer deux étapes principales dans l'exercice de ses pouvoirs par l'autorité administrative chargée d'une mission de régulation économique : celle du choix de mettre ou non en œuvre l'un de ses pouvoirs de régulation – qui relèverait d'un véritable et plein pouvoir discrétionnaire, d'une marge « d'autodétermination » – et celle du choix des conditions dans lesquelles ce pouvoir a été mis en œuvre qui relève, elle, de la « marge

[1] V. not. C. VAUTROT-SCHWARZ, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Dalloz, 2015, p. 639 ; A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral,* Dalloz, 2013, spéc. n° 192.
[2] B. PLESSIX, ouvrage précité, n° 494.
[3] V. l'exemple proposé par C. VAUTROT-SCHWARZ (article précité, p. 648) concernant le contrôle des sanctions prononcées à l'encontre des agents publics. L'application d'un contrôle « normal » de l'adéquation de la sanction prise à l'encontre de l'agent aux faits qui lui sont reprochés devrait conduire, si l'on appliquait strictement la théorie classique, à reconnaître que le supérieur hiérarchique ne jouit plus d'aucune marge d'appréciation dans le choix de la sanction opportune. Or un tel propos ne correspond pas à la réalité des services administratifs.
[4] L'image proposée par certains d'une « échelle de discrétionnalité » est à cet égard plus réaliste mais ne permet pas de sortir du carcan que constitue cette théorie du pouvoir discrétionnaire (v. déjà M. REGLADE, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1925, p. 413).
[5] Les propositions qui suivent ont largement été inspirées des travaux de M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 697 et s. ; A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire,* Bruylant, 2010, spéc. p. 379 et C. VAUTROT-SCHWARZ, article précité.

d'appréciation »[1]. Dès lors que l'on adopte cette distinction – sans nier son caractère relatif mais néanmoins opératoire – il est possible de fixer avec davantage de précision le champ dans lequel l'intensité du contrôle juridictionnel doit être moindre.

Le choix d'agir ou non, le choix du moment et celui de l'outil d'intervention sont marqués par une très large marge d'appréciation laissée à l'administration et pourraient à ce titre relever de son « pouvoir discrétionnaire ». Les textes ne dressent à leur égard aucune hiérarchisation, ni ne fixent d'obligation ferme aux autorités administratives en charge d'une mission de régulation, notamment concurrentielle[2]. Ces autorités ont des objectifs à remplir – pour s'en tenir à une formulation générale, en premier lieu celui d'assurer le maintien d'une saine et libre concurrence – et disposent pour ce faire de moyens limités mais d'un panel de pouvoirs et d'outils d'intervention fourni. Dès lors que le choix de l'action ou de l'abstention et celui de l'outil et du moment ne sont encadrés par aucune obligation juridique qu'ils méconnaîtraient, ils relèvent de « l'autodétermination » de l'autorité compétente et le juge ne saurait y substituer sa propre appréciation fondée sur d'autres éléments que le droit. Son rôle n'est alors que de « vérifier que la mesure choisie est conforme au cadre légal, sans qu'il y ait lieu de déterminer si une autre mesure aurait dû être prise »[3].

634. L'objet du contrôle juridictionnel systématique et non déférent. Les modalités de mise en œuvre de ces pouvoirs font, elles, l'objet d'une règlementation dont le juge est gardien, ce qui implique qu'il exerce un contrôle approfondi à leur égard. Ainsi, comme cela vient d'être vu, il doit veiller à ce que les conditions juridiques qui encadrent l'exercice du pouvoir en cause sont réunies – notamment par le contrôle de la compétence de l'autorité, de la forme de l'acte et des motifs de droit et de fait qui le motivent – et à ce que son auteur a procédé à une correcte appréciation des faits en vue de leur qualification. Quant au contrôle de l'adéquation de la mesure adoptée aux faits – qui constitue, selon la théorie classique, le territoire de prédilection du pouvoir discrétionnaire – le juge peut et doit y procéder avec la même intensité sans que

[1] Distinction et terminologie proposées par A. BOUVERESSE (thèse précitée, p. 379-380) et reprises par M. Crespy-de Coninck (thèse précitée, n° 697).

[2] Ainsi, au-delà des objectifs fixés par le législateur aux autorités administratives de concurrence et des conditions qui encadrent l'engagement de telle procédure ou de telle autre (v. par ex. les critères de mise en œuvre d'une procédure de transaction devant la DGCCRF substituée à une procédure de sanction « classique » devant l'Autorité de la concurrence), le Code de commerce ne comporte aucune disposition obligeant à privilégier une procédure plutôt qu'une autre dès lors que les conditions de mise en œuvre de chacune sont réunies. Pour reprendre la terminologie classique et se réinscrire dans le cadre de la théorie du pouvoir discrétionnaire, dès lors que les conditions de légalité sont réunies, le choix entre les différentes voies envisageables ne relève plus de la *légalité* mais de l'*opportunité*, laquelle relève par principe du pouvoir de l'autorité administrative davantage que de l'office du juge (v. C. VAUTROT-SCHWARZ, article précité, p. 646 et P. DELVOLVÉ, article précité, p. 269 et s.).

[3] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 697. V. aussi les développements très complets consacrés à la question par L. PEREZ, *La volonté des parties dans les procédures de régulation,* précité, p. 347-401.

cela ne le conduise à nier toute marge d'appréciation à l'autorité compétente. En prenant l'exemple du contrôle de la proportionnalité des sanctions administratives[1], on constate que le juge procède en réalité à « un contrôle de la disproportionnalité » qui ne revient pas à dicter à l'administration « la » sanction adéquate, mais davantage à s'assurer que la sanction prononcée ne sort pas du cadre légal dans lequel elle doit être prononcée[2]. « Faute pour l'exacte proportion de la sanction de pouvoir être définie », le juge ne doit censurer que l'inadéquation excessive, laissant ainsi une certaine liberté de choix à l'autorité administrative[3].

Ainsi la soumission des actes des autorités administratives de concurrence à un contrôle juridictionnel non déférent est non seulement possible, mais elle ne prive en outre ces dernières ni d'une part de pouvoir discrétionnaire – ou d'autodétermination – au stade de « la mise en mouvement » de leur action[4], ni d'une certaine liberté d'appréciation dans les différentes opérations préalables à l'adoption d'un acte ; ce dont conviennent aujourd'hui des membres de la Haute juridiction administrative[5] et une partie au moins de la doctrine spécialisée[6]. Un tel contrôle est donc envisageable ; reste à démonter qu'il est opportun.

B. Exposé des arguments en faveur d'un contrôle approfondi

635. Arguments. Désormais assuré que le franchissement des obstacles traditionnellement invoqués à la généralisation d'un contrôle approfondi des actes des autorités de concurrence est possible, il nous faut présenter les arguments qui motivent la proposition de généraliser un tel contrôle. Trois sentiments gouvernent la démarche : la nécessité, le pragmatisme et la prudence.

La nécessité de généraliser un contrôle non déférent concerne en premier lieu les actes des autorités nationales de concurrence qui relèvent des pôles indépendant et gouvernemental. La multiplication et le renforcement des pouvoirs dont elles sont dotées ne doivent intervenir sans

[1] Laquelle est une forme de traduction, en matière répressive, de l'obligation générale faite à l'administration de déduire des qualifications juridiques qu'elle retient des conséquences et mesures « adéquates ».
[2] C. VAUTROT-SCHWARZ, article précité, p. 649.
[3] *Ibid.* et G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC,* 2013, p. 51. L'analyse peut être étendue aux mesures correctives que peut adopter l'Autorité de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations : celles-ci doivent permettre « le maintien » d'une concurrence « suffisante » sur le marché. Ces notions et le contrôle opéré par le juge, bien que non déférent, laissent une marge de manœuvre à l'Autorité dans la fixation de la mesure qu'elle estime adéquate.
[4] Pour reprendre une terminologie pénaliste sur laquelle nous reviendrons *infra.*
[5] V. les conclusions de F. LENICA sur CE, 27 avril 2009 *Bouygues Télécom*, n° 312741 (*RJEP*, n° 666, juillet 2009, comm. 34) : l'affaire ne concerne pas directement – en tout cas pas exclusivement – la régulation concurrentielle mais davantage celle des communications électroniques. Saisi d'un recours contre une décision de l'ARCEP, le rapporteur public incite ses paires à exercer un contrôle non déférent sur l'ensemble des décisions de ce régulateur tout en continuant « à consentir au régulateur un pouvoir discrétionnaire affirmé » à l'égard de certains éléments (contentieux tarifaire notamment). Contrôle approfondi et marge de pouvoir discrétionnaire ne sont ainsi pas antinomiques, il est davantage question de degré.
[6] V. toutes les références qui viennent d'être proposées.

que leurs actes ne soient soumis au contrôle strict d'une autre autorité. Or l'observation du droit positif conduit au constat que le juge est le mieux à même de l'exercer (1). Le pragmatisme inspire des justifications de second ordre dont l'utilité ne saurait néanmoins être négligée : nombre des actes envisagés sont d'ores et déjà invariablement soumis au contrôle approfondi d'une juridiction de recours. La généralisation d'un tel contrôle constitue donc un facteur supplémentaire de l'harmonisation et de la simplification que nous appelons de nos vœux (2). Toutefois, la prudence invite à identifier des éléments à l'égard desquels le juge devrait s'en tenir à une attitude déférente afin de préserver la pleine liberté, « l'autodétermination » des autorités administratives de concurrence sur certains pans de leur activité (3).

1. L'argument de la nécessité

636. Multiplication des pouvoirs confiés aux autorités administratives de concurrence. Il a été observé que la dépénalisation du droit de la concurrence s'est accompagnée d'un mouvement parallèle de recours de plus en plus large à d'autres formes de répressions : civile parfois, administrative le plus souvent[1]. L'Autorité de la concurrence et les services du ministère de l'Économie voient ainsi leurs pouvoirs d'astreinte et de sanction s'accroître au fil des réformes, non seulement en matière de pratiques anticoncurrentielles[2] et de contrôle des concentrations[3], mais encore concernant la transparence tarifaire et les délais de paiement[4]. Récemment, l'extension a même atteint le champ des pratiques restrictives de concurrence jusqu'alors concerné par les seules amendes civiles prononcées par le juge[5]. D'importants pouvoirs d'enquête sont par ailleurs confiés aux agents de ces autorités[6].

Ces pouvoirs répressifs, que l'on peut intégrer à une « fonction contentieuse » confiée à ces autorités[7], complètent un important panel composé de pouvoirs consultatifs, sollicités[8] voire

[1] V. *supra*, n° 12 et s et, surtout, Partie I – Titre I – Chap. 2.
[2] Art. L. 464-2 et s. C. Com. pour l'Autorité de la concurrence, art. L. 464-9 C. com. pour les services ministériels.
[3] Art. L. 430-7-1, II, al. 5 (pouvoir du ministre) et L. 430-8 C. com. (pouvoir de l'Autorité de la concurrence).
[4] Art. L. 470-1, I et II C. com.
[5] V. art. L. 470-1, III C. com. créé par la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 précitée. Pour rappel, avant l'entrée en vigueur de cette loi, le ministre de l'Économie disposait de la seule faculté de déclencher la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge civil. V. à ce sujet *supra*, n° 229 et s – n° 248 et s.
[6] V. art. L. 450-1 et s. C. com. Ils disposent entre autres d'importants pouvoirs de visite et de saisie dont l'exercice est fort heureusement contrôlé par des autorités administratives, voire judiciaires pour les actes les plus intrusifs. V. à ce sujet les quelques rappels proposés *supra*, n° 44.
[7] Sur laquelle v. T. PERROUD, thèse précitée.
[8] Art. L. 462-1 C. com. : l'Autorité de la concurrence peut être consultée tant par les commissions parlementaires à propos de propositions de loi que par ces dernières, le Gouvernement, les collectivités territoriales et bien d'autres institutions « sur toute question de concurrence ». Elle peut encore l'être par les juridictions qui ont à connaître de demandes relatives à des pratiques anticoncurrentielles (art. L. 462-3 C. com.).

« imposés »[1], à destination des autorités judiciaires, législative ou exécutives[2] – des auteurs ont parlé d'une faculté d'intervention « prénormative »[3] – et de pouvoir normatifs ou, à tout le moins, « quasi-normatifs »[4]. S'y ajoutent, en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'importante « autorité de chose décidée » attachée à la décision de sanction adoptée par l'Autorité de la concurrence qui s'impose au juge saisi de l'action indemnitaire et/ou contractuelle consécutive et l'obligation faite à ce dernier de surseoir à statuer tant qu'une procédure est pendante devant l'Autorité[5].

En droit positif, les pouvoirs de ces autorités sont nombreux et les actes auxquels leur mise en œuvre aboutit ont d'importantes conséquences tant à l'égard des opérateurs privés que des pouvoirs publics et même du juge. Cette concentration ne peut se faire sans l'organisation d'un contrôle rigoureux des actes et activités de ces autorités

637. Absence d'autre forme satisfaisante de contrôle : le cas des autorités gouvernementales. Les services du ministère de l'Économie, qui composent le pôle gouvernemental des autorités de concurrence, relèvent de la hiérarchie administrative classique. Les actes de leurs agents sont susceptibles de donner lieu à l'exercice d'un recours hiérarchique devant leur supérieur et, *in fine*, devant le ministre de l'Économie. Membre du Gouvernement, ce dernier est responsable devant le Parlement[6], ce qui constitue « l'élément-clé » de notre régime parlementaire[7].

---

[1] Le Gouvernement doit « obligatoirement » consulter l'Autorité de la concurrence sur tout projet de texte règlementaire ayant, entre autres, pour effet d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente (art. L. 462-2, 3° C. com.). Cette procédure d'avis obligatoire est prévue dans de nombreux autres domaines, v. par ex. art. L. 462-2, 1° et 2° C. com. et L. 444-7 C. com. concernant les professions règlementées. En outre l'Autorité peut, de sa propre initiative, « donner un avis sur toute question concernant la concurrence » et « recommander » au ministère de l'Économie ou à d'autres ministères « de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés » (art. L. 462-4 C. com.). Le pouvoir est aussi étendu que les formules utilisées sont vagues. Ces avis prennent souvent la forme d'enquêtes sectorielles publiées qui exercent une influence indéniable tant sur les acteurs économiques que sur les pouvoirs publics. Régulièrement, au terme d'un état des lieux du secteur en cause (par ex. secteur de la vente en ligne en 2012, du transport par autocar en 2014…), l'Autorité formule des recommandations qui leur sont directement destinées.

[2] Cela résulte de la lecture combinée des art. L. 462-1 à L. 462-4 C. com. précités.

[3] A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Les autorités administratives indépendantes, une réponse à la crise des institutions ? », *in* V. MAZEAUD, P. DE MONTALIVET (dir.), *La crise des institutions,* LGDJ, 2016, p. 80.

[4] La formule est proposée, par précaution, pour désigner les actes de *soft law* que l'Autorité de la concurrence a le pouvoir d'adopter et qui présentent une importance pratique telle que le Conseil d'État a accepté de les soumettre à un contrôle de légalité. V. à leur sujet *supra*, n° 136 et n° 426 et s.

[5] Art. L. 481-2 C. com. V. à ce sujet *supra*, n° 545 et R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, précité, n° 577, qui relève que cette autorité est à certains égards plus forte que celle attachée à un jugement, ce qui renforce le besoin que soit opéré un contrôle approfondi des décisions destinées à en être revêtues.

[6] Art. 20, al. 3 de la Constitution. En outre, bien qu'aucun texte ne le prévoie expressément, la pratique de la Ve République a conduit à l'instauration d'une responsabilité politique du Gouvernement devant le Président, en tout cas en période de concordance des majorités.

[7] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, *Droit constitutionnel,* précité, n° 1133.

Toutefois en pratique, les moyens dont dispose l'Assemblée nationale pour assurer un véritable contrôle sont d'une efficacité limitée[1] ; *a fortiori* pour interroger les services du ministère sur les choix faits et les décisions prises en matière de concurrence. Sauf de rares affaires qui sont d'une ampleur telle qu'elles animent le débat public, les pouvoirs dont il est ici question sont mobilisés dans le cadre de contentieux qui concernent des opérateurs privés. Les outils sont davantage adaptés à des interrogations et débats concernant des choix politiques de dimension nationale, ou *a minima* locale, qu'à l'adoption de décisions relatives à des pratiques déterminées, imputées à des entreprises identifiées. Ce « contrôle démocratique » paraît ainsi bien insuffisant pour assurer le suivi de l'activité quotidienne des services du ministère de l'Économie en notre matière et ne semble pas de nature à atténuer les inquiétudes des observateurs[2]. Les contrôles hiérarchique et démocratique présentent des vertus indéniables mais sont impropres à pallier les carences d'un insuffisant contrôle juridictionnel.

638. Absence d'autre forme satisfaisante de contrôle : le cas des autorités indépendantes. Le Conseil d'État a pris acte du « vif débat de principe »[3] qu'a entraîné la création d'autorités administratives indépendantes, non soumises à la hiérarchie administrative, notamment quant à sa conformité à l'article 20 de la Constitution et à l'article 3 de la DDHC[4]. C'est là une forme de traduction juridique de la question de la conformité du statut de ces autorités à la « démocratie politique », autrement dit de leur « légitimité démocratique »[5]. Le Conseil avance que la décision par laquelle les Sages ont entériné l'existence de la Haute autorité de la communication audiovisuelle sans aucune observation sur ces points[6] pourrait avoir clos une

---

[1] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN *et al.*, ouvrage précité, n° 1120 à 1148. Au-delà des spécificités du champ à l'étude, le « fait majoritaire » et « l'esprit partisan » peuvent, de manière générale, conduire à restreindre l'effectivité du contrôle exercé par le Parlement sur le Gouvernement dès lors que la majorité au sein du premier et le chef du second sont issus du même parti politique.

[2] V. encore récemment : C. GRIMALDI, « Nouvel article L. 470-1, III C. Com. : la longue descente aux enfers du droit de la distribution », précité : « Imaginez une matière dans laquelle l'administration écrit la loi, l'interprète, l'applique, enquête, poursuit, et sanctionne. Tout cela à l'occasion de différends entre des entreprises *privées.* Voilà de quoi, convenons-en, nuancerait sérieusement les grands principes qui sont enseignés dans un cours d'introduction au droit et un cours de droit constitutionnel. C'est pourtant bien le cas en droit de la distribution avec le Titre IV du Livre IV du Code de commerce ». M. BEHAR-TOUCHAIS, « Confier la sanction des pratiques restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », précité.

[3] Conseil d'État, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE,* n° 52, p. 285.

[4] « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »

[5] M. POCHARD, « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », *Cahiers de la fonction publique,* novembre 2001, p. 4. Un autre auteur explique que « les autorités de régulation ne bénéficient pas de la légitimité démocratique dont peuvent faire état les organismes placés sous l'autorité du gouvernement », M. COLLET, « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* Presses Sciences-Po/Dalloz, p. 41 et s., spéc. n° 34 ; v. aussi la thèse précitée du même auteur (spéc. p. 171-174).

[6] V. Cons. const., décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984 *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé.*

partie du débat et tente une explication. L'autonomie de ces autorités indépendantes ne serait « que relative » eu égard au fait qu'elles sont instituées et peuvent être « remises en cause par le législateur » d'une part et que le Gouvernement dispose du pouvoir de « modifier les règles de fond qui s'opposent à elle » et d'intervenir dans « la nomination de leurs membres et l'attribution de leurs moyens » d'autre part[1]. En outre, leur soumission au contrôle du juge garantirait leur rattachement à « l'ensemble de l'appareil d'État »[2].

Ce dernier élément nous paraît fondamental car à l'égard des deux premiers arguments, la doctrine française rejoint le constat déjà fait outre-Atlantique : le fait que les AAI soient instituées par le Parlement et leurs pouvoirs prévus et encadrés par les pouvoirs législatif et exécutif ne suffit pas à garantir pleinement leur inscription « dans la démocratie politique »[3].

639. De la nécessité d'organiser un contrôle juridictionnel approfondi. Ainsi, les outils de contrôle démocratique ne remplissent pas des fonctions strictement identiques à celles confiées au juge. Ils sont en outre inefficaces à l'égard des autorités indépendantes. Le tout rend indispensable la soumission des actes des autorités administratives de concurrence à un contrôle juridictionnel rigoureux qui ne peut se limiter au contrôle de l'absence d'erreur manifeste ou déraisonnable.

2. L'argument du pragmatisme

640. La généralisation du contrôle approfondi : facteur d'harmonisation substantielle et procédurale. L'encadrement procédural de l'activité – notamment répressive – des autorités de concurrence est primordial et le recours, par ces dernières, à des outils de *soft law* ou à des

[1] Aussi, comme le rappelle le Conseil d'État (étude précitée, p. 369), les textes prévoient que les AAI peuvent être auditionnées par des commissions parlementaires. Toutefois, le rapporteur général de la Section du rapport et des études alors en poste note à cet égard que « cette possibilité n'est utilisée que de façon homéopathique. Et le Parlement n'a conçu aucun programme d'ensemble pour assurer le suivi de ces autorités qu'il a volontairement soustraites à l'autorité du Gouvernement » (M. POCHARD, article précité). La consécration et la généralisation de ces outils de contrôle (soumission d'un rapport annuel d'activité au Gouvernement et au Parlement, possibilité pour les commissions parlementaires de solliciter, en outre, un compte rendu annuel etc.) par les art. 21 à 23 de la loi précitée du 20 janvier 2017 destinée à organiser un statut général des AAI et API ne semblent pas de nature à renverser la tendance. Il est en tout cas encore trop tôt pour en percevoir d'éventuels effets concrets.

[2] Conseil d'État, étude précitée, p. 285. V. à ce sujet M. COLLET, article précité.

[3] M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA,* 2005, p. 540 : « Si la compétence d'autorités administratives de régulation ne peut avoir de légitimité, quant à elles, que par la délégation qui leur est consentie par les institutions procédant de l'élection, il est aussi acquis, au moins dans la littérature juridique anglo-saxonne, que cela ne suffit pas à garantir pleinement l'inscription des institutions de régulation dans la démocratie politique ». Comp. B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 495 : « La France s'écarte en effet du modèle américain en allant plus loin tant par l'ampleur des pouvoirs dévolus à certaines institutions indépendantes que par la faiblesse des contrôles pesant sur ces organes » ; l'auteur ajoute « le régulateur indépendant anglo-saxon n'est pas dénué de relations avec le politique, voire est lui-même une autorité politique », là où « le système retenu en France confère au contraire une quasi-immunité aux membres des commissions de régulation ».

procédures dérogatoires ou « négociées » ne peut en justifier un trop net recul[1]. Si une marge de manœuvre doit être laissée à certaines au moins de ces autorités quant au « choix de l'heure » et « des outils » – nous y reviendrons – l'exercice de l'ensemble de leurs pouvoirs doit invariablement être soumis à un contrôle juridictionnel approfondi, sauf à priver les justiciables concernés de garanties procédurales fondamentales appelées à assurer la sauvegarde de leurs droits et intérêts en toutes circonstances[2]. Sans véritable contrôle, l'effectivité de ces garanties – dont la nécessaire application est aujourd'hui admise[3] – serait en péril.

Sur le plan du droit substantiel, le contrôle approfondi offre aussi des garanties. Par-delà la diversité des autorités compétentes au « premier degré », le recours juridictionnel permet d'assurer une application harmonisée du droit de la concurrence. Or cette harmonisation souffrirait d'une application régulière de ce droit par des processus « opaques » soustraits à tout type de contrôle[4] ou à un contrôle trop déférent. Le constat est renforcé par l'observation faite que la matière repose sur de nombreuses notions techniques et largement indéterminées dont l'application implique un important travail d'interprétation. La généralisation d'un contrôle approfondi du juge limite le risque que se développent des interprétations divergentes ou autonomes néfastes à la cohérence de la matière et à la sécurité juridique des opérateurs.

Cette généralisation permet enfin d'envisager, en toutes hypothèses, l'octroi au juge de recours d'un pouvoir de réformation lequel nécessite, rappelons-le, l'exercice préalable d'un contrôle approfondi. Si l'octroi systématique d'un tel pouvoir n'est peut-être pas opportun, cette solution permet en tout cas de ne pas en exclure la possibilité.

641. La préférence accordée à une modulation des pouvoirs du juge (renvoi). Pour éviter que le juge ne renverse l'équilibre institutionnel organisé par le législateur, plutôt que de limiter

---

[1] V. à ce sujet les constats qui ont été faits à l'observation du droit positif : concernant les procédures dérogatoires mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence (principalement transaction et clémence) v. *supra*, n° 319 et n° 323. Concernant la procédure dérogatoire mise en œuvre par le DGCCRF en matière de micro-PAC v. *supra*, n° 480 et s.

[2] L'observation vaut pour les actes de *soft law*. Comme le note un auteur, « le caractère souple du droit produit par ces actes ne suggère donc pas, par principe, la souplesse du contrôle du juge. L'intensification du contrôle du juge peut être justifiée lorsque les conditions légales dans le cadre desquelles s'inscrit l'acte de droit souple sont suffisamment précises » (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 698).

[3] V. notamment, concernant les AAI, P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RDFA*, 2010, p. 920. V. plus largement, en matière de régulation économique : R. NOGUELLOU, « L'office du juge de la régulation économique », précité et de sanctions administratives : M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives,* précité.

[4] V. à ce sujet N. DORANDEU, « La concurrence des procédures en droit de la concurrence », *in Mélanges Y. Serra,* 2006, p. 133 et déjà I. VAN BAEL, « Comments on the EEC Commission's Antitrust Settlement Practice », *Swiss Review of International Competition Law Act*, octobre 1984, p. 67, cité et traduit par D. WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (…) », précité, qui explique que mettre de côté les « garde-fous » procéduraux et s'engager dans une course aux « règlements négociés » créerait « un corps alternatif de jurisprudence couvert d'un voile mystérieux ».

trop largement l'ampleur du contrôle dont il a la charge, il paraît donc plus pertinent et efficace de consacrer une réflexion à un encadrement précis de ses pouvoirs. Ces éléments feront l'objet de développements à la section suivante. Ils ne rendent néanmoins pas inutile le maintien d'une certaine prudence sur le plan de l'intensité du contrôle que le juge exerce sur certains pans de l'activité des autorités administratives de concurrence.

3. L'argument de la prudence

642. La nécessaire préservation de l'opportunité d'agir ou de poursuivre et du libre choix des moyens d'action. Le renouvellement – voire l'abandon – de la théorie du pouvoir discrétionnaire à laquelle nous avons adhéré n'est pas exclusif de la reconnaissance d'une marge d'autodétermination aux autorités administratives sur certains pans de leur activité. Celle-ci renverrait à ce qu'un auteur a désigné, par une formule dont le caractère quelque peu réducteur n'a pas empêché la postérité, comme la faculté que doit conserver l'Administration de « choisir son heure »[1]. Il est ainsi des choix et actes à l'égard desquels le juge devrait s'en tenir à une attitude prudente et déférente sauf à priver les autorités concernées d'une marge de manœuvre dont le législateur a souhaité les doter. Leur identification est mal aisée car « il n'y a pas de critère permettant de distinguer les questions qui relèveraient par nature, par essence, de la légalité ou de l'opportunité ». Il s'agit davantage d'une « ligne contingente »[2] qui rend complexe toute tentative de délimitation pérenne. La formule d'un ancien Président du Conseil de la concurrence pourrait fournir quelques pistes.

Ce dernier explique que lorsque le Conseil est saisi d'un dossier, plusieurs questions préalables doivent être tranchées. Parmi elles figure celle « de savoir quelle action il convient d'entreprendre ? Faut-il ou non sanctionner ? Faut-il plutôt recourir à une procédure d'injonction ? ». L'auteur poursuit en expliquant que cette question est intimement liée à une autre que le juge n'est, lui, en principe pas conduit à se poser : elle est celle des « effets de notre décision ou de notre abstention. C'est, le plus souvent, la question la plus importante : notre décision aura-t-elle pour effet de réparer l'atteinte à « l'ordre public économique » que les pratiques concernées ont heurté ? »[3].

[1] L. MICHOUD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XXV, n° 3, 1913, p. 439.
[2] D. LABETOULLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, n° 18, 1993, p. 39.
[3] B. LASSERRE, « La liberté de la concurrence est-elle effective ? Droit communautaire et droit français », *in* G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques,* Éditions Panthéon Assas, 2003, p. 84.

Les autorités administratives de concurrence étant conduites à appliquer un droit « téléologique »[1], leurs pouvoirs doivent être mis en œuvre en vue de l'adoption d'actes produisant « un effet conforme à la finalité de la loi ». C'est au regard de la finalité du droit de la concurrence qu'il leur appartient d'apprécier l'opportunité d'agir ou non et, en cas d'action, de mobiliser l'outil le plus approprié à la situation qui leur est soumise. C'est donc au stade du choix d'agir et du choix des moyens d'action qu'une certaine autodétermination devrait leur être réservée, ce qui implique une attitude déférente du juge. Une telle attitude se manifeste par une moindre intensité du contrôle qu'il opère, mais aussi par une mise en œuvre prudente de ses différents pouvoirs, élément sur lequel nous reviendrons.

643. Formulation de la proposition : généralisation d'un contrôle approfondi, sauf exceptions. La proposition est donc celle de généraliser le contrôle juridictionnel approfondi des actes des autorités nationales de concurrence. Au regard de ce qui vient d'être dit, il convient toutefois d'identifier les types de décision à l'égard desquelles, par exception, le juge devrait s'en tenir à une attitude déférente et à un strict contrôle de légalité.

Il s'agit en premier lieu des décisions par lesquelles les autorités administratives de concurrence décident d'exercer ou non les pouvoirs qui leur sont confiés. L'octroi récent d'une forme d'opportunité des poursuites à l'Autorité de la concurrence va en ce sens[2] et seule la déférence

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *LPA,* 2000, n° 259, p. 4. V. aussi J. BOULOUIS, « Rapport sur le juge communautaire », *in Le rôle du juge en présence de problèmes économiques,* Travaux de l'association Henri Capitant*,* t. XXII, 1975, p. 254. Sur la fonction du droit de la concurrence v. aussi *supra*, n° 27.

[2] À proprement parler, l'Autorité de la concurrence ne disposait pas, jusqu'à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2019 par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021, de l'opportunité des poursuites (ce qui a été critiqué, v. R. AMARO, thèse précitée, n° 608 et s. et 738 et s.) telle qu'en dispose le ministère public (art. 40, 40-1, 41 et 80 CPP). Une telle opportunité offre la possibilité de ne pas engager de poursuites même en présence d'éléments suffisants à la caractérisation d'infractions (pour un premier usage v. Aut. conc., décision n° 22-D-19 du 20 octobre 2022 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des timbres postaux*). Néanmoins, plusieurs des motifs de rejet d'une plainte ou de non-lieu prévus par les dispositions antérieures à la transposition de la directive (spéc. art. L. 462-8, al. 2 C. com. : rejet pour insuffisance d'éléments probants ; art. L. 464-6-1 et L. 464-6-2 C. com. : non-lieu fondé sur la « faible » importance de certaines pratiques), bien que ne dispensant pas l'Autorité de son obligation de motivation, lui laissaient déjà une marge de manœuvre permettant « d'atténuer le degré de la légalité des poursuites » (C. S. DELICOSTOPOULOS, thèse précitée, n° 112). L'appréciation est en la matière « subjective » et il est souhaitable que le juge conserve une certaine réserve à l'égard des décisions prises sur ce plan par l'Autorité, sous réserve qu'elles respectent les conditions légales. V. à ce sujet L. IDOT, « La plainte en droit de la concurrence : opposition ou convergence des systèmes français et communautaire ? », *in Mélanges L. Boyer*, 1996, p. 255 ; les développements consacrés à la question par D. BARTHE, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence. Étude comparative des procédures communautaire et française,* PUAM, 2000, spéc. n° 68-81 et déjà les questions soulevée par M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Existe-t-il un droit à la procédure pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle ? », *JCP G,* 1988, doctr. 3360.
Cette marge de manœuvre est renforcée par le nouvel alinéa 2 de l'art. L. 462-8 qui permet à l'Autorité de rejeter « par une décision motivée » les plaintes déposées par les entreprises ou par les organismes visés à l'art. L. 462-1, al. 2 (collectivités territoriales, organisations syndicales…) lorsqu'elle ne les « considère pas comme une priorité ». Il s'agit là clairement d'un choix en opportunité – mais toujours motivé – confié à l'Autorité et elle seule doit en rester dépositaire, ce qui impose que le juge conserve une attitude déférente à cet égard, sauf à relever une illégalité.

du juge à l'égard des décisions d'engager ou non des poursuites permettra d'en assurer l'effectivité. Cette solution doit également être maintenue à l'égard du choix fait par les services du ministre chargé de l'économie de mettre, ou non, en œuvre leur pouvoir d'évocation en matière de contrôle des concentrations[1] ; d'introduire ou non, en matière de pratiques restrictives, les actions prévues par l'article L. 442-4 du Code de commerce ou encore celui d'exercer les pouvoirs d'injonction qui leur sont confiés par l'article L. 470-1 du même Code. En somme, dans le silence des textes, le juge doit laisser à ces autorités la maîtrise de leurs moyens, lesquels ne sont pas illimités ; ce qui justifie parfois l'inaction. Ces choix relèvent d'une véritable gestion interne à ces autorités au regard des objectifs qui leur sont fixés et, *in fine,* d'une stratégie dont elles sont seules à pouvoir efficacement assurer la continuité.

Il s'agit également du choix de leurs moyens d'action par ces mêmes autorités : dès lors qu'elles disposent de différentes voies d'action toutes légalement admissibles, la détermination de la plus efficace relève encore d'un choix de gestion et de stratégie dans lequel le juge ne saurait intervenir ; là n'est pas son office. Que l'on songe au choix fait par l'Autorité de la concurrence d'emprunter une voie « alternative »[2] au lieu de la procédure de sanction classique en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, d'exiger la prise d'engagements de la part d'entreprises ayant sollicité une autorisation de concentration[3] ou encore d'autoriser une opération assortie d'engagements sans déclencher une phase de contrôle approfondi[4]. Ces choix relèvent d'une politique d'intervention et de régulation à l'égard de laquelle le juge doit

[1] La jurisprudence soumet déjà le choix du ministre en la matière à un contrôle restreint, v. CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal Plus*, n° 364347, 363703 et 363542, spéc. cons. 164.

[2] Ou encore de rejeter une plainte sur fondement de l'art. L. 462-8, al. 3 en indiquant au plaignant que les faits sont constitutifs d'une micro-PAC dont peut être saisi le ministère de l'Économie (art. L. 464-9).

[3] Des arrêts ont semblé imposer à l'Autorité de mettre en œuvre son pouvoir d'adopter des mesures correctives. V. CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole Télévision,* n° 363702 ; spéc. cons. 9 qui juge que « lorsque lui est notifiée une opération de concentration […] il *incombe* à l'Autorité de la concurrence d'user des pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties […] à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération » (nous soulignons). La mise en œuvre de ces pouvoirs est imposée dès lors qu'elle est nécessaire au maintien d'une concurrence suffisante. Par cette formule, le Conseil d'État ne fait que rappeler l'objectif général fixé par la loi qui gouverne l'activité de l'Autorité tout en lui laissant une entière liberté sur le choix des outils adéquats. Il poursuit ainsi en jugeant qu'elle « n'est pas tenue, lorsqu'elle identifie un effet anticoncurrentiel de l'opération, d'adopter des mesures correctives de nature à le supprimer intégralement, pourvu que ces mesures permettent d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante ». V. aussi CE, 5 novembre 2014 *Sté Wienerberger,* n° 373065, spéc. cons. 14, qui juge que l'Autorité n'a aucune obligation d'adopter des mesures de nature à « accroître la concurrence sur le marché pertinent ».

[4] En droit positif, le Conseil d'État juge qu'il s'agit d'une modalité d'examen d'une opération qui n'a pas d'impact sur la décision adoptée au fond et qu'elle est par conséquent neutre à l'égard des tiers. Il s'agit d'un choix discrétionnaire de l'Autorité quant à ses moyens et outils de contrôle que les tiers ne peuvent contester en justice : il n'appartient pas au juge de se prononcer sur ce plan (CE, 6 juillet 2016 *Cie des gaz de pétrole Primagaz et Sté Vitogaz France*, n° 390457). Cette solution doit être maintenue : les tiers ne sont recevables qu'à contester la décision au fond au regard du droit (par ex. en tentant de démontrer l'insuffisance des engagements adoptés), non le moyen par lequel l'Autorité y est parvenue.

observer une certaine réserve en se limitant à endosser le rôle de gardien de la légalité. Alors, sauf à constater la violation d'une obligation légale qui l'encadrait, le juge doit prendre acte du choix fait, en opportunité, par l'autorité administrative compétente sans chercher à le remettre en cause ou à y substituer sa propre appréciation.

La généralisation du contrôle juridictionnel approfondi devra ainsi s'accommoder de ces quelques exceptions nécessaires. Quelle qu'en soit l'intensité, il convient que ce contrôle soit toujours exercé dans un cadre unifié.

§ II – Le recours unifié

644. Intérêts de l'unification. Parmi les craintes qui naissent de l'observation de la multitude d'autorités compétentes et de procédures mobilisées pour faire application, « au premier degré », du droit de la concurrence, figure celle de voir se développer plusieurs manières d'appliquer cet arsenal aux multiples facettes et d'interpréter les notions phares sur lesquelles il repose. *In fine,* c'est l'objectif fondamental de protection de la libre concurrence, qui donne son unité à la matière[1], qui est en péril. Une autre crainte résulte de ce que cette diversité peut conduire à un fractionnement d'une même affaire, à l'engagement de plusieurs procédures parallèles puis à l'adoption d'actes et décisions dont la conciliation peut s'avérer délicate, sinon impossible. Si le droit substantiel a fait l'objet de réformes dont l'objectif a été, au moins pour partie, de contenir ces risques ; la refonte du système de recours semble être un levier efficace pour y apporter une solution pérenne. L'unification au stade du recours permet en effet d'endiguer la diversité observée au « premier degré ». Par ailleurs, elle offrirait un cadre unique à l'instance naissant de l'exercice des différents recours envisagés, ce qui permettrait de concevoir un régime procédural autonome, adapté aux spécificités de la matière et favoriserait la spécialisation des juges amenés à en connaître.

645. Plan. L'unification au stade du recours sera ainsi d'abord présentée comme le moyen d'assurer une harmonisation des méthodes d'interprétation et d'application du droit de la concurrence pris en ses différentes composantes ainsi que la résolution des difficultés susceptibles de naître de la multiplicité de procédures engagées et décisions adoptées au sujet d'une même affaire (A). Il sera ensuite démontré qu'elle offre un cadre propice au développement d'un droit procédural adapté aux spécificités du contentieux envisagé et à la nécessaire spécialisation des juges qui ont à en connaître (B). Ces éléments permettront de poser

[1] Sur la fonction essentielle et l'objectif fondamental du droit de la concurrence, v. *supra*, n° 27.

les premières bases de notre proposition de réorganisation. Au préalable, il convient de consacrer, en guise de prolégomènes, quelques propos à la notion d'unification (prolégomènes).

Prolégomènes sur l'unification du recours

646. Unification, unicité et cohérence. La notion d'unification, qui est dénuée de signification juridique précise, mérite quelques explications. Dans le langage courant, elle désigne à la fois le résultat d'une action – l'action d'unifier – et l'action elle-même – celle de rendre unique, uniforme et cohérent[1], de réunir plusieurs éléments – ce qui correspond tout à fait aux objectifs qui sont les nôtres. L'unification « du » recours poursuit en effet l'objectif d'offrir un cadre procédural unique au traitement « des » recours[2] exercés contre tout acte adopté par une autorité de concurrence, quelles qu'en soient la forme et la nature. Ce cadre unique tend à renforcer la nécessaire cohésion à la matière, tant d'un point de vue procédural que substantiel : l'harmonisation[3] des méthodes et la conciliation d'éventuelles décisions plurielles qu'il rend possibles concourent à restaurer la cohérence du droit de la concurrence et de son contentieux.

647. Les différentes formes possibles d'unification. Pour ce faire, deux formes d'unification du recours sont envisageables et ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre.

La première est une unification *sur le terrain procédural* : elle consiste en la consécration d'un droit procédural applicable à l'ensemble des recours exercés contre les actes des autorités nationales de concurrence[4]. Elle tend à assurer un traitement unifié desdits recours par-delà la diversité des autorités compétentes en « premier ressort » et des juridictions compétentes au stade du recours. Sa mise en œuvre est délicate à inscrire dans le paysage juridictionnel national, notamment du fait du dualisme qui le caractérise : les disparités persistantes entre le contentieux administratif et le droit judiciaire privé rendent complexe l'adoption d'un droit procédural en tous points commun. Cette première voie n'exclurait en tout état de cause pas les risques d'interprétation et d'application variables de la matière par les juridictions de chaque ordre.

La seconde est une unification *sur le terrain de la compétence* : elle consiste en l'octroi à un nombre limité de juridictions de la compétence pour connaître des recours envisagés[5]. Elle peut

[1] V. la définition proposée par le CNTRL : https://www.cnrtl.fr/definition/unification.
[2] Le passage du pluriel au singulier illustre la démarche : offrir un cadre unique à des recours aujourd'hui dispersés.
[3] Laquelle est d'ailleurs synonyme de l'unification, v. ici encore la synonymie proposée par le CNTRL, *ibid.*
[4] Il s'agirait alors d'une forme de « droit processuel de la concurrence » que l'on pourrait rattacher au droit processuel économique (M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », *Justices,* n° 1, janvier 1995, p. 91 et s.) ou au « droit processuel de la régulation économique » (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 995 et s.). Toutefois, en doctrine, cette dernière expression est plus souvent utilisée pour désigner la procédure administrative conduite par les autorités de régulation que la procédure juridictionnelle de recours.
[5] Il peut alors aussi être parlé de « centralisation » ou de « concentration » de ces recours et de ce contentieux.

connaître plusieurs modalités et degrés. Ainsi peut-elle être organisée dès le stade du recours au fond ou au stade du recours en cassation. Dans cette dernière hypothèse, elle implique *de lege lata* que tous les recours au fond relèvent de la compétence des juridictions d'un même ordre – administratif ou judiciaire – ce qui semble bien illusoire au regard de l'état du droit positif et des incessants débats auxquels donne lieu la question[1]. Si l'unification est organisée au stade du recours au fond, elle peut l'être selon des degrés divers : à l'échelle basse, on trouverait l'hypothèse de la désignation de plusieurs juridictions – appartenant éventuellement aux différents ordres – auxquelles serait confiée une compétence matérielle et territoriale spécifique. À l'autre extrémité, un degré ultime de cette unification conduirait à octroyer compétence à une juridiction unique, compétente sur l'ensemble du territoire.

La poursuite de l'identification des objectifs de notre entreprise de réorganisation sera l'occasion de faire les premiers choix sur ce plan et de poser les bases de la reconstruction envisagée. Une intuition peut néanmoins d'ores et déjà être livrée : l'unification procédurale semblerait bien illusoire s'il était attribué compétence à un trop grand nombre de juridictions au stade du recours, de surcroît si elles relevaient d'ordres différents. Par conséquent, une unification par la désignation d'un nombre limité de juridictions semble impérative. C'est en tenant compte de cet élément qu'il convient d'appréhender les développements à venir. Reste à fixer le degré adéquat de cette unification.

A. Un cadre nécessaire à l'harmonisation des méthodes et à l'articulation de procédures ou décisions multiples

648. Concentration des compétences[2]. Ce sont, dans un premier temps, les apports de la seconde forme d'unification qui nous occuperont. Il s'agira de démontrer que l'exercice de l'ensemble des recours étudiés devant un nombre limité de juridictions assurerait une mise en œuvre harmonisée des outils et méthodes d'application du droit de la concurrence (1). En outre, cette unification permettrait d'offrir au justiciable un interlocuteur unique habilité à résoudre les difficultés qui peuvent résulter d'une pluralité de procédures engagées et/ou de décisions adoptées à propos des mêmes faits (2).

[1] V. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 967-987, qui expose les raisons expliquant que l'unification du contentieux de la concurrence au sein d'un même ordre fait toujours figure de « mythe » dont l'auteur tente en outre de démontrer les caractères vain et utopique.
[2] Expression empruntée à M. PLISSONNIER, *Concentration et procès civil,* thèse Paris Nanterre, 2021, n° 16.

1. L'harmonisation du maniement des outils d'analyse économique

649. Le maniement d'outils d'analyse spécifiques par les autorités de « premier ressort ». L'application du droit de la concurrence implique de mobiliser des techniques d'analyse, notamment prospectives, issues des sciences économiques et auxquelles les juristes sont peu, voire pas formés[1/2]. Sa mise en œuvre nécessite « d'emprunter à une méthodologie qui peut, à certains égards, s'éloigner de la méthode formelle qu'emprunte en temps normal l'analyse juridique »[3]. Sans qu'il soit nécessaire d'approfondir davantage la question[4], retenons que l'analyse juridique, parfois qualifiée de « formelle »[5], conduit à confronter les faits au droit, notamment pour qualifier les premiers en application du second. À l'inverse l'analyse économique, qui est dite « substantielle »[6], consiste davantage à rechercher si le droit et sa mise en œuvre sont adaptés à la réalité des faits et aux objectifs poursuivis[7/8].

Ce nécessaire changement de méthodologie, utile à l'appréciation de faits complexes et à l'interprétation de notions au contenu parfois largement indéterminé, commande que son maniement et sa mise en œuvre fassent l'objet d'un contrôle tendant à assurer une certaine harmonie. Il semble en outre pertinent de doter ce contrôle d'une dimension pédagogique.

650. Le contrôle juridictionnel centralisé : entre harmonisation… Pour les raisons qui viennent d'être présentées, il est primordial qu'une autorité de contrôle assure une mise en œuvre harmonisée des méthodes spécifiques nécessaires à l'application du droit de la

[1] V. parmi une riche littérature, les études de A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, précitée et C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, précitée. Cet élément est d'ailleurs l'une des justifications de la création d'autorités spécialisées dont la composition et les méthodes de fonctionnement assureraient une meilleure maîtrise et mise en œuvre d'un arsenal normatif technique (v. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, 2001, p. 275 et s. et P. DELVOLVÉ, « La justice hors juge », *CDE,* 1984, n° 4, p. 16).

[2] Si l'observation est commune en matière de contrôle des concentrations et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ; elle est moins courante dans les autres champs où elle n'est pourtant pas dénuée de fondement. Pour de plus amples développements à ce sujet, v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 1 – Sect. 1 – § I.

[3] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 670 et F. JENNY, « Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, numéro spécial, 12-13 février 1997, p. 30.

[4] Ce qui nécessiterait une analyse comparative approfondie de ces différentes techniques, v. sur le sujet G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE,* 1986, p. 9.

[5] G. FARJAT, article précité.

[6] *Ibid.* La méthode économique est aussi dite « hypothéticodéductive », v. par ex. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché,* précité, n° 492.

[7] G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA,* 2005, n° 99, p. 23, l'auteur décrit cette « nouvelle logique de raisonnement » à laquelle conduit « la réalisation du droit par l'intégration explicite de facteurs économiques » en se référant, notamment, sur l'analyse de C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.,* 1967, p. 215. V. aussi C. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique », *Justices,* n° 1, janvier 1995, p. 61 et s. et spéc. p. 78 et s.

[8] Sur l'opposition entre *raisonnement déductif* et *raisonnement inductif* que certains proposent d'adopter afin de distinguer logique juridique et logique économique v. la présentation et les nuances apportées par A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 195-199.

concurrence et une lecture uniforme des notions phares sur lesquelles il repose[1]. Il s'agit là d'une fonction disciplinaire ou de « régulation jurisprudentielle »[2] que le droit processuel attribue en principe aux juridictions de cassation[3], soit à un juge réputé être focalisé sur les seules questions de droit. Elle nous semble cependant pouvoir être confiée à une juridiction compétente pour connaître plus amplement du fond. C'est davantage la centralisation – poussée, concernant les juridictions de cassation, jusqu'à l'unicité – qui offre un cadre propice à son exercice. Sous réserve que soit organisé un certain degré de centralisation, cette fonction pourrait être exercée dès le stade du recours au fond, tant à l'égard des méthodes employées par les autorités de « premier ressort » que des interprétations qu'elles font des notions du droit de la concurrence. Elle est d'autant plus importante que parmi ces autorités, certaines ne sont pas spécialisées. Cette observation justifie en outre que l'activité de contrôle s'accompagne d'une fonction pédagogique.

651. …et pédagogie. Si les autorités administratives de concurrence sont, par définition, spécialisées ; ce n'est pas le cas de l'ensemble des autorités juridictionnelles appelées à faire application, en premier ressort, du droit de la concurrence. Au sein de l'ordre judiciaire, seize juridictions se sont vu réserver compétence pour l'ensemble des champs envisagés, choix qui poursuit l'objectif de parvenir à une certaine spécialisation. Au sein de l'ordre administratif en revanche, un certain nombre d'actes relève de la compétence de juridictions non spécialisées, que l'on songe notamment au contentieux du « *private enforcement* administratif »[4].

Le renforcement de la dimension pédagogique de l'intervention du juge de recours serait ainsi bienvenu. Il permettrait aux autorités les moins spécialisées de se référer à une jurisprudence comportant des enseignements méthodologiques et notionnels utiles. Si ces dernières ont d'ores et déjà pris l'habitude de se référer aux décisions et méthodes des autorités spécialisées[5],

---

[1] Un auteur a déjà relevé que le droit de la concurrence, qui relève du « droit économique », repose sur une « démarche analytique » particulière et que « l'élaboration d'un droit sûr de la concurrence » – autrement dit d'un droit de la concurrence qui soit lisible, prévisible et respectueux de la sécurité juridique des opérateurs – nécessite « l'élaboration d'une méthode de droit économique » claire. « Il s'agit, en définitive, de poser avec clarté les bases de l'analyse économique permettant de circonscrire un marché, de mesurer un effet anticoncurrentiel, d'établir un bilan économique, d'apprécier un dommage à l'économie, de proportionner les sanctions… », G. CANIVET, « Concurrence : entre droit et politique », *Les Annonces de la Seine,* 2002, n° 36, p. 1 et s., spéc. p. 2 à 4.

[2] G. CANIVET, « Vision prospective de la Cour de cassation », Conférence de l'Académie des sciences morales et politiques, 13 novembre 2006 (consultable sur le site de la Cour de cassation), spéc. n° 20 et s. et P. DELVOLVÉ, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *in Mélanges D. Labetoulle*, 2007, p. 261.

[3] L'enseignement est classique, v. par ex. S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 16e éd., Dalloz, 2021, n° 767 concernant la Cour de cassation et 819 et s. concernant le Conseil d'État. Pour une analyse plus approfondie v. G. CANIVET, « La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit », Conférence Beyrouth, 21 décembre 2001, *Publications de l'Université Saint-Joseph, CEDROMA,* Bruylant, 2004, p. 333 et « Vision prospective de la Cour de cassation », précité.

[4] Sur toutes ces questions de compétences, v. Partie I, Titre I de cette thèse.

[5] G. CLAMOUR, thèse précitée, spéc. n° 484-499.

l'autorité attachée à la jurisprudence d'une juridiction supérieure offre davantage de garanties : y sont mêlées les considérations techniques et les exigences juridiques, notamment du point de vue des droits fondamentaux et garanties procédurales reconnus au justiciable. L'exercice d'une telle fonction implique que le juge de recours produise un effort considérable pour assurer un « développement qualitatif et quantitatif des jugements »[1] appelé de ses vœux par une partie de la doctrine et déjà en partie constaté par les commentateurs de la jurisprudence[2]. Le mouvement est en marche, il faut maintenir le cap et accentuer l'effort. Il en va d'une application cohérente, efficace et harmonisée de l'arsenal législatif concurrentiel par l'ensemble des autorités compétentes au « premier degré ». On trouve là un premier argument en faveur d'un fort degré d'unification du recours.

2. Le traitement de difficultés issues d'une pluralité de procédures ou décisions

652. L'articulation du *private* et du *public* enforcements. La pluralité de procédures engagées puis de décisions adoptées par les autorités de concurrence dans le cadre d'une même affaire concerne en premier lieu l'articulation entre le règlement de ses aspects objectifs par les outils de *public enforcement* et le règlement de ses aspects subjectifs – notamment contractuel et indemnitaire – par les juridictions judiciaires ou administratives. Des réformes récentes ont conduit, en matière de pratiques anticoncurrentielles, à reconnaître une valeur probatoire forte, voire incontestable, aux décisions des autorités nationales ou européennes de concurrence dans le cadre d'une instance judiciaire consécutive ou parallèle[3]. Bien qu'elle ne soit pas exempte de tout reproche, l'avancée est certaine sur le terrain de la conciliation des diverses décisions adoptées dans ce cadre.

Elle ne règle néanmoins pas tout. Que l'on songe par exemple[4] aux difficultés posées par les questions de divulgation ou de production, dans le cadre d'une instance juridictionnelle, de

[1] A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009, n° 639, « Le développement qualitatif et quantitatif des jugements est ainsi un processus indispensable à la légitimation du rôle respectif des juges administratif et judiciaire, à la participation des juridictions à la politique de la concurrence et à l'efficacité du droit de la concurrence ».

[2] Pour des illustrations v. pour les juridictions administratives : CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal plus,* n° 362347, 363703 et 363542 (« *canal Plus II* » ; pour les juridictions judiciaires : CA Paris, 27 octobre 2016, n° 2015/01673 (« *affaire des produits d'entretien* ») et nos développements et références proposées *supra.*

[3] V. *supra*, n° 545.

[4] Le choix a été fait d'illustrer le propos en se limitant à un exemple topique mais les difficultés d'articulation entre *private* et *public enforcement* sont nombreuses tant en droit positif qu'au regard de propositions de réforme récentes. V. par ex. sur les difficultés engendrées par la proposition européenne d'organiser une « clémence civile » au profit des entreprises repentantes qui acceptent de collaborer avec les autorités administratives : R. AMARO, thèse précitée, n° 579 et s. L'auteur traite des seuls aspects substantiels. Sur le plan procédural, la faculté pour le juge de recours d'être saisi des différents volets d'une même affaire le mettrait en situation favorable pour contrôler que les conditions de mise en œuvre d'une telle clémence civile sont réunies, voire même pour en contrôler et/ou fixer les modalités.

pièces obtenues dans le cadre d'une procédure administrative. Les tergiversations prétoriennes auxquelles elles ont donné lieu empêchent de trouver une réponse stable et satisfaisante[1]. Les difficultés sont encore amplifiées lorsque l'aspect objectif du dossier a été traité via une procédure dérogatoire – parfois confidentielle – mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence ou les services du ministère de l'Économie[2]. Davantage que la conciliation de plusieurs décisions, c'est ici l'articulation de procédures multiples, parallèles ou successives, qui crée des difficultés auxquelles il est délicat d'apporter des solutions claires.

L'ensemble crée une instabilité préjudiciable tant aux parties qu'à l'exercice de son office par le juge. Les droits de la défense, un prétendu droit à la preuve émergent, le secret des affaires voire le droit au respect de la vie privée, l'efficacité de la lutte contre les pratiques néfastes à une libre concurrence : cette liste non exhaustive des intérêts en jeu suffit à saisir l'importance de la question. La recherche d'un équilibre doit se faire au cas par cas devant un juge apte à appréhender les différents volets de l'affaire et selon des principes et critères résultant d'une « doctrine judiciaire » établie. Car comme cela a été observé, en la matière, « la lecture littérale des textes ne rend compte que très imparfaitement des aspérités du droit français »[3].

Ici encore, l'unification offrirait un cadre propice au développement d'une pratique unitaire et cohérente sur ce plan : le juge de recours deviendrait l'interlocuteur unique que les parties et/ou les autorités de premier ressort pourraient consulter en cas de difficulté persistante.

653. La gestion du cumul de sanctions. La pluralité de procédures et décisions est encore la source d'importantes difficultés en matière répressive. Les incertitudes sont nombreuses quant aux modalités d'application du principe *non bis in idem*[4] – lequel interdit les doubles poursuites

[1] V. qui retrace ces évolutions R. AMARO, thèse précitée, n° 334 et s. et C. TASSO-DE PANAFIEU, « La protection de la divulgation des documents relatifs aux procédures de clémence : de nouvelles limites à l'accès au dossier pour les entreprises ? », *RLDA,* 2012/74, p. 45. Malgré la fermeté de l'art. L. 463-6 C. com. qui prévoit des sanctions pénales à l'encontre de quiconque violerait le secret par lequel est protégée l'instruction tenue devant l'Autorité de la concurrence, la jurisprudence a petit à petit prévu des exceptions permettant tant au défendeur (Com, 19 janvier 2010, n° 08-19761) qu'au demandeur de produire, dans le cadre d'une instance juridictionnelle, des pièces obtenues dans le cadre d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence.

[2] V. à ce sujet M. CHAGNY, « L'articulation entre actions privées et actions publiques », *RLC,* n° 2009/18, p. 150 ; L. IDOT, « Plaidoyer pour une réflexion sur l'articulation entre les programmes de clémence et les actions privées », *Concurrences,* n° 3-2005, art. n° 1366 ; J. RIFFAULT-SILK, « Procédures négociées, actions en réparation de dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles : conflit(s), ou synergie(s) ? », *in Mélanges L. Idot,* 2022, vol. 2, p. 111.

[3] R. AMARO, thèse précitée, n° 340. L'auteur propose dans la suite de ses développements la généralisation d'un test de proportionnalité en la matière qui devrait être mis en œuvre « sous contrôle du juge » (n° 355 et s.). La proposition d'instaurer un cadre unifié au stade du recours nous semble parfaitement adaptée pour ce faire.

[4] Qui découle, en droit français, notamment des art. 368 CPP et 4 du Protocole n° 7 à la Convention EDH.

et les doubles condamnations pour des mêmes faits[1] – en droit de la concurrence[2] ; champ dans lequel a été observée une certaine « hostilité » à son égard[3].

Sur le plan substantiel, ces difficultés et incertitudes proviennent notamment de l'interprétation des trois conditions cumulatives auxquelles les juridictions européennes conditionnent l'application du principe. Celles-ci consistent en une triple identité : de personnes, de faits et d'intérêt juridiquement protégé par les différentes sanctions envisagées[4]/[5]. En droit interne, des réflexions doivent alors être menées, notamment pour apporter des solutions pérennes aux hypothèses dans lesquelles un même fait est susceptible de faire l'objet de plusieurs procédures et décisions répressives. L'observation du droit pénal ou de solutions retenues dans le contentieux fiscal pourrait à cet égard offrir des pistes intéressantes[6].

Sur le terrain procédural, la problématique de l'intervention possible, pour les mêmes faits, de plusieurs autorités nationales de concurrence appelle une réflexion et des réponses de dimension européenne, voire internationale. Sur le plan interne, nous renouvelons notre diagnostic : l'unification et un certain degré de centralisation des recours exercés contre les actes de l'ensemble des autorités de concurrence offriraient un cadre propice à une réflexion et à un traitement d'ensemble de ces problématiques. Le tout pourrait permettre le développement, ici encore, d'une « doctrine judiciaire » et d'une jurisprudence claire et établie indispensables à la lisibilité de cet arsenal et à la sécurité juridique des acteurs économiques concernés. Notons enfin que l'actualité législative[7] ainsi que des propositions de réforme – concernant notamment

[1] CEDH, 20 mai 2001 *Franz Fischer c/ Autriche,* n° 37950/97, spéc. § 29.
[2] V. à ce sujet L. IDOT, « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », *in Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc,* Dalloz, 2007, p. 457 ; A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Les interactions entre le droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit de la concurrence déloyale », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe,* Bruylant, 2021, p. 25. Pour une approche plus générale dans laquelle s'inscrit parfaitement le droit de la concurrence v. M. DELMAS-MARTY, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.,* 1986, p. 27 et A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire,* LGDJ, 2003, spéc. p. 136 et s. et p. 507 et s.
[3] L. IDOT, article précité, n° 5. L'observation vaut d'ailleurs tant à l'échelle nationale qu'européenne où « le cumul de poursuites et de sanctions […] est courant » (R. AMARO, thèse précitée, n° 537).
[4] CJCE, 7 janvier 2004 *Aalborg Portland et al. c/ Commission,* aff. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-123/00 P, C-2017/00 P et C-219/00 P, § 338 et CJUE, 14 février 2012 *Toshiba Corporation,* aff. C-17/10, § 94.
[5] Par-delà l'identité de personnes qui peut soulever des difficultés en cas de concentration, de restructuration et/ou de disparition d'une personne morale ; l'identité de faits interroge lorsque des mêmes faits sont susceptibles de tomber sous le coup de plusieurs incriminations assorties de sanctions (v. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, article précité. Par ex., le fait pour une entreprise d'imposer à un contractant un prix de revente pourrait tout à la fois être constitutif d'une entente, d'un abus de position dominante, voire de l'instauration d'un déséquilibre contractuel tel que prohibé par l'art. L. 442-1 C. com.). La recherche des intérêts protégés conduit, elle, à des appréciations délicates des législations en cause et pourrait notamment reposer sur une dissociation critiquée en doctrine entre intérêt communautaire et intérêt des États membres (v. à ce sujet R. AMARO, thèse précitée, n° 545 et s.).
[6] V. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, article précité.
[7] Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 précité (« loi DDADUE ») les pratiques restrictives sanctionnées par une amende civile sont susceptibles de faire l'objet d'une injonction, le cas échéant

l'instauration de dommages et intérêts punitifs – sont de nature à accroître encore les difficultés et le besoin que ces questions fassent l'objet d'un traitement global et unifié.

Là ne s'arrêtent pas les apports qui résulteraient de l'unification, voire de l'organisation d'un certain degré de centralisation des différents recours à l'étude.

B. Un cadre propice à l'harmonisation procédurale et à la spécialisation

654. La centralisation suggérée au stade du recours est de nature à favoriser l'émergence et à permettre l'instauration d'un droit procédural unifié que l'on pourrait entreprendre d'adapter aux spécificités du contentieux envisagé (1). De plus, elle offrirait un cadre propice à la nécessaire spécialisation des juges amenés à se prononcer sur les recours concernés (2).

1. L'harmonisation procédurale au stade du recours

655. Unification procédurale et centralisation du contentieux. La centralisation du contentieux, si elle ne constitue pas une condition *sine qua non* au développement d'un droit procédural unifié mis en œuvre par toute juridiction saisie sur recours de l'acte d'une autorité[1], le favorise et le facilite grandement[2]. Bien que la mise en œuvre d'un arsenal normatif commun et la soumission de toutes juridictions à des principes fondamentaux issus des droits constitutionnel et européen tendent à amoindrir les disparités entre les procédures mises en œuvre par les différentes juridictions[3], elles ne suffisent pas à extraire totalement chaque juge des habitudes, voire de la culture qui sont les siennes[4]. Aussi, plus le degré de centralisation du

assortie d'une astreinte prononcée et liquidée par les services du ministère de l'Économie (art. L. 470-1, III C. com.). À cette astreinte – dont le contentieux relève de la compétence des juridictions administratives – peut s'ajouter l'amende civile prononcée par le juge judiciaire (v. *supra*, n° 250 et s.). Cet éclatement risque d'entraîner de nombreuses difficultés d'articulation de ces différentes sanctions. L'organisation d'un recours unifié offrirait un cadre propice à leur résolution.

[1] V. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 1007 et s.et H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, précité, p. 140 et les références citées par ces deux auteurs. Malgré l'éclatement du contentieux, sont relevés un rapprochement, voire une « convergence procédurale » ou encore une « similitude » entre la procédure mise en œuvre par les juridictions administratives et la Cour d'appel de Paris dans le traitement des recours exercés contre les actes des autorités de régulation économique.

[2] Preuve que les deux formes d'unification présentées en prolégomènes sont liées et se renforcent l'une et l'autre.

[3] Pour une démonstration spécifique au « procès de régulation » v. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 998-1006.

[4] La démonstration en a été faite à plusieurs reprises, principalement dans le Titre II de la Partie I. V. à ce sujet la remarque d'un auteur qui, commentant la censure par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de la décision par laquelle la Cour de Paris avait admis la recevabilité d'une preuve obtenue de manière déloyale en invoquant le caractère répressif du droit des pratiques anticoncurrentielles et la difficulté d'établir les faits en la matière, relève que l'arrêt « consacre ainsi l'idée d'un droit commun des contentieux dont connaît la Cour de cassation » (P. THÉRY, « Contentieux de la concurrence et procédure civile », *RTD civ.,* 2011, p. 383). Il nous semble qu'est sous-jacente à cette observation l'idée que ce droit commun s'opposerait ou se distinguerait en certains points de celui appliqué, sous le contrôle du Conseil d'État, par les juridictions administratives.

contentieux envisagé sera élevé, plus le développement et l'instauration d'un droit processuel unifié applicable à l'ensemble des recours seront facilités.

656. Harmonisation procédurale et autonomisation du contentieux : vers un droit processuel de la concurrence ? Cette harmonisation procédurale est souhaitable à plusieurs égards. En premier lieu, elle permettrait de remettre l'ensemble des acteurs économiques intéressés par les actes et procédures en cause sur un pied d'égalité au stade du recours. Qu'ils soient sujets de l'acte adopté par une autorité de concurrence ou tiers intéressés, tous ne se voient pas attribuer les mêmes chances de faire entendre leurs arguments en « premier ressort » – que l'on songe, par exemple, à la victime d'une pratique illicite qui a donné lieu à l'ouverture d'une procédure dérogatoire couverte par le sceau de la confidentialité devant les autorités administratives répressives. La diversité qui marque le premier degré d'application du droit de la concurrence ne justifie aucune atteinte aux droits et intérêts des opérateurs concernés au stade du recours et du contrôle juridictionnels.

En second lieu, il est établi que le droit de la concurrence poursuit des considérations d'intérêt général auxquelles le cadre procédural du recours doit invariablement réserver une place de choix, quelles qu'aient été les modalités d'adoption de l'acte de premier ressort.

Enfin – mais il s'agit là davantage d'un élément qui découle des deux premiers que d'une observation autonome – la doctrine relève que « la difficulté dans laquelle est le droit processuel économique vient de ce fait qu'il est illusoire de vouloir le fondre dans un procès répertorié, tel que le procès civil, pénal ou administratif »[1]. La remarque est transposable au contentieux de la concurrence qui s'inscrit parfaitement dans ce droit processuel économique dont certains relèvent l'émergence. Elle rejoint le constat du caractère inadapté du droit procédural général, qu'il soit administratif ou judiciaire, aux spécificités de ce contentieux concurrentiel. Le besoin de concevoir un droit procédural adapté et donc nécessairement, pour partie au moins, autonome, est réel. Or sur ce plan encore, l'unification offre un cadre propice.

2. La nécessaire spécialisation des juges de recours

657. La spécialisation du juge : prérequis nécessaire à l'équilibre de la réorganisation proposée. Les objectifs poursuivis par notre entreprise de réorganisation commandent un haut degré de spécialisation des juges qui auront à connaître des recours envisagés ; nous reviendrons plus en détail sur ce point au chapitre suivant.

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », précité, p. 96.

À ce stade, les objectifs fixés de généraliser le contrôle approfondi et de confier au juge de recours, en *sus* de sa fonction de régulation jurisprudentielle, une fonction pédagogique à destination des autorités compétentes au « premier degré » suffisent à fonder ce prérequis et à s'assurer de son caractère nécessaire. Or la centralisation d'un contentieux, son unification par la réserve de compétence accordée à un petit nombre de juges, voire à une unique juridiction pour en connaître, sont des moyens efficaces pour y parvenir[1]. Sans en faire des économistes[2], elles conduiraient les juges qui y siègent à connaître quotidiennement des questions techniques que soulève l'application de l'ensemble des champs du droit de la concurrence et à manier les outils et méthodes particulières qui sont nécessaires à leur traitement.

Ainsi le contrôle approfondi des actes des autorités nationales de concurrence doit-il être exercé dans le cadre d'un recours unifié : ces deux objectifs devront guider la réorganisation suggérée.

658. Formulation de la proposition : la création d'une juridiction de recours unique. Au regard de ces éléments, notre choix sera celui d'organiser un haut degré d'unification, au stade du recours, du contentieux de la concurrence par la création d'une juridiction unique.

Cette voie offre le cadre le plus propice au développement des fonctions d'harmonisation, de pédagogie et d'articulation ordonnée de la diversité que doivent poursuivre les recours et le contrôle juridictionnels dont sont susceptibles de faire l'objet les actes à l'étude, ainsi qu'à l'instauration d'un droit procédural unifié et adapté à leur traitement. Cette centralisation assure par ailleurs la spécialisation des juges qui en auront la charge, ce qui constitue une condition *sine qua non* à la poursuite du premier objectif fixé : celui de la généralisation, sauf exceptions, d'un contrôle juridictionnel approfondi.

Avant de nous intéresser, plus en détail, à la composition et aux modalités procédurales gouvernant l'activité de cette juridiction de recours dont suggérons la création, il nous reste à assurer que les juges appelés à y siéger seront en mesure d'exercer leur office sans perturber de manière excessive le processus de régulation dans lequel s'inscrit leur intervention. L'appréhension de cette nécessité sera déjà l'occasion de poser quelques principes de procédure applicables à toute instance de recours engagée devant cette juridiction unique : la *Cour de la concurrence*.

---

[1] M. PLISSONNIER, thèse précitée, n° 16 et Y.-M. SERINET, « Procès complexes », *in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice,* précité, p. 1090.

[2] Nous empruntons l'expression à L. RICHER, « Le juge économiste », *AJDA,* 2000, p. 703, qui explique que « se dépasser ne signifie pas pour le juge se transformer en économiste. De même que juger l'administration n'est pas administrer ou juger les commerçants, faire du commerce, juger les comportements économiques n'est pas faire de l'économie ». Nous reviendrons sur tous ces éléments au titre suivant.

Section 2 : Nécessité d'inscrire l'intervention du juge dans le processus de régulation

659. Inaptitude supposée du juge et généralisation d'un contrôle approfondi. L'incapacité du juge à inscrire son intervention dans le temps et dans les formes de la régulation économique est un argument majeur des défenseurs de l'organisation d'un contrôle juridictionnel déférent en la matière. Elle serait même l'une des raisons ayant motivé l'émergence d'autorités nouvelles dans la seconde moitié du XXe siècle – les autorités de régulation – souvent constituées sous la forme d'autorités administratives indépendantes.

L'objectif de généraliser l'exercice d'un contrôle juridictionnel approfondi des actes des autorités nationales de concurrence ne peut donc être poursuivi sans que ne soient posées des garanties tendant à assurer que l'intervention du juge s'inscrive dans ce processus de régulation et *a minima* qu'elle n'y porte pas d'atteinte excessive ni ne nuise de manière déraisonnable à son efficacité[1]. L'enjeu est loin d'être théorique : il est fréquent que doctrine et praticiens opposent frontalement efficacité de la régulation économique d'une part et contrôle et garanties juridictionnels d'autre part[2]. Si la radicalité de l'opposition présentée est parfois de nature à surprendre, elle témoigne de la difficulté de parvenir à une conciliation pourtant nécessaire. Afin que notre proposition de réorganisation ne soit pas classée au titre de celles qui menacent la survie de la régulation économique en programmant son échec, il nous faut poser les conditions d'une conciliation pacifiée entre l'exercice d'une régulation concurrentielle efficace et sa soumission à un contrôle juridictionnel par principe approfondi. Les objectifs qui suivent sonnent ainsi comme de véritables nécessités : il en va de la viabilité de la refonte proposée.

660. Remèdes. Pour y répondre, la piste la plus prometteuse semble être d'inscrire l'intervention du juge dans le processus de régulation : si le cadre traditionnel d'intervention

[1] Ce sont principalement l'Autorité de la concurrence et les services du ministère de l'Économie qui ont dépositaires d'une mission de régulation. Nous défendons toutefois l'idée que l'ensemble des autorités nationales en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence concourent à une mission commune de protection d'une saine et libre concurrence sur les marchés. Si les actes de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF sont les principaux concernés par les propos qui suivent, ceux des autorités relevant du pôle juridictionnel le sont également en ce qu'ils présentent un lieu étroit avec les premiers dont ils constituent bien souvent le complément.

[2] V. les propos de G. CANIVET, « Régulateurs et juges : conclusions générales », *LPA,* 2003, n° 17, p. 50 (également publié *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques ; légitimité et efficacité,* précité, p. 188), qui explique sans détour que « la création d'autorités de régulation spécifiques investies de pouvoir d'injonction et de sanction était inspirée de la volonté d'accroître l'efficacité de ces organismes en réduisant à l'essentiel les garanties de procédure accordées devant elles aux opérateurs économiques. Dans le rapport efficacité/garantie, le choix du législateur a été de contourner les juridictions supposées inefficaces ou inadaptées à la fonction spécifique de régulation ». Et plus loin « ce parti pris […] s'est exprimé par deux aphorismes complémentaires : une régulation efficace impose une réduction des garanties ; l'introduction de garanties par la jurisprudence réduit l'efficacité de la régulation ».

du juge colle mal avec les spécificités de la régulation concurrentielle, il faut adapter le premier aux dernières afin que leur rencontre n'entraîne pas de trop profondes perturbations. En des termes plus précis, cela invite à adapter tant le cadre procédural de l'intervention juridictionnelle – soit l'instance de recours (§ I) – que les conséquences possibles de l'exercice d'un tel recours – ce qui renvoie aux pouvoirs du juge qui en est saisi (§ II) – aux spécificités de l'activité de régulation concurrentielle à l'occasion de laquelle l'acte litigieux a été adopté. Faute de pouvoir prétendre à l'exhaustivité, nous nous focaliserons sur les pistes d'amélioration les plus prometteuses sur ces deux plans.

§ I – L'adaptation de l'instance de recours

661. Acteurs, matière et durée de l'instance. L'intervention du juge ne peut convenablement s'inscrire dans le processus de régulation qu'à condition que l'instance qui naît de l'exercice du recours soit adaptée aux impératifs et aux spécificités dudit processus. L'observation vaut tant pour les éléments appelés à composer cette instance que pour le rythme qu'elle suivra.

Concernant la composition du lien juridique qui naît de l'exercice des recours envisagés, il convient que le prétoire du juge soit d'un accès aisé afin que l'ensemble des protagonistes intéressés par la/les décisions et procédures litigieuses et ceux qui disposent d'éléments de nature à éclairer le juge se voient offrir la possibilité d'y prendre part (A). Cette possible multiplication des acteurs, mêlée à la diversité des intérêts – publics et privés – en cause, ne se sont pas sans risque. Elles commandent d'offrir au juge les moyens nécessaires à l'organisation d'un subtil équilibre entre, d'une part, le besoin de réunir les éléments permettant d'appréhender une affaire dans sa globalité, en tous ses aspects, afin d'y apporter une solution éclairée et conforme aux objectifs de la matière et, d'autre part, celui de rendre effective la protection particulière dont font l'objet certains intérêts des opérateurs concernés (B). Le tout doit se faire au « rythme des affaires » et de la régulation économique. Ceci implique encore de confier au juge les outils de maîtrise et de gestion du temps de son intervention et donc, essentiellement, du rythme de l'instance (C).

A. L'élargissement contrôlé de l'accès au recours

662. Variété des acteurs. Afin d'éviter que le processus de régulation soit trop perturbé par l'intervention du juge, il convient que le débat auquel donne lieu l'exercice du recours dont il est saisi s'inscrive dans la continuité de celui ayant eu lieu devant l'autorité de « premier degré » et permette de le poursuivre, de le compléter, voire de l'améliorer. Cela implique d'abord que les parties en cause dans la procédure de « première instance » soient recevables à agir au stade

du recours (1). Mais l'acte et/ou les faits litigieux peuvent également avoir produit des effets à l'égard d'opérateurs qui n'ont pas participé à la première procédure. La protection de leurs intérêts légitimes et l'enrichissement qui peut résulter de leur intervention justifient que le prétoire du juge de recours ne soit pas totalement fermé à ces tiers intéressés (2). Enfin, dans bien des hypothèses, des considérations d'intérêt général ont été au cœur de l'acte adopté en « premier ressort ». L'exercice du recours ne doit pas conduire à les éluder. Il importe donc d'organiser une représentation effective de l'intérêt général devant la juridiction de recours (3).

1. Les parties en cause : un accès privilégié au prétoire du juge de recours

663. La notion de partie en cause devant l'Autorité de la concurrence : rappels. Lors de l'étude du recours exercé contre les actes adoptés par l'Autorité de la concurrence en répression de pratiques anticoncurrentielles, nous nous sommes intéressé à la qualité de « partie en cause » à la procédure conduite par cette dernière. Il a été vu que cette qualité assurait un accès privilégié au prétoire de la Cour d'appel de Paris aux justiciables qui en relèvent[1].

Ces parties à la première procédure – qu'elle soit juridictionnelle ou administrative – sont les initiateurs naturels, « les lièvres »[2], de la procédure de recours. C'est d'ailleurs la solution retenue par le droit commun de l'appel[3]. Si cette qualité ne suffit en principe pas à rendre l'exercice du recours recevable[4], il a été observé que l'appréciation de l'intérêt à agir des opérateurs en relevant est assouplie. Il y aurait une forme de présomption d'intérêt à agir et, par voie de conséquence, de recevabilité du recours exercé par toute partie en cause à la phase administrative de la procédure[5]. Précisons pour être complet que malgré des doutes qui ont pu naître de l'emprunt de procédures dérogatoires à la suite d'un dépôt de plainte devant l'Autorité de la concurrence, la qualité de partie en cause semble systématiquement reconnue à toute personne « dont la réclamation a été déclarée irrecevable ou rejetée »[6] ainsi qu'à celle « qui, à la suite d'une notification de griefs, a fait l'objet d'une injonction ou d'une sanction

[1] V. *supra*, n° 281 et s. et art. L. 464-8 C. com.
[2] T. FOSSIER, M. SALTIEL, « Parties et tiers en droit répressif de la concurrence : leur statut devant la Cour d'appel de Paris », *Concurrences,* n° 1-2011, art. n° 33854.
[3] V. art. 546 CPC et art. R. 811-1 CJA.
[4] Les parties en cause doivent encore, « conformément aux conditions applicables à l'action en justice » (v. spéc. art. 31 CPC) « justifier d'un intérêt à agir » (CA Paris, 24 septembre 2015 *Sté Cégédim*, n° 2014/17586).
[5] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 414-418.
[6] Ce qui inclut donc le plaignant dont la plainte a été rejetée au motif que des engagements avaient été acceptés par l'Autorité pour remédier à la situation litigieuse ; solution confirmée par la Cour de Paris, v. par ex. CA Paris, 16 octobre 2007 *Bijourama*, n° 2006/17900 ; CA Paris, 6 novembre 2007 *Canal 9 et GIE Les Indépendants,* n° 2006/18379 confirmé sur ce point par Com., 4 novembre 2008 *Canal 9 et GIE Les Indépendants,* n° 07-21275. V. à ce sujet A. ROUYÈRE, « La place des tiers dans la répression administrative », *RSC,* n° 2019/2, p. 301.

pécuniaire »[1]. L'auteur de la plainte semble donc, quelle que soit la procédure mise en œuvre par l'autorité compétente, se voir systématiquement reconnaître cette qualité qui lui ouvre l'accès au prétoire du juge de recours.

664. Généralisation de l'accès privilégié au profit des parties en cause à tout type de procédure de « premier degré ». La poursuite, devant la juridiction de recours, des débats qui se sont déroulés devant l'autorité compétente en « premier ressort » implique que les protagonistes principaux y conservent leur rang. Il est par conséquent opportun que ces derniers puissent systématiquement jouir d'un accès favorisé au prétoire du juge du recours ; que ce soit pour initier ce recours et contester l'acte rendu en « premier ressort » ou présenter leurs arguments en vue du maintien d'une première décision qui leur est favorable et que d'autres ont pris l'initiative de contester.

La solution est déjà de droit positif pour le recours exercé contre une décision adoptée par l'Autorité de la concurrence en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Elle l'est également, en application du droit commun, chaque fois que l'acte adopté en première instance est un jugement ; qu'il ait été rendu par une juridiction judiciaire ou administrative. Il convient dès lors de la généraliser et de poser pour principe que tout opérateur engagé dans la procédure de « premier degré » dispose à ce titre d'une qualité le rendant recevable à initier, être attrait, ou intervenir à la procédure de recours, sauf à démontrer qu'il est dépourvu d'intérêt pour ce faire. Ainsi généralisée, la solution vaudrait quelle qu'ait été la voie empruntée par les autorités de « premier ressort » pour traiter la requête dont elles ont été saisies[2].

En outre, en cas de pluralité de recours exercés contre différents actes adoptés dans le cadre d'une même affaire, les parties en cause dans chacune des procédures concernées bénéficieront de cette qualité à agir ou à intervenir à l'instance[3]. C'est alors sur le terrain de l'intérêt que le juge devra déterminer les éléments de l'affaire à propos desquels chacune des parties est recevable à agir et donc à conclure[4]. La réunion de tous ces protagonistes autour du juge de

[1] V. CA Paris, 11 mars 2003 *Chronopost SA et La Poste,* n° 2002/13735.

[2] Ainsi, l'opérateur qui a saisi l'Autorité de la concurrence d'une plainte ayant donné lieu à un rejet puis à la saisine des services du ministère de l'Économie sur fondement des art. L. 462-8, al. 3 et L. 464-9 C. com. pourrait-il justifier de cette qualité pour saisir la juridiction de recours de contestations quant aux modalités de rejet de sa plainte et/ou au traitement de l'affaire par les services du ministère.

[3] Ainsi, si une même pratique a donné lieu à une procédure répressive devant l'Autorité de la concurrence et à une action en réparation devant les juridictions judiciaires ou administratives et que les actes adoptés au terme de chacune de ces procédures font tous l'objet d'un recours, les « parties en cause » devant ces deux autorités disposeront de la qualité pour agir ou intervenir à l'instance de recours.

[4] Il est donc exclu que le plaignant (la société A) initiateur d'une procédure répressive soit recevable à conclure, au stade du recours, sur les aspects indemnitaires du dossier s'il n'a pas été partie à la procédure engagée sur ce plan en premier ressort. Si la première instance et le recours ont pour objet, dans leur aspect indemnitaire, la réparation, par le responsable de faits illicites (la société B), du préjudice qui en aurait résulté pour un autre

recours permet l'organisation d'un débat contradictoire qui pourrait se trouver enrichi et complété au regard de ceux ayant eu lieu devant les différentes autorités compétentes en « premier ressort ». L'intervention de certains tiers pourrait produire un effet similaire.

2. Les tiers intéressés : un accès encadré au prétoire du juge de recours

665. La qualité d'intervenant sur le marché affecté, clef d'accès au prétoire du juge de recours. Est ici envisagée la situation d'opérateurs qui souhaitent contester l'acte d'une autorité de concurrence de « premier ressort » sans avoir été partie à la procédure préalable à son adoption[1]. À leur égard, il convient d'organiser un système d'accès au prétoire qui assure un juste équilibre entre deux objectifs délicats à concilier : la célérité et l'efficacité.

L'objectif de célérité commande un accès restreint au prétoire du juge et l'exclusion de tout tiers à la première procédure. L'entrée de ces derniers dans l'instance de recours comporte en effet le risque que soient produits de nouveaux éléments, invoqués de nouveaux faits et formulées de nouvelles prétentions qui éloigneraient le juge des données dont avait été saisie l'autorité compétente en « premier ressort ». Le tout retarderait le traitement du recours.

À l'inverse, l'efficacité de l'intervention juridictionnelle – dont la possibilité de déclenchement par des « tiers intéressés » paraît opportune, notamment lorsqu'est en cause une décision d'engagements[2] – pourrait tenir à ce qu'elle permette une appréhension plus complète de l'affaire à plusieurs égards. En premier lieu, il en irait ainsi si l'instance de recours offrait l'occasion d'appréhender dans un même cadre une affaire dont le traitement a pu être fractionné en « premier ressort » ; c'est ce que permet l'ouverture du prétoire à l'ensemble des parties en cause aux différentes procédures de « premier degré ». En second lieu, il en irait de même si l'instance permettait l'intervention de tiers dont les intérêts ont été, ou sont susceptibles d'être

opérateur (la société C), le plaignant (la société A) n'a aucun intérêt à entrer dans le débat : sa situation juridique ne se trouve en rien menacée par la solution à venir sur ce plan.

[1] V. à ce sujet les réflexions proposées par A. ROUYÈRE, article précité.

[2] Nous rejoignons des auteurs qui plaident pour que, à l'instar de ce qui se passe devant les juridictions européennes (v. CJUE, 29 juin 2010 *Commission c/ Alrosa*, aff. C-441/07 P ; CJUE, 9 décembre 2020 *Canal+,* aff. C-132/19), les tiers intéressés (dont certains ont pu avoir été invités à formuler des observations devant l'Autorité de la concurrence à l'occasion d'un test de marché) se voient reconnaître, à condition de justifier d'un intérêt, la faculté d'engager un recours juridictionnel contre les décisions d'engagements adoptées par l'Autorité. Cette faculté leur permettrait, nonobstant l'abstention des entreprises ayant pris les engagements, souvent peu enclines à engager le recours, de faire valoir devant le juge des arguments, contestations et/ou préoccupations que l'Autorité a refusé de prendre en compte. De plus et surtout, elle permettrait de limiter le mouvement de recul du contrôle juridictionnel dont nous avons relevé les dangers. V. L. DONNEDIEU de VABRES-TRANIÉ, M. DE WALSCHE, « Le droit au recours des tiers intéressés à l'encontre des décisions d'engagements de l'Autorité française de la concurrence », *in Mélanges L. Idot,* 2022, vol. 1, p. 59. V. aussi sur le sujet D. BOSCO, « À propos de l'effet relatif des décisions d'engagements », *CCC*, n° 2, février 2021, comm. 29 ; C. PRIETO, « Le principe de proportionnalité, défense du contractant tiers à une décision d'acceptation d'engagement », *RDC,* 2021, p. 106.

affectés par les actes adoptés au « premier degré » ou d'autres qui seraient en possession d'éléments ou d'analyses utiles à la résolution du litige.

Les concernant, il convient de fixer un critère au regard duquel la recevabilité de leur action ou intervention au stade du recours doit être appréciée. L'étude du droit positif nous a conduit à constater que si la Cour d'appel de Paris a tendance à restreindre l'accès à son prétoire à tout opérateur n'ayant pas été en cause dans la procédure administrative, le Conseil d'État, en matière de contrôle des concentrations, offre à certains un accès plus large. Nous avons alors émis l'hypothèse que ce serait *l'exercice d'une activité économique sur le marché concerné* par l'opération litigieuse qui octroierait une qualité à agir ou à intervenir au stade du recours, sous réserve toutefois d'apporter la preuve d'un intérêt à le faire[1].

Ce critère présente l'intérêt d'être en lien direct avec l'objet des différents actes envisagés : le maintien d'une concurrence libre et équitable sur les marchés. Mêlé à l'intérêt à agir dont devra justifier le prétendant au recours, il assure que tant la protection des intérêts légitimes de ces tiers intéressés que les objectifs de la régulation concurrentielle gagnent à une telle intervention. Elle est en effet de nature à enrichir, voire à compléter le dossier et les débats.

Le juge devra toutefois veiller à faire échec aux tentatives d'instrumentalisation dont pourrait faire l'objet cette ouverture : le débat doit demeurer celui de la légalité de l'acte objet du recours au regard, notamment, des objectifs qu'il poursuit. Elle ne doit pas constituer, pour les opérateurs, une manière de contourner les procédures de premier degré ouvertes en vue d'obtenir la résolution d'un différend concurrentiel ou réparation du préjudice qui a pu en résulter[2]. C'est à ces seules conditions que l'intervention de ces tiers constituera un apport.

666. L'accès restreint des autres tiers au prétoire du juge de recours. D'autres tiers que les opérateurs agissant sur le marché en cause pourraient, malgré leur maintien à l'écart de la première procédure, invoquer un intérêt au maintien ou à la remise en cause d'un acte adopté par une autorité de concurrence. Que l'on songe notamment aux personnes physiques

[1] V. *supra*, n° 376.

[2] Comp. la mise en garde d'auteurs qui, étudiant le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, expliquent que par la faculté d'intervention offerte à certains opérateurs, « il ne s'agit pas de substituer l'Autorité de la concurrence et sa juridiction de contrôle aux voies judiciaires qui sont ouvertes à toute entreprise faisant grief de pratiques déloyales à l'un de ses concurrents. Les plaignants disposent de droits devant la cour d'appel dans la seule mesure où leurs prétentions permettront de résoudre une préoccupation de concurrence » après avoir relevé que « la cour d'appel redoute peut-être que la participation large d'entreprises, de groupements ou d'institutions devant les juridictions de contrôle conduise à négliger, voire à contourner volontairement, les procédures de droit commun d'indemnisation des victimes de pratiques illicites et de règlement des différends entre concurrents, ainsi que certaines exigences probatoires et formalistes » (T. FOSSIER, M. SALTIEL, article précité).

dirigeantes ou investisseurs au sein des sociétés en cause et aux consommateurs, que ces derniers prétendent agir individuellement ou par la voie d'une association représentative.

Le bien-être de ces justiciables n'est évidemment pas étranger aux objectifs que poursuit le droit de la concurrence. Toutefois, il serait inopportun et risqué de leur offrir un large accès au prétoire du juge au stade du recours pour au moins deux raisons. D'abord car ce serait ouvrir la porte du recours à un nombre trop important de tiers : l'exercice d'un recours par une personne extérieure à la première procédure est dérogatoire, il convient de maintenir son caractère spécial et de limiter tout risque d'abus. Ensuite car les revendications de ces tiers sont le plus souvent indemnitaires[1] et doivent à ce titre être portées devant les autorités de premier ressort compétentes. C'est ici encore l'instrumentalisation de la faculté d'intervention qu'il faut empêcher : son exercice ne doit pas être le moyen d'échapper aux formes et modalités de traitement de ce type d'action telles qu'elles résultent du droit commun. La juridiction de recours ne doit devenir ni juge de première instance, ni « ersatz » de l'action de groupe[2].

Pour limiter ces risques et maintenir les équilibres recherchés entre efficacité et célérité d'une part et entre protection des droits individuels et protection de la concurrence d'autre part, il convient de limiter la faculté d'intervention de ces tiers – à condition qu'ils y aient intérêt – à l'intervention volontaire accessoire[3] ou à leur mise en cause requise par le juge.

3. La représentation de l'intérêt général devant le juge de recours

667. De la nécessité de préserver une place de choix aux considérations d'intérêt général. Bien que des intérêts particuliers soient le plus souvent en jeu, le droit de la concurrence poursuit aussi – et peut-être avant tout – un objectif d'intérêt général ou *a minima* d'une fraction de celui-ci[4]. Or la crainte existe que le cadre du débat judiciaire – surtout lorsqu'il se déroule devant les juridictions civiles ou commerciales – soit peu approprié à la défense de cet intérêt général et emporte le risque de sa privatisation. En somme, réserver le débat aux opérateurs privés et le laisser se tenir devant un juge lié par le principe dispositif créerait le risque que le droit de la concurrence ne soit appliqué qu'en considération d'intérêts individuels[5].

---

[1] Pour une association de consommateurs qui prétend intervenir à titre accessoire pour finalement formuler une demande indemnitaire v. CA Paris, 29 avril 2009 *Sté Philips France*, n° 2008/11907.
[2] Pour reprendre la formule de T. FOSSIER et M. SALTIEL, article précité.
[3] Qui, pour rappel, n'habilite l'intervenant à développer des arguments qu'en soutien de la demande formulée par une partie principale. De la sorte, l'intervention permet au tiers de défendre ses intérêts communs à ceux de la partie à laquelle il se joint tout en respectant l'objet du litige initial. Les éléments qu'il apporte pourraient être utiles pour le juge sans toutefois le contraindre à se prononcer sur de nouvelles prétentions.
[4] V. les développements consacrés à la question *supra*, n° 27 et s. ainsi que les références proposées.
[5] Sur cette question v. *supra*, n° 288 – 289.

Il a été vu que pour pallier ce risque le législateur a, dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, opté pour l'instauration d'un « imbroglio » et pour une défense morcelée de l'intérêt général à laquelle participe l'Autorité de la concurrence grâce à « l'incomplète » qualité de partie qui lui a été reconnue, sous impulsion européenne, par le droit spécial[1]. Dans les champs où le recours relève de la compétence des juridictions administratives, c'est le droit commun qui assure que l'auteur de l'acte litigieux soit partie à l'instance dont il fait l'objet.

La refonte du système de recours proposée doit être l'occasion de repenser les modalités de représentation de l'intérêt général afin de trouver une solution lisible et applicable à tout recours, quels que soient la nature et l'auteur de l'acte qui en est l'objet. Ici encore, la diversité au « premier degré » ne justifie aucune variation dans les modalités d'exercice d'un nécessaire contrôle juridictionnel. Plusieurs pistes d'amélioration seront envisagées : celle de l'octroi d'une « personnalité contentieuse fonctionnelle » à l'autorité administrative auteur d'un acte qui fait l'objet d'un recours d'abord (a), celle d'un renforcement des prérogatives et obligations du juge de recours ensuite (b) puis celle de l'installation d'un représentant indépendant de l'intérêt général près la juridiction de recours enfin (c).

a. L'octroi d'une personnalité contentieuse à l'auteur de l'acte administratif contesté

668. Difficultés posées par la reconnaissance de la qualité de partie au recours. En droit interne, le statut procédural de l'Administration dans l'instance qui naît du recours exercé contre l'un de ses actes interroge : alors que la doctrine classique a longtemps présenté le recours pour excès de pouvoir comme un « procès fait un acte »[2] au sein duquel il n'y aurait véritablement qu'une seule partie[3] – le requérant[4] – elle semble aujourd'hui s'accommoder de la reconnaissance d'un véritable statut de partie à l'auteur de l'acte[5].

---

[1] V. T. PERROUD, « La Cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », précité et nos développements *supra*, n° 288 – 289 relatifs, notamment, aux conséquences tirées par le législateur national des exigences de la décision rendue par la CJUE le 7 décembre 2010 dans « l'affaire *VEBIC* ».

[2] Selon la formule de E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, t. II, 2e éd., 1896, p. 561.

[3] Élément parfois présenté comme un « dogme » au sein de la doctrine spécialisée (P. WEIL, *Préface, in* B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1959, p. I). Il n'est pas inintéressant de constater que la doctrine privatiste s'est emparée de cette présentation pour enseigner par exemple que « dans un contentieux à fondement objectif où le recours au juge tend à assurer le respect de la légalité, la personnalité des parties en cause tend à s'estomper, voire même à disparaître en certaines circonstances » (H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. III *Procédure de première instance*, 1991, p. 12).

[4] Auquel la qualité de partie n'est d'ailleurs pas toujours tout à fait reconnue : des auteurs l'assimilent ainsi à un « procureur du droit » (R. CHAPUS, *Droit administratif général,* précité, n° 999) ou à « un ministère public poursuivant la répression d'une contravention » (M. HAURIOU, note sous CE, 8 décembre 1899 *Ville d'Avignon, S.*, 1900, III p. 86).

[5] La thèse de B. Kornprobst fait figure de précurseur sur la reconnaissance de ce que le recours pour excès de pouvoir est « un procès entre parties » (p. 19), bien que le Doyen Vedel commençât déjà à l'enseigner (G. VEDEL, *Cours de droit administratif à la Faculté de Paris*, 1953-1954, cité par B. KORNPROBST, thèse précitée, p. 119).

Une forme de gêne a semble-t-il resurgi lorsque l'autorité en question s'est vu doter de prérogatives en principe octroyées à un juge[1]. Il est devenu mal aisé de justifier la capacité offerte à une telle autorité administrative d'aller « défendre son acte » alors qu'une théorie générale des voies de recours reposerait sans aucun doute sur le postulat que la juridiction de première instance auteur d'un jugement frappé d'appel ne peut en aucun cas être partie à la seconde instance[2]. L'on ne peut être juge *et* partie et pas davantage juge *puis* partie[3]. La gêne – parfois aggravée par l'absence de personnalité juridique propre reconnue, notamment, à l'Autorité de la concurrence – a envahi le prétoire du juge judiciaire[4] mais également celui de son homologue administratif[5].

Si l'intervention législative consécutive à la décision « VEBIC » de la CJUE avait pour ambition d'apporter une solution, les magistrats de la Cour de Paris ne semblent pas encore tout à fait à l'aise avec la reconnaissance du statut de partie à l'autorité auteur de l'acte[6]. Nous rejoignons le constat fait par d'autres : « le statut contentieux de l'autorité de régulation ne semble pouvoir être défini à l'aune de la notion de partie »[7]. Il serait alors judicieux de s'en départir, ce que semblent permettre les exigences européennes.

669. L'octroi aux autorités administratives d'une « personnalité contentieuse fonctionnelle ». L'analyse de l'arrêt « VEBIC » et des conclusions auxquelles il a donné lieu conduit au constat que c'est moins le « statut » que la faculté pour l'auteur de l'acte de

[1] À savoir le règlement des différends et le pouvoir de sanction. V. à ce sujet M.-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, précité, p. 269 et P. QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, p. 1060.

[2] V. toutefois S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER *Procédure civile,* précité, qui relèvent que « l'opportunité d'entendre le juge qui a rendu la décision devant la juridiction sur recours a parfois amené à suggérer de lui reconnaître la qualité d'*amicus curiae* » (n° 172).

[3] V. en ce sens F. BUSSY, « Nul ne peut être juge et partie », *D.,* 2004, p. 1745.

[4] Qui, en l'absence de texte contraire, nie tout droit d'agir aux autorités de régulation au stade de l'instance qui naît de l'exercice d'un recours contre leurs actes. V. concernant l'ancienne COB : Com., 15 mars 1994, n° 91-18076 qui vise l'absence de personnalité juridique de la COB et l'absence de texte l'habilitant à agir pour lui opposer son absence de droit d'agir et, par voie de conséquence, l'irrecevabilité de son recours. V. encore, concernant la CRE : CA Paris, 24 février 2004*,* n° 2003/10671 ; l'ARCEP : CA Paris, 6 avril 2004, n° 2003/18407 et l'ancien Conseil de la concurrence : Com., 27 janvier 1998*,* n° 96-11080.

[5] Des commentateurs d'un arrêt, alors membres du Conseil d'État, ont ainsi relevé, concernant le CSA, que les autorités de régulation agissent en certaines de leurs fonctions « comme un juge » et qu'il n'est par conséquent pas souhaitable qu'elles se voient « reconnaître la qualité et les prérogatives d'une partie » (D. BOTTEGHI, A. LALLET, « Le Conseil d'État, « régleur » de différends », *AJDA,* 2020, p. 1924).

[6] En témoigne le maintien, dans les visas de ses arrêts, de la mention « en présence de » pour désigner l'Autorité de la concurrence à laquelle n'est donc pas, formellement du moins, pleinement reconnu le statut de partie défenderesse. V. encore CA Paris, 6 mai 2021, n° 20/07505. La Cour continue en outre bien souvent à qualifier les conclusions présentées par l'Autorité « d'observations ».

[7] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 121.

poursuivre l'accomplissement de sa mission sur le terrain judiciaire qui importe[1]. Si l'octroi de ce statut est trop perturbateur, il convient de s'en départir pour assurer l'essentiel : permettre aux autorités administratives de concurrence de poursuivre l'accomplissement de leur mission devant la juridiction de recours. Dans le respect du contradictoire et du droit au recours dont bénéficient les justiciables, ces autorités doivent disposer des moyens de poursuivre leur office de défense du fonctionnement concurrentiel du marché et, *in fine*, de protection de l'ordre public dans sa dimension économique ou, à tout le moins, concurrentielle.

Cela implique finalement assez peu : la dimension pédagogique de l'intervention de l'auteur de l'acte est source d'interrogations et n'a plus lieu d'être dans le cadre du système refondu que nous proposons[2]. Il ne s'agit donc plus que d'assurer la défense de son acte via la contestation des griefs qui lui sont opposés par le requérant sans invoquer d'éléments nouveaux ni formuler de prétentions nouvelles. Une exception doit toutefois être prévue : si surviennent, en cours de procédure, des éléments susceptibles d'avoir un impact sur la légalité de l'acte ou le bienfondé des moyens invoqués par les requérants, l'autorité doit être mise en mesure de faire valoir son analyse et ses arguments à leur sujet. Ce n'est que dans ce cadre que ses prérogatives procédurales pourraient la conduire à enrichir la matière litigieuse[3].

Alors, l'octroi à toute autorité administrative de concurrence d'une faculté de présenter des observations auxquelles le juge est tenu de répondre[4] puis, à certaines conditions sur lesquelles

---

[1] V. P. MENGOZZI, concl. sur CJUE, 7 décembre 2010 *VEBIC,* précité, spéc. § 76 et l'analyse de M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 125, qui explique que « c'est avant tout la nécessité de conférer certaines prérogatives à l'autorité à l'instance qui a justifié le recours à la notion de partie défenderesse, et non l'inverse ».

[2] Dimension dont certains relèvent le besoin en droit positif : v. par ex. E. CLAUDEL, « La qualité de partie à l'instance officiellement reconnue à l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris », *RTD com.,* 2013, p. 736, qui mentionne une forme de « soutien au juge » ; O. ANCELIN, I. FOSSATI-KOTZ, « L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence », *JCP E,* 2011, étude 1458. Notre proposition d'instaurer une juridiction de recours unique et spécialisée lui fait perdre son objet. Nous reviendrons sur ces éléments au titre suivant.

[3] C'est dans de telles circonstances que la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 13 janvier 2011 *Cemex Bétons Sud-Est*, n° 2010/04297) a reconnu à l'Autorité la faculté de « conclure », de produire des notes en délibéré, voire une demande de réouverture des débats. En l'espèce, étaient intervenus en cours d'instance des arrêts de la Cour EDH relatifs aux procédures d'enquêtes en matière de pratiques anticoncurrentielles, lesquelles étaient au cœur du litige pendant devant les juges parisiens. La solution est intéressante en ce qu'elle permet à l'Autorité de faire valoir sa lecture de circonstances nouvelles dont le juge tiendra nécessairement compte lors de l'appréciation de la légalité de l'acte objet du recours. Cette faculté doit être maintenue au profit de toute autorité administrative de concurrence dont l'acte fait objet d'un recours, il en va de la poursuite effective de sa mission au stade du contrôle juridictionnel.

[4] Ce dont ne s'estime, en droit positif, pas toujours tenu le juge judiciaire (v. Com., 22 février 2005 *Sinerg c/ EDF*, n° 04-12618). Des arrêts plus récents rendus dans des secteurs régulés témoignent cependant d'une volonté d'appréhender ces observations comme étant « parties intégrantes du débat contentieux » (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précité, n° 177) et comme permettant la formulation de véritables arguments en réponse aux prétentions des autres parties et donc, *in fine*, en défense de l'acte litigieux (par ex. CA Paris, 17 décembre 2015 *Sté SNCF Réseau C/ VFLI SAS*, n° 2014/17695, à propos d'observations formulées par l'ancienne ARAF). La contrepartie évidente de cela est que les autres parties doivent pouvoir répliquer à ces observations.
C'est, de nouveau, davantage l'outil que la sémantique qui importe : les observations doivent permettre à l'autorité de présenter de véritables arguments – de fond et de forme – tendant à « défendre » la légalité de son acte et dont le juge doit tenir compte. Cela les rapprocherait du régime des conclusions et mémoires que les parties peuvent

nous reviendrons, de former un pourvoi en cassation dans le cadre de toute instance de recours dont sont l'objet ses actes suffit à assurer cet essentiel[1]. Cette faculté doit être prévue en des termes généraux dans les dispositions encadrant l'accès au prétoire de la Cour de la concurrence sans qu'il soit besoin de s'engouffrer dans les difficultés théoriques et pratiques auxquelles donne lieu la reconnaissance à demi-mot de la qualité de partie auxdites autorités[2]. Il s'agit en somme de leur octroyer une « personnalité contentieuse fonctionnelle »[3]. Dans l'appréciation qu'il fait de l'exercice de cette qualité, le juge de recours devra être guidé par cette seule interrogation : la protection de l'ordre public concurrentiel gagne-t-elle à cette intervention de l'auteur de l'acte administratif litigieux ?

Cette piste nous semble constituer une avancée nécessaire et favorable à la cohérence du contentieux étudié. Elle ne peut toutefois suffire à assurer une pleine défense de l'intérêt général devant la juridiction de recours : d'abord car les autorités auteurs d'actes objet de recours ne portent pas une voix désintéressée, et impartiale – ce que requiert pourtant une efficace défense de l'intérêt général[4] – ensuite car elles n'ont en charge la défense que d'une fraction de l'intérêt général et de l'ordre public : leur dimension économique à laquelle ne peut être cantonnée l'appréciation de la légalité d'un acte. D'autres éléments doivent par conséquent compléter le panel des améliorations suggérées.

---

produire mais dispenserait de revenir sur les difficultés liées à la reconnaissance de ce statut. Par ailleurs, une limite doit être posée : les éléments nouveaux que l'autorité peut invoquer « ne peuvent être de nature à modifier ou aggraver les données [qu'elle] a retenues dans le cadre de sa décision » (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 177 et Com., 31 janvier 2012 *France Télécom et Orange Caraïbe, ,* n° 10-25722, qui juge que les observations de l'Autorité de la concurrence ne peuvent comporter « un élément nouveau de nature à aggraver la culpabilité ou la condamnation des parties en cause »). Elle ne doit lui permettre de défendre son acte que tel qu'il a été adopté, le cas échéant en tenant compte d'éléments nouveaux survenus depuis son adoption.

[1] Et permet dans le même temps de mettre fin à l'étrange double statut dont pouvaient se prévaloir certaines autorités et dont nous avons déjà relevé le caractère inopportun. V. à propos de la faculté de formuler des observations offerte au ministre de l'Économie et à l'Autorité de la concurrence les art. R. 464-18, R. 464-19 et R. 464-21 C. com. et nos développements *supra*, spéc. n° 292.

[2] V. à ce sujet l'analyse du Professeur Bosco qui parle d'une reconnaissance de la qualité de partie au sens d'une « *lex specialis* » propre au contentieux de la concurrence et non du droit commun de la procédure civile (D. BOSCO, « Mise en conformité du Code de commerce avec la jurisprudence *Vebic*, une réforme en trompe-l'œil ? », *CCC*, n° 11, novembre 2012, comm. 260).

[3] Qu'un auteur décrit comme « une capacité d'ester en justice qui s'étend à l'ensemble du contentieux relatif aux missions dont l'autorité a la charge, à la fonction et aux compétences qu'elle exerce selon les textes qui la régissent ». En résulte « une limite rationae materiae : la capacité d'ester en justice de l'AAI […] est tenue, pour ainsi dire, par un principe de spécialité contentieuse » (C. CHAUVET, « La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes », *RDP*, 2007, n° 2, p. 37).

[4] De surcroît dans notre champ où il peut exister une divergence dans l'appréciation de l'intérêt général que font différentes autorités étatiques : les autorités gouvernementales d'une part et l'autorité indépendante d'autre part. V. à ce sujet C. CHAUVET, article précité et M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes,* précité, p. 307.

b. Le renforcement des pouvoirs et obligations du juge de recours

670. Piste prometteuse, mise en œuvre délicate. Un autre levier pour éviter que le juge reste captif des éléments invoqués par les parties privées pourrait consister à lui octroyer de plus larges pouvoirs, voire à le soumettre à de nouvelles obligations. L'évolution peut jouer sur deux tableaux : celui des faits et celui du droit, les deux étant, en pratique, souvent liés[1]. Nous reviendrons sur les pouvoirs dont il est opportun de doter la juridiction de recours quant aux éléments factuels ; focalisons-nous à ce stade sur ses pouvoirs et obligations à l'égard des seuls éléments juridiques.

Garantir une pleine prise en compte des considérations d'intérêt général au stade du recours peut passer par la soumission du juge à une obligation de relever d'office des moyens de droit omis par les parties[2]. Serait ainsi assurée la résolution de l'ensemble des recours au moyen du droit qui leur est applicable nonobstant la passivité – subie ou stratégique – des parties, ce dont pourrait résulter une pleine défense de l'intérêt général[3].

Cette piste, vivement débattue bien au-delà des frontières de notre recherche, est séduisante[4]. Elle peine toutefois à pleinement satisfaire. D'abord, elle implique une réflexion plus large que

---

[1] Il a été vu que le droit de la concurrence est marqué par une importante porosité entre le fait et le droit. Le renforcement des pouvoirs du juge quant aux éléments de fait le conduirait donc bien souvent à renforcer son office quant au droit, notamment par l'opération de qualification. À l'inverse, le renforcement de ses pouvoirs ou obligations à l'égard du droit pourrait le conduire à se fonder sur des faits non spécifiquement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, par exemple en allant rechercher des éléments au sein d'un contrat litigieux ou de correspondances entre concurrents pour établir des pratiques illicites non relevées par le demandeur.

[2] Ce qui n'est, en droit positif et « sauf règle particulière », qu'une simple faculté pour le juge judiciaire (v. le très discuté arrêt Ass. plén., 21 décembre 2007 *Dauvin,* n° 06-11343, sur lequel v. not. *JCP G,* 2008, 138, obs. S. AMRANI-MEKKI et O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens », *D.*, 2008, p. 1102) et une obligation pour le juge administratif à l'égard des seuls « moyens d'ordre public » (v. par ex., concernant l'incompétence de l'auteur d'un acte, CE, 15 février 1961 *Sieur Alfred Joseph,* n° 45572).
Rappelons que la jurisprudence européenne semble faire obligation aux juridictions nationales d'appliquer d'office les dispositions européennes prohibant et sanctionnant la commission de pratiques anticoncurrentielles (CJCE, 13 juillet 2006 *Manfredi*, n° C-295/04 à C-298/04*,* spéc. § 31 ; mais v. *contra* : CJCE, 14 décembre 1995 *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93, spéc. § 22).

[3] Des contrariétés pourraient toutefois survenir entre cet intérêt général « classique », pris en toutes ses composantes et l'intérêt général pris en sa seule dimension économique ou concurrentielle.

[4] La question a été largement étudiée, tant en des termes généraux (v. par ex.: R. MARTIN, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.*, 1990, p. 67 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur. Écrits en hommage à Jean Foyer,* PUF, 1997, p. 463 ; J. NORMAND, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD civ.,* 1996, p. 689 ; G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G*, 2008, doctr. 156 et O. DESHAYES, article précité ; A. CIAUDO, « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2009, n° 240, p. 3) que dans des champs spécifiques (v. encore, parmi une abondante littérature : M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », *in Mélanges J. Héron,* 2009, p. 23 ; X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G,* 2001, doctr. 312 ; G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : la Cour de cassation abandonne enfin la jurisprudence Grine », *LPA*, 2009, n° 70, p. 6) et même dans le contentieux de la concurrence (v. par ex. R. AMARO, thèse précitée, n° 641-645 et n° 810-850 : si l'auteur consacre son étude principalement aux contentieux contractuel et indemnitaire – donc juridictionnel – des incises sont faites dans d'autres champs du contentieux de la concurrence et nombre de ses propositions sont envisageables à plus grande échelle).

celle que nous consacrons à l'instance et au juge de recours. Celui-ci intervient par hypothèse après qu'une première autorité a adopté un acte. La question de l'obligation faite à l'autorité compétente de relever d'office la règle de droit applicable devrait donc se poser dès ce stade du « premier degré » ; de surcroît lorsque cette autorité est, elle aussi, une juridiction au sens du droit interne. Ensuite, elle ne saurait être applicable en toutes hypothèses. Tant des considérations juridiques[1] que de coût et de charge de travail pour la juridiction de recours[2] imposent que l'obligation qui lui serait faite soit limitée par des critères qu'il n'est pas aisé de fixer avec précision et exhaustivité.

En reprenant la proposition faite par un auteur en matière de contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, cette dérogation au principe de l'absence d'obligation générale pour le juge de relever d'office les moyens de droit applicables pourrait être circonscrite aux seules relations économiquement déséquilibrées[3] et en présence d'éléments conduisant le juge au constat d'une « présomption sérieuse d'illicéité »[4]. Cette solution présenterait un intérêt tant pour les victimes de pratiques illicites qui se trouvent dans une situation de déséquilibre défavorable à l'égard de leurs auteurs que pour la protection du marché et de l'ordre public concurrentiel. Reste qu'elle aussi implique une réflexion plus large que celle entreprise : s'il était mis à la charge des autorités de concurrence de « premier degré » une obligation de relever d'office les moyens de droit applicables, l'office du juge de recours consisterait avant tout à veiller à ce qu'elles s'y conforment. Il lui appartiendrait alors notamment de développer une jurisprudence stable et lisible quant aux conditions dans lesquelles la faculté offerte aux autorités de « premier degré » deviendrait obligation[5] Ça n'est qu'en cas d'exercice de son

[1] Notamment au regard du principe d'égalité qui pourrait se trouver méconnu si un avantage injustifié résultait pour une partie du relevé d'office d'un moyen de droit par le juge. Sur cette question, pour des développements spécifiques au contentieux de la concurrence v. R. AMARO, thèse précitée, n° 837.
Par ailleurs, afin d'assurer le respect du principe dispositif et de l'interdiction faite au juge de statuer *extra petita*, le relevé d'office de moyens non invoqués pourrait être subordonné au consentement de la partie au bénéfice de laquelle il est mis en œuvre (c'est le système mis en place en droit consumériste, v. CJCE, 9 juin 2009 *Pannon*, précité). En toutes hypothèses et pour assurer la conformité du processus au principe du contradictoire, il est impératif que le juge soumette à la discussion des parties le moyen relevé d'office (v. art. 16, al. 3 CPC).
[2] V. J. NORMAND, article précité, qui pointe également le risque de multiplication des pourvois reprochant au juge d'avoir manqué à son obligation si elle était formulée en des termes généraux. V. *contra* R. AMARO, thèse précitée, n° 827 et 828 et P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.,* 2003, p. 2839, qui relève que l'argument d'une surcharge de travail du juge « ne convainc pas vraiment ».
[3] M. Amaro propose ainsi de distinguer deux hypothèses : celle d'un consommateur confronté à un professionnel d'une part et celle d'un professionnel confronté à un autre professionnel à l'égard duquel il se trouve dans une situation de dépendance susceptible d'abus d'autre part. Dans cette seconde hypothèse, l'auteur propose de soumettre l'obligation faite au juge à une seconde condition, celle qu'existent des « soupçons sur l'existence d'abus » (R. AMARO, thèse précitée, n° 831-838).
[4] R. AMARO, thèse précitée, n° 839-843.
[5] Notamment quant aux notions de « présomption sérieuse d'illicéité » et de « situation de dépendance susceptible d'abus » suggérées par M. Amaro (thèse précitée).

pouvoir de réformation ou quant aux moyens de procédure propres à l'instance de recours qu'il trouverait son office directement perturbé par cette obligation nouvelle.

Ici encore, l'évolution constituerait un progrès. Sa nécessaire circonscription commande toutefois d'envisager d'autres solutions.

c. L'installation d'un représentant indépendant de l'intérêt général

671. La création du rapporteur public près la Cour de la concurrence. Les pistes qui viennent d'être suggérées sont prometteuses mais insuffisantes pour assurer que la voix de l'intérêt général soit pleinement portée à l'instance : la charge qui pèse sur le juge ne peut être indéfiniment alourdie et les autorités administratives de concurrence ne portent pas une voix qui soit à la fois indépendante et impartiale. Il importe qu'intervienne au recours un protagoniste ayant pour unique fonction de suggérer la solution du litige qui lui semble la mieux en phase avec l'intérêt général. Cet acteur, pour produire un avis éclairé, devra disposer de moyens et connaissances techniques conséquents tant sur les plans juridique et technique.

L'observation des institutions internes conduit à envisager une alternative à deux branches quant au modèle à suivre pour fixer le statut de ce protagoniste. La première, issue des institutions de l'ordre judiciaire[1], est celle du ministère public au sein duquel il faudrait spécialiser un pôle compétent pour intervenir dans les instances de recours envisagées. La seconde, issue de l'ordre administratif, est celle du rapporteur public dont il faudrait, de même, organiser la spécialisation. Si le cadre de notre recherche ne permet pas de développer ces éléments de manière exhaustive, il convient d'avancer quelques caractéristiques que devrait présenter cet acteur de la procédure de recours dont nous proposons l'installation.

Puisque la voix du Gouvernement et du pôle indépendant sont déjà portées à l'instance par des moyens que nous avons présentés[2], il est opportun que ce représentant de l'intérêt général soit pleinement impartial et indépendant, ce qui tend à accorder une faveur à la figure du rapporteur public. Membre de la juridiction qu'il éclaire de ses conclusions, celui-ci ne reçoit d'instruction d'aucune autorité[3]. Son appartenance à la juridiction de recours spécialisée assurerait en outre

[1] Un représentant du ministère public est présent au sein d'autres juridictions – la Cour des comptes en premier lieu – mais c'est dans l'étude des juridictions judiciaires qu'il est le plus commun d'appréhender son rôle.
[2] V. les développements consacrés à la question dans les Chapitres 1 et 2 du Titre II de la Partie I.
[3] À l'inverse du ministère public qui, s'il ne peut en principe plus recevoir d'instructions ministérielles dans le cadre d'affaires spécifiques, peut être destinataire d'instructions générales adressées aux procureurs généraux (v. art. 34 à 38 CPP). Le Professeur Perroud rapporte d'ailleurs les propos d'un avocat général qui explique avoir reçu de telles instructions dans un contentieux relatif à la régulation de l'énergie (T. PERROUD, « La Cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », précité).

sa propre spécialisation. Il lui reviendrait, en toute indépendance et lorsque c'est nécessaire[1], d'éclairer la juridiction aux stades de l'instruction de l'affaire, des débats et de l'audience ; le tout dans le respect des principes du contradictoire[2] et d'impartialité[3].

L'intervention de ce rapporteur public près la Cour de la concurrence assurerait que les enjeux d'intérêt général soient portés, par une voie indépendante, impartiale et « désintéressée »[4], à la connaissance du juge ; écartant ainsi tout risque de « privatisation » ou de représentation morcelée, désordonnée et difficilement lisible de cet intérêt général. Elle est par ailleurs de nature à favoriser une meilleure orientation des débats[5].

Une fois identifiés les protagonistes de l'instance de recours devant la Cour de la concurrence, reste à présenter les modalités par lesquelles doit être établie la matière qui la compose.

B. L'établissement orienté d'une matière litigieuse enrichie

672. Enrichissement des débats. Il a été vu que, dans nombre d'hypothèses, l'organisation d'un recours juridictionnel contre les actes des autorités de concurrence est impérative. Or l'intervention du juge apparaît comme une « césure » dans le processus de régulation. Il faut dès lors l'encadrer pour empêcher qu'elle n'en emporte rupture.

Plus encore, il convient d'en concevoir des modalités propres à la rendre utile afin qu'elle n'apparaisse pas comme simple facteur de perturbation de l'activité des autorités de concurrence. Son intervention ne doit pas simplement permettre de refaire le travail fait par d'autres, elle doit aussi être l'occasion de le poursuivre et de le compléter : il faut l'organiser de manière que le débat qui s'est tenu devant l'autorité dont l'acte est attaqué « se prolonge et se perfectionne devant l'ordre juridictionnel compétent ». C'est à cette condition que la « césure » constituera un apport et sera « atténuée par la continuité du débat contradictoire » au

[1] En contentieux administratif, le rapporteur public peut, en certaines matières et à sa demande, être dispensé par le président de la juridiction saisie de donner lecture de ses conclusions à l'audience (art. L. 732-1 et R. 732-1-1 CJA qui dresse la liste des situations concernées). Nous reviendrons sur ces questions au titre suivant.

[2] Ce qui implique, en contentieux administratif, que le sens de ses conclusions soit communiqué aux parties avant l'audience. Ce qui n'était qu'une « bonne pratique » est impératif depuis 2006, (art. R 711-3 CJA). Les parties doivent en outre avoir la possibilité de répliquer à ces conclusions (notamment par la voie de notes en délibéré – sur lesquelles v. art. R. 731-3 CJA et CE, 12 juillet 2002 *Leniau,* n° 236125 – et par des réponses orales formulées à l'audience, v. art. R. 733-1 CJA concernant la procédure devant le Conseil d'État). V. sur ces questions P. IDOUX, « Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français », *AJDA*, 2009, p. 637.

[3] Ce qui exclut sa participation au délibéré, v. CEDH, 7 juin 2001 *Kress c/ France,* n° 39594/98. En droit interne, le rapporteur public du Conseil d'État continue, par principe, à assister « passivement » au délibéré sans y avoir de voix. Les parties peuvent s'y opposer mais semblent rarement le faire en pratique (art. R. 733-3 CJA).

[4] En ce sens qu'à l'inverse de l'auteur de l'acte, ce rapporteur public n'a encore porté aucun regard sur la situation litigieuse et n'est susceptible d'être animé par aucune volonté de justifier ou de défendre « sa » décision.

[5] En prenant connaissance de la position du rapporteur public, les parties sont en mesure d'identifier les principales difficultés que contient le dossier et peuvent orienter leur argumentaire en conséquence (v. B. CHEMIN, « Le statut de l'oralité », *AJDA,* 2011, p. 604).

stade du recours[1]. L'intervention du juge serait ainsi modérément perturbatrice et rendue utile par l'enrichissement et le perfectionnement des débats qu'elle permet[2].

Reste que l'enrichissement immaîtrisé de la matière débattue présente le risque de conduire à une inopportune mutation du litige. Pour l'empêcher, le juge doit être muni d'outils d'encadrement et d'orientation dont le maniement devra lui permettre d'assurer que l'enrichissement des débats ne conduise pas à une telle mutation et à ce qu'il soit utile à une meilleure appréhension des faits et à une résolution éclairée du litige initial.

Aussi, après avoir présenté les modalités par lesquelles il convient de permettre l'établissement, sous son contrôle, d'une matière litigieuse enrichie devant la Cour de la concurrence (1) ; il nous faudra nous consacrer à l'étude des outils qui lui permettront de veiller à ce que cet enrichissement soit utile, autrement dit que les débats restent orientés vers le cœur du litige (2).

1. L'enrichissement de la matière litigieuse

673. Il nous faudra envisager les modalités (a), les limites (b) puis les risques (c) relatifs à l'enrichissement de la matière litigieuse devant la Cour devant la concurrence.

a. Modalités

674. Rôle prépondérant des parties et autres acteurs engagés dans le lien l'instance. Par-delà les débats que suscite la *summa divisio* procédure accusatoire/procédure inquisitoire[3] une constante demeure : le principe du contradictoire[4] « est l'âme du procès »[5], de tout procès. Il doit dès lors être observé tant par les parties que par le juge, quels que soient l'objet du litige et le rôle attribué à chacun.

Sur le plan de l'établissement de la matière qui compose l'instance de recours devant la Cour de la concurrence, le débat entre les différents protagonistes, publics et privés, qui y sont

[1] Expressions empruntées à P. IDOUX, « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP,* n° 713, novembre 2013, étude 15. Cette « césure » s'observe essentiellement lorsque c'est l'acte d'une autorité administrative qui fait l'objet du recours ; elle est moins perturbatrice lorsque c'est un jugement qui en fait l'objet.
[2] La situation des actes de *soft law* est à cet égard spécifique : de tels actes sont parfois adoptés en dehors de tout litige, de manière générale et abstraite à l'instar d'un acte normatif. Le recours dont ils peuvent faire l'objet doit alors être envisagé avant tout comme un strict recours en contestation de légalité et les développements à suivre ne le concernent qu'à la marge. Ils reviendront au cœur du propos au stade de l'étude des pouvoirs du juge.
[3] Dont la pertinence même est débattue, v. C. AMBROISE-CASTÉROT, *v° Procédure accusatoire/Procédure inquisitoire, in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004.
[4] Ou « de la contradiction » ; nous rejoignons le constat fait par un auteur de la futilité des débats sémantiques à ce sujet, en tout cas de leur absence d'apport quelconque dans le cadre de notre étude (G. WIEDERKEHR, « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », *in* D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER, C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits,* Bruylant, 2003, p. 159).
[5] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, précité, n° 299.

engagés – à l'exclusion du juge[1] – doit demeurer la source première. C'est de leurs échanges de pièces et arguments, produits et communiqués dans les formes et délais requis[2], que doit provenir l'essentiel de la matière soumise au juge. Cette dimension accusatoire de la procédure passe nécessairement par la fixation d'obligations procédurales à la charge des parties[3].

De manière tout à fait classique en droit processuel[4], doit d'abord peser sur elles la charge d'alléguer et d'établir la preuve des faits nécessaires au succès de leurs prétentions : qu'elles aspirent à l'annulation, au maintien ou à la réformation de l'acte qui fait l'objet du recours.

Ensuite, il convient d'étendre cette charge aux éléments de droit en généralisant une exigence déjà largement répandue[5] : celle de la production, à peine d'irrecevabilité, d'écritures qualificatives et récapitulatives comportant les éléments de droit au soutien de leurs demandes et prétentions. Ces éléments incitent en outre à organiser une obligation générale de représentation par avocat devant la Cour de la concurrence[6].

La poursuite des objectifs d'efficacité et de célérité justifie cette rigueur imposée aux parties qui décident d'exercer leur droit au recours. Elle est par ailleurs propice au développement d'une véritable coopération entre leurs représentants professionnels et le juge ; lequel a également un rôle important à jouer.

675. Rôle actif du juge : principe. Les aspects accusatoires de la procédure n'empêchent pas d'octroyer au juge un rôle actif, notamment sur le plan de l'établissement de la matière de l'instance. La procédure suivie devant la Cour de la concurrence doit s'inscrire dans le mouvement de coopération entre le juge et les parties dont une partie de la doctrine observe

[1] La délimitation et la classification des protagonistes engagés dans le lien d'instance n'est pas un exercice aisé. En toute hypothèse, si le juge y est intégré, un élément le distingue des autres protagonistes ici envisagés : il ne soutient ni ne défend aucune prétention. Il est le tiers impartial auquel il appartient de trancher entre les différents arguments, moyens et prétentions produits par les protagonistes engagés – que ce soit en qualité de « partie » ou de « participant ». V. sur tout cela Y. STRICKLER, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 169-172.

[2] Nous reviendrons sur ces éléments *infra.*

[3] Il conviendrait, pour être complet, de se référer systématiquement aux « parties » ainsi qu'aux autorités auxquelles nous proposons que soit reconnue une « personnalité fonctionnelle contentieuse » (v. *supra*). Pour ne pas trop alourdir le propos, nous nous contenterons de nous référer « aux parties », l'expression intégrant, dans les développements à venir, ces deux catégories d'acteurs de l'instance.

[4] Mises à part les spécificités de la procédure pénale.

[5] V. à ce sujet *supra*, n° 298 et s. ainsi que n° 457 et s. Cette observation vaut d'autant plus à l'égard des procédures sur recours ou de celles qui ont pour objet essentiel la légalité d'un acte (ce qui est parfois qualifié de « contentieux de la légalité »).

[6] Laquelle doit intégrer les modalités spécifiques que connaît la représentation en justice des autorités publiques et de l'État ; v. notamment art. R. 431-7 et s. CJA et art. R. 461-1 C. com. pour la représentation de l'Autorité de la concurrence par son président.

et/ou appelle le développement[1]. Il convient pour ce faire de lui octroyer les moyens de mener une instruction efficace[2].

Sur le terrain du droit, nous avons déjà suggéré de reconnaître à la Cour une faculté générale de relever d'office les moyens non invoqués par les parties et de lui en faire obligation en certaines circonstances et à certaines conditions[3]. Inutile d'y revenir davantage.

Sur le terrain des faits, elle ne peut se comporter en observateur passif. En principe dotée d'un pouvoir de réformer l'acte adopté par d'autres – nous y reviendrons – la Cour doit disposer des moyens d'accéder aux faits pertinents et actualisés et d'avoir une vision fidèle et exhaustive des circonstances qui ont entouré l'adoption de l'acte litigieux. Si ses compétences techniques et la présence à l'instance d'acteurs en charge de la défense de l'intérêt général la préservent du risque de se voir enfermer dans un carcan établi par les parties privées, elles ne lui assurent pas l'accès à l'intégralité des éléments nécessaires à la bonne appréhension du dossier et du contexte dans lequel s'inscrit l'acte débattu. Or « la procédure juridictionnelle ne sera pleinement efficace que si le juge parvient à appréhender de façon complète et détaillée l'ensemble des éléments du litige, voire à les dépasser aux fins d'une appréhension globale du processus de régulation, pour se situer dans sa continuité »[4]. La Cour doit par conséquent disposer d'outils lui permettant de mener à bien la mission particulière qui lui est confiée[5].

676. Rôle actif du juge : outils. En premier lieu, la Cour de la concurrence doit pouvoir tenir compte de faits adventices qui, sans avoir été spécialement invoqués, ont été versés au débat, autrement dit au dossier de la procédure[6]. Ainsi, si les parties ont produit des correspondances

---

[1] V. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* précité, n° 512 et s. V. aussi, qui relève une « coopération entre les parties et le juge au stade de l'élaboration du jugement », F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil,* précité, n° 281.

[2] Un auteur s'intéressant au développement d'un « droit processuel économique » insiste même sur le besoin que soit reconnu au juge un « pouvoir inquisitoire » en la matière (M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », article précité).

[3] V. *supra*, n° 670.

[4] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 740.

[5] Parmi les outils envisagés, aucun ne présente d'originalité particulière. Ils sont issus du contentieux administratif et de la procédure civile et certains méritent d'être réhabilités alors qu'ils sont délaissés par la pratique. C'est davantage de leur combinaison que provient l'originalité.
Nous insisterons sur certains qui nous semblent présenter un intérêt particulier. Ils sont toutefois envisagés comme étant complémentaires des pouvoirs traditionnels du juge de procéder (par des vérifications personnelles, la comparution des parties ou les déclarations de tiers et témoignages) ou d'ordonner qu'il soit procédé à des mesures d'instruction (par la désignation d'un technicien auquel peut être confiée la mission de procéder à des constatations, consultations ou à une expertise). V. notamment art. 143 à 284-1 CPC.

[6] Ce que le Code de procédure civile permet en des termes généraux, v. art. 7, al. 2 CPC. Un auteur a d'ailleurs parlé de « faits tirés du dossier », v. G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », *in Mélanges J. Normand,* 2003, p. 43. Il peut s'agir de faits tirés de pièces directement produites par les parties, voire de faits tirés d'un acte que les parties mentionnent sans le produire (v. Civ. 2ème, 19 mai 2005, n° 03-15608 pour une lettre dont les parties font mention sans toutefois la produire à l'instance).

ou documents contractuels sans les avoir spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions, le juge doit pouvoir en tenir compte[1], demander des explications à leur sujet, voire ordonner des mesures d'instruction afin d'être éclairé sur les faits dont il y est fait état[2]. S'il entend tenir compte de tels faits, il doit au préalable les soumettre au débat. En outre, s'il sait que l'une des parties – y compris une autorité administrative[3] – détient des éléments nécessaires à la résolution du litige, il doit être en mesure d'enjoindre leur production et leur communication[4].

La Cour doit par ailleurs disposer d'un large pouvoir de s'adresser à des tiers. Soit car il y a intérêt à ce qu'ils se joignent à l'instance – auquel cas elle doit disposer, le cas échéant sur sollicitation, du pouvoir de les mettre en cause[5]. Soit en vue d'obtenir des pièces ou informations nécessaires à la résolution du litige ; que ces éléments soient strictement factuels[6] ou qu'ils comportent une analyse technique lui permettant de parvenir à une meilleure appréhension du cadre régulatoire dans lequel s'inscrit l'acte litigieux[7].

Le droit positif offre un certain nombre d'outils au potentiel important, c'est donc surtout dans leur maniement que l'évolution est à rechercher. « Les pouvoirs d'instruction d'un juge doivent être adaptés à sa mission »[8]. La mission particulière de la Cour de la concurrence justifie qu'elle dispose d'une importante marge de manœuvre quant au choix des mesures[9], sans être limitée

[1] À titre d'illustration, de documents contractuels ou d'échanges entre opérateurs, le juge peut tirer des éléments utiles à l'appréciation de la durée ou de l'ampleur géographique d'une pratique illicite, à la caractérisation d'une faute ou encore à l'évaluation d'un préjudice.

[2] V. sur le sujet C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.,* 2009, p. 744.

[3] En contentieux administratif, le juge dispose du pouvoir d'enjoindre à l'administration « la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant » (CE, sect., 1er mai 1936 *Couespel du Mesnil*) et plus largement « de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction sur les points en litige » (CE, 20 février 2012 *Min. de la Défense et des anciens combattants,* n° 350382).

[4] Ce que permet le droit positif tant en contentieux administratif (CE, sect., 1er octobre 2014 *M. Erden*, n° 349560) qu'en procédure civile (art. 11, al. 2 ainsi que art. 138 et 139 CPC auxquels renvoie l'art. 142 CPC).

[5] Ce que permet le droit positif dans le cadre du recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles (v. art. R. 464-17, al. 8 C. com et nos développements *supra*). En droit commun, la mise en cause doit en principe être sollicitée par les parties (art. 331 CPC et CE, 26 mars 1958 *Synd. intercomm. des eaux de la Lomagne,* n° 32819), le juge ne peut l'ordonner d'office sauf texte spécifique (v. art. 332, al. 2 CPC concernant la matière gracieuse). Il peut toutefois, en procédure civile au moins, « inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige » (art. 332, al. 1). L'exigence d'impartialité invite à restreindre la faculté pour la Cour d'ordonner d'office une mise en cause lorsqu'elle concerne une partie en cause à la procédure de « première instance » car il y alors un élément objectif sur lequel elle peut fonder cette décision. Pour les autres tiers, il faut subordonner cette mise en cause à la demande d'un protagoniste de l'instance : opérateur privé ou autorité auteur de l'acte litigieux notamment.

[6] La Cour pourrait ainsi juger utile de s'adresser à des partenaires ou concurrents des entreprises en cause afin d'obtenir des informations sur des éléments au cœur du litige : délimitation d'un marché, appréciation d'une pratique concertée, établissement de pratiques tarifaires illicites etc. Comp. art. 11, al. 2 CPC.

[7] Sur la sollicitation, par la Cour, de l'avis technique d'un tiers v. *infra* Titre 2, Chap. 1 de la présente Partie.

[8] R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOULLE, « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE,* 1970, p. 69 et s., spéc. p. 90.

[9] Des illustrations de ce besoin de laisser une marge de liberté et de créativité au juge sur ce plan peuvent déjà être relevées. V. CA Paris, 31 octobre 2014 *GDF Suez c/ Sté Direct énergie,* n° 2014/19335. Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence avait requis l'avis de la CRE avant de prononcer des mesures conservatoires à

par une liste exhaustive mais en demeurant tenue à un principe d'utilité[1]. Doivent à cet égard être encouragées la prise d'initiative et la créativité du juge. La spécialisation est, sur ce terrain aussi, propice à des évolutions favorables à l'inscription de l'intervention du juge de recours dans le processus de régulation.

C'est suivant ces modalités que les différents acteurs pourront contribuer à l'établissement de la matière dont sera saisie la Cour. Reste que cette dernière interviendra en toutes hypothèses sur recours, après qu'une première autorité se sera prononcée par l'adoption d'un acte. Dès lors, l'enrichissement de la matière litigieuse, bien que souhaitable à certains égards, ne saurait conduire à lui soumettre un « nouveau litige ».

b. Limites

677. Mutabilité contrôlée du litige. Juridiction de recours, la Cour de la concurrence ne saurait exercer son office en se désintéressant de l'acte dont elle est saisie. Cela la conduirait, entre autres, à nier la compétence et la fonction des autorités – juridictionnelles ou administratives – de « premier degré » et à bouleverser l'équilibre institutionnel voulu par le législateur. Dès lors, la matière de l'instance de recours doit demeurer en grande partie déterminée par celle dont a été saisie, et sur laquelle s'est prononcée l'autorité de « premier ressort »[2].

Reste qu'astreindre le juge à se prononcer au regard des seules circonstances et éléments dont disposait l'auteur de l'acte initial comporte le risque de priver son intervention d'une part substantielle de son intérêt[3]. Par-delà le contrôle du respect des conditions de forme et des garanties dont doit jouir tout justiciable, il est utile que ce juge dispose des moyens de corriger,

---

l'encontre de la société GDF Suez. Afin de permettre à la CRE de formuler des observations générales sur le litige dans le cadre de l'instance de recours engagée par GDF, la Cour se fonde sur l'art. 27 du CPC – qui permet au juge de procéder, même d'office, « à toutes les investigations utiles » et notamment « d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer » – texte qui figure pourtant dans un chapitre du Code consacré à la matière gracieuse. C'est la seule piste trouvée par la Cour pour permettre à la CRE d'apporter son éclairage, celle-ci ne présentant pas la qualité de partie, son intervention a été logiquement rejetée. Il s'agit donc bien d'un « pouvoir créateur » mis en œuvre et qui l'a conduite à choisir « les règles procédures les mieux adaptés » à sa mission (J.-J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence,* précité, n° 789).

[1] En contentieux administratif, le juge refuse d'ordonner une mesure sollicitée s'il la juge inutile, « frustratoire » (CE, sect., 20 juin 1997 *Theux,* n° 139495). Ça n'est ainsi que « lorsqu'il n'est pas en mesure de se prononcer au vu des pièces et éléments qu'il a recueillis et que l'expertise présente […] un caractère utile » qu'il peut en ordonner la tenue (CE, 23 octobre 2013 *garde des Sceaux ministre de la justice c/ Borlet*, n° 360961). En procédure civile, l'idée est proche mais l'on parle davantage d'un « principe d'économie » ou de « subsidiarité » (L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 575) : la mesure ne doit jamais tendre à pallier la carence des parties (art. 146 CPC ; la règle vaut d'ailleurs en contentieux administratif) et le juge doit s'en tenir « à ce qui est le plus simple et le moins onéreux » (art. 147 CPC).

[2] Nous renvoyons sur ce point au principe de liaison du contentieux applicable au contentieux administratif (v. *supra*, n° 309) ainsi qu'aux règles relatives à la délimitation de la matière d'une instance d'appel en droit processuel (v. *supra*, n° 524 et s.).

[3] Sur les dangers d'une « cristallisation prématurée du litige » (en première instance ou sur recours) v. en procédure civile M. PLISSONNIER, *Concentration et procès civil,* thèse Paris Nanterre, 2021, Partie II – Titre II – Chapitre II.

voire de parfaire, lorsque les circonstances le permettent, l'œuvre de ce dernier[1]. Pour ce faire la « prise en compte de l'évolution du litige » et des circonstances qui l'entourent est nécessaire[2]. Le principe d'immutabilité du litige doit laisser place à un principe de mutabilité contrôlée dont le juge doit être garant. Il en va de « l'effet utile du recours » qui doit être tourné « à la fois vers le passé et l'avenir »[3] ; ce qui implique notamment que le juge tienne compte des éléments survenus postérieurement à l'adoption de l'acte litigieux.

678. Illustrations. L'appréciation de la recevabilité des éléments nouveaux produits par les parties doit être confiée au juge qui doit disposer d'une large marge de manœuvre afin d'être en mesure de ne retenir, au cas par cas, que ceux qu'il estime nécessaires à l'efficacité et à l'utilité de son intervention, sans toutefois qu'ils ne le conduisent à outrepasser son office ou à se prononcer sur un « nouveau litige ». Par-delà ces considérations générales et sans prétendre à l'exhaustivité sur ces éléments qui requièrent une approche casuistique, tentons de fournir quelques illustrations.

D'abord, il paraît opportun que le juge admette avec souplesse que les parties produisent des preuves, pièces et moyens nouveaux au soutien de leurs prétentions et qu'elles invoquent des circonstances et évènements postérieurs à l'adoption de l'acte litigieux dès lors qu'ils permettent d'en apprécier la légalité, non seulement au jour de son édiction mais également à celui où il statue. Il s'agirait en somme de généraliser une solution retenue tant par le juge civil que par son homologue administratif de plein contentieux et que le juge de l'excès de pouvoir retient de plus en plus souvent, notamment dans le contentieux de la régulation[4].

Ainsi, dans le contentieux des concentrations, le juge devrait par exemple accepter de tenir compte des effets déjà produits par une opération que l'Autorité de la concurrence avait autorisée sous condition que soient exécutées des mesures correctives, ou encore d'éventuelles évolutions qu'a connues le marché concerné depuis que l'Autorité a statué (autres opérations autorisées, émergence ou développement de nouveaux concurrents etc.). Cela lui permettrait de s'inscrire dans la continuité du processus de régulation et d'apprécier, au regard de circonstances actualisées, la légalité de la décision en cause et, notamment, le caractère

[1] Ce que rend possible le pouvoir de réformation du juge du recours sur lequel v. *infra*.
[2] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, précité, n° 401.
[3] Il s'agit là d'expressions et objectifs qui sont de plus en plus présents en contentieux administratif, tant en doctrine (v. par ex. B. DEFOORT, « Les petits pas de l'office du juge de la légalité en matière de régulation du secteur bancaire », *AJDA*, 2021, p. 1919) que dans la jurisprudence (v. par ex. G. ODINET, concl. sous CE, 28 février 2020 *M. Stassen*, n° 433886, disponibles sur le site du Conseil d'État). Nous y reviendrons plus en détail au stade de l'étude des pouvoirs du juge.
[4] V. B. DEFOORT, article précité, qui s'interroge même sur la « normalisation » de cette solution par le juge de l'excès de pouvoir, notamment en matière de contentieux de la régulation.

proportionné et suffisant des mesures conditionnant l'octroi de l'autorisation qui constituent souvent le cœur du litige[1].

Cette actualisation du débat habiliterait les parties à fonder leur critique ou leur défense de l'acte litigieux sur des éléments postérieurs à son édiction et donc, par hypothèse, non soumis à l'autorité de « premier ressort ». De la sorte, l'instance juridictionnelle revêtirait une « dimension évolutive » faute de laquelle l'intervention du juge risquerait d'emporter une véritable rupture du processus de régulation « en cristallisant une vision obsolète des enjeux du litige »[2]. Admettre que des tiers à la première procédure (opérateurs concurrents, partenaires des entreprises en cause, régulateurs sectoriels…) prennent part au débat pourrait également permettre au juge de disposer d'éléments supplémentaires utiles à une bonne appréhension des faits ainsi qu'au cadre et aux circonstances ayant entouré l'adoption de l'acte débattu.

Cette évolutivité et cet enrichissement des débats ne peuvent toutefois être sans limite. Ils ne doivent en aucune hypothèse conduire le juge à exercer des pouvoirs que l'auteur de l'acte initial n'a pas lui-même mis en œuvre ; soit qu'il en soit dépourvu, soit qu'il n'en ait pas fait usage. Ainsi, saisi du recours contre une sanction pécuniaire prononcée par l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, le juge ne saurait intégrer au débat des éléments relatifs à l'indemnisation du préjudice qu'en aurait subi l'une des parties à l'instance. Ils ne doivent pas non plus conduire le juge à sortir du champ couvert par l'acte dont il est saisi, par exemple en étendant la répression à des opérateurs qui n'étaient pas mis en cause à la première procédure ou en intégrant à la répression des comportements sur lesquels l'autorité de « premier ressort » ne s'est pas prononcée. Nous reviendrons sur ces éléments, de manière plus approfondie, au stade de l'étude des pouvoirs du juge.

Dans le respect de ces limites, la multiplication et l'actualisation des arguments de fait et de droit, des pièces produites et la confrontation de multiples points de vue sur les questions litigieuses seront de nature à mettre à disposition du juge de recours une matière riche et fournie lui offrant une vision plus complète de l'affaire, ce qui favorisera l'émergence d'une conviction éclairée au sein de la formation de jugement[3] et l'adoption d'une décision efficace au regard

[1] Une telle solution semble tout aussi opportune lorsque l'acte objet du recours est, par exemple, une décision par laquelle l'Autorité de la concurrence a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre d'une entreprise dont le comportement fait l'objet d'une procédure répressive.

[2] Comp. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 757, « Pour que l'instance juridictionnelle puisse s'insérer dans la continuité du processus de régulation économique, il est aussi nécessaire que celle-ci conserve une dimension évolutive pour que le contentieux accompagne le processus de régulation davantage qu'il ne le freine ».

[3] L'apport n'est pas propre au contentieux de la concurrence, v. par ex. en contentieux administratif général C. BROYELLE, *Contentieux administratif,* précité, n° 239, qui explique, à propos de l'intervention d'un tiers à

des objectifs de la matière. La présence de dépositaires de tout ou partie de l'intérêt général et les compétences techniques des juges appelés à siéger à la Cour de la concurrence assurent que cette dimension accusatoire de la procédure ne conduira pas à restreindre le débat aux prétentions subjectives et individuelles d'opérateurs privés. Cet enrichissement du cercle et du contenu du débat présente toutefois d'autres risques que la Cour doit être en mesure de prévenir.

c. Encadrement des risques

679. Protection des secrets légitimes. L'élargissement du cercle des acteurs de l'instance de recours comporte divers risques, notamment celui d'entraîner une atteinte à des secrets protégés et en premier lieu au secret d'affaires. Plus il y a de protagonistes, plus le risque est grand qu'une information soit communiquée en violation de la protection dont elle fait l'objet. Si le droit spécial organise, sous le contrôle du juge, la protection du secret d'affaires dans le cadre des procédures conduites par les autorités administratives de concurrence[1] ; la vigueur du principe du contradictoire et l'incertaine émergence d'un droit à la preuve pourraient inciter le juge, au stade du recours, à imposer la production et/ou la communication de toutes pièces au détriment de la protection du secret légitime de certains opérateurs[2].

Des réformes récentes, déjà évoquées, offrent des garanties et solutions[3]. Il convient dès lors d'organiser l'applicabilité de cet arsenal récent devant la Cour de la concurrence[4]. La possibilité doit être offerte, à tout opérateur qui craint qu'une information qu'il estime confidentielle soit produite à l'instance, de saisir la juridiction de recours afin qu'elle se prononce, au moyen d'un contrôle de proportionnalité, avant toute communication à autrui.

680. Loyauté de la preuve et dérogations nécessaires. En outre, les charges probatoires qui pèsent sur les parties soulèvent l'épineuse question de la recevabilité des modes de preuve. Sur ce plan, des divergences existent en droit positif : alors que l'approche adoptée par les juges administratif et pénal voire peut-être, dorénavant, par l'Autorité de la concurrence, peut être

---

l'instance, qu'elle est non seulement « susceptible d'améliorer la qualité des débats » et permet en outre « de sécuriser le jugement ».

[1] V. à ce sujet nos développements *supra*, n° 332 et s. ainsi que n° 475 et s. et nos propositions *infra* (§ II – A de la présente Section : il s'agira alors d'envisager le rôle du juge en qualité de garant du respect de la protection du secret des affaires par les autorités de « premier ressort » ; l'hypothèse présentement à l'étude est celle dans laquelle il assure la protection de ce secret en son propre prétoire, à l'occasion du recours dont il est saisi).

[2] Risque que n'a pas manqué de relever la doctrine. V. par ex. P. IDOUX, article précité. L'auteur relève même le risque que certains concurrents instrumentalisent l'accès élargi au prétoire du juge de recours à cette seule fin.

[3] Qui ne sont pas dénuées de carences et ne résolvent pas toutes les interrogations, v. J.-C. RODA, « Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ? », *D.,* 2018, p. 1318. V. la présentation *supra*, n° 475 et s.

[4] Spéc. les art. L. 153-1 et -2 C. com. ; le premier de ces textes est reproduit *supra*, note sous n° 477.

qualifié de libérale[1] ; le juge judiciaire non répressif est, lui, plus attaché à la loyauté probatoire[2]. Pour gouverner la procédure devant la Cour de la concurrence, il convient de lever ces incertitudes et divergences en posant un principe clair assorti de dérogations encadrées.

Le principe doit être celui de la loyauté de la preuve et du respect de la loi : les preuves produites doivent par principe avoir été obtenues d'une manière conforme au droit et sans atteinte, notamment, au droit à la vie privée pris en toutes ses composantes. À l'instar de ce qui se pratique au sein des juridictions européennes[3], il convient néanmoins d'assortir ce principe de dérogations substantielles : des preuves obtenues de manière déloyale doivent, sous certaines conditions, pouvoir être jugées recevables et prises en compte par la Cour de la concurrence. Sans s'attarder sur les justifications théoriques d'une telle solution[4], il nous faut dire quelques mots de ses conditions de mise en œuvre.

En présence d'intérêts et de droits divergents[5], la technique du contrôle de proportionnalité paraît la mieux à même d'assurer une mise en œuvre cohérente et efficace du principe et de ses dérogations. Sur ce plan aussi, il reviendra alors à la Cour de la concurrence d'apprécier dans

---

[1] En ce qu'elle permet aux parties de fonder leurs prétentions sur des éléments de preuve obtenus de manière déloyale dès lors qu'ils sont soumis au débat contradictoire. V. CE, sect., 16 juillet 2014 *Ganem,* n° 355301 (qui refuse, malgré les préconisations du rapporteur public, de consacrer un principe de loyauté probatoire). Pour le juge pénal v. par ex. Crim., 6 avril 1994, n° 93-82717 (qui juge que la juridiction de fond n'est pas fondée à écarter des éléments de preuve obtenus par les parties privées de manière déloyale dès lors qu'ils ont été soumis au débat contradictoire). V. à ce sujet L. DAILLY, « La loyauté de la preuve : principe commun de droit administratif et de droit pénal ? », *in* P. GONOD, H. ASCENSIO, *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification,* précité, p. 203. La transposition récente de la directive « ECN + » par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 a, semble-t-il, été l'occasion d'inscrire l'Autorité de la concurrence dans ce « libéralisme probatoire ». Le nouvel alinéa second de l'art. L. 463-1 C. com. prévoit que « Les pratiques dont l'Autorité de la concurrence est saisie peuvent être établies par tout mode de preuve » ; ce qui pourrait entraîner une remise en cause de la jurisprudence actuelle (v. Ass. pl., 7 janvier 2011, n° 09-14316 et 09-14667, précité).

[2] La Cour de cassation fait par principe interdiction aux juges du fond de tenir compte d'éléments de preuve obtenus par clandestinité ou stratagème. V. à ce sujet E. VERGÈS G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve,* précité, n° 373 et s. ; C. BOILLOT, « La loyauté en procédure civile », *in* P. GONOD, H. ASCENSIO (dir.), ouvrage précité, 173 et nos développements *supra*, n° 302.

[3] V. CEDH, 12 juillet 1988 *Schenk c/ Suisse,* n°10862/84 et Trib. UE, 8 septembre 2016 *Goldfish BV*, aff. T-54/14, qui juge que des conversations téléphoniques enregistrées de manière clandestine peuvent, sous conditions, être utilisées par la Commission en tant que moyens de preuve d'une infraction à l'art. 101 TFUE.

[4] Elles sont nombreuses et ont déjà été évoquées à plusieurs reprises. En premier lieu, la dimension répressive d'une part substantielle du droit de la concurrence pourrait justifier que l'on s'inspire, sur le terrain probatoire, des solutions du droit pénal. D'autant plus qu'il est communément admis que ces deux droits présentent de nombreux enjeux d'intérêt général qui pourraient justifier une priorité accordée à la recherche de la vérité sur la protection des droits individuels. En second lieu, il n'est pas non plus débattu que le contentieux de la concurrence est marqué par un difficile accès à la preuve qui résulte du caractère occulte de la plupart des pratiques et comportements réprimés. Le tout pourrait justifier des solutions dérogatoires au droit commun du procès civil, lequel semble d'ailleurs également faire l'objet d'évolutions. V. sur tout cela M. MEKKI, « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.,* 2016, p. 2335.

[5] Schématiquement, sont opposés « le droit à la preuve » et les droits fondamentaux de la partie à l'encontre de laquelle sont produites les preuves déloyales (en premier lieu, son droit au respect de la vie privée). V. A. AYNÈS, « Le droit à la preuve sous surveillance de la Cour de cassation », note sous Civ. 1ère, 25 février 2016, n° 15-12403, *JCP G*, 2016, 583.

chaque espèce si l'atteinte au principe de la loyauté de la preuve[1] est justifiée[2], nécessaire[3] et proportionnée au but poursuivi ; le tout en application de critères qui devront être précisés au fur et à mesure de sa jurisprudence. Des conclusions de ce test dépendra la recevabilité, ou non, des éléments de preuve obtenus par clandestinité ou stratagème.

Nonobstant ces garanties et les limites qui ont été dressées à l'évolution possible de la matière litigieuse, le risque demeure que l'intervention du juge ne s'enlise ; que les nombreux acteurs potentiels de l'instance de recours s'éparpillent et conduisent le juge à statuer à contretemps, rompant ainsi le rythme soutenu que doit suivre la régulation de la concurrence. Avant d'en venir aux pouvoirs dont il est nécessaire de le doter pour qu'il reste maître du temps de son intervention, intéressons-nous aux outils qui pourraient être mis à sa disposition afin qu'il s'assure que les débats, bien qu'enrichis, demeurent utiles à la résolution du cœur du litige et au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence.

2. L'orientation des débats vers le cœur du litige

681. L'oralité, outil de contrôle de l'enrichissement de la matière litigieuse. Il convient que la procédure devant la Cour de la concurrence soit par principe une procédure écrite qui, nonobstant ses aspects accusatoires, réserve au juge le pouvoir de direction et d'orientation des débats[4]. En outre, l'oralité ne doit pas en être totalement exclue. Les avantages de l'oralité sont

[1] Un auteur explique que la déloyauté de moyens de preuve résulte de ce qu'ils sont « attentatoires à un ou plusieurs droits fondamentaux » des personnes à l'encontre desquelles ils sont produits. A. AYNÈS, article précité. Un autre auteur relève que le principe de loyauté de la preuve serait déjà commun aux différentes procédures : S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », précité, spéc. n° 17.
[2] Ce qui implique que la preuve obtenue de manière illicite et/ou déloyale soit utile à la défense de ses intérêts par la partie qui les produit et donc, notamment, qu'elle présente un lien direct avec les faits allégués.
[3] Il convient que ce critère soit, comme il l'est dans d'autres champs du droit, strictement appliqué : le recours à des procédés déloyaux doit être l'unique moyen dont disposait la partie en cause pour obtenir un élément de preuve nécessaire à l'exercice de ses droits. V. à ce sujet N. FRICERO, « La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile », *Procédures,* 2015, Dossier 14.
[4] Sur le modèle de ce que prévoit, par exemple, l'article 782 CPC qui permet au juge de la mise en état les avocats à « répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu » ou encore « à fournir les explications de fait et de droit nécessaires à la solution du litige ».

de longue date débattus[1]. Louée pour l'accélération de la procédure qu'elle permet[2], elle est de plus en plus présentée comme étant adaptée aux contentieux techniques. Cette faveur est justifiée par le fait qu'elle permettrait une meilleure « compréhension du litige »[3] – par le juge, mais pas seulement – ainsi qu'une « orientation des débats et, conséquemment, une optimisation de la délimitation du litige »[4]. Elle pourrait ainsi constituer un rempart efficace contre le risque d'un enrichissement incontrôlé et contreproductif de la matière soumise au juge. La phase d'instruction et de débats doit par conséquent lui réserver une place lorsqu'elle s'avère nécessaire[5]. Divers outils peuvent être mobilisés par le juge en ce sens.

682. Les outils d'échanges directs, vecteurs d'orientation des débats et d'identification des points névralgiques. À l'occasion d'un discours prononcé en ouverture d'un colloque consacré au contrôle des concentrations, un ancien Vice-Président du Conseil d'État a émis le souhait que se développe la pratique « de séances d'instruction orales » dans des dossiers qui présentent des « enjeux économiques très lourds »[6]. De telles séances permettent, dès l'instruction, la tenue d'échanges directs, un « dialogue interactif » entre les acteurs engagés dans le lien

[1] Tant en procédure civile : P. GODÉ, « Le mensonge dans le procès civil », *in Études dédiées à Alex Weill,* Dalloz, 1983, p. 259 et s., spéc. n° 14 ; R. PERROT, « Procédure orale : le rôle de l'écrit (à propos d'une exception d'incompétence) », *RTD civ.,* 1993, p. 192 ; J.-L. GILLET, « Faut-il sauver l'oralité ? », *in Mélanges S. Guinchard,* 2010, p. 709 ; A. LYON-CAEN, « Vers une procédure de dialogue interactif du juge et des justiciables », *in Mélanges D. Labetoulle,* précité, p. 585 ; « À propos des observations orales des avocats dans les procédures écrites », *in Mélanges P. Drai,* 2000, p. 415. Qu'en contentieux administratif : B. BLANCHET, P. NERENHAUSEN, « Faut-il guérir le procès administratif de sa taciturnité chronique », *ADJA*, 2007, p. 1912 et la réaction de P. BLANC, « Le silence du juge », *RDP*, 2012, n° 4, p. 1133 ; B. LASSERRE, « La redécouverte de l'oralité. Propos décousus d'un membre du Conseil d'État », *in Mélanges D. Labetoulle,* précité, p. 546 ; D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps,* Dalloz, 2012, n° 155-156 et 174-178, l'auteur plaide pour l'insertion, lorsqu'elle est nécessaire, d'une dose d'oralité dans la phase d'instruction du procès administratif.

[2] L'observation est assez commune tant en procédure civile qu'en contentieux administratif ; elle justifie que les procédures d'urgence reposent sur l'oralité. V. toutefois, P. BLANC, article précité, qui relève que le développement de certains outils d'échanges oraux présente le risque que l'oralité « prenne le pas » sur la célérité du juge avant de nuancer : « l'oralité n'est pas forcément chronophage », notamment si « elle permet d'abréger les échanges écrits et qu'elle s'accompagne d'un calendrier contraignant ». V. aussi B. CHEMIN, « Le statut de l'oralité », précité, qui pointe les risques que présenterait une « oralité débridée ».

[3] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 280.

[4] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 755.

[5] Ce qu'un Président de la Section du Contentieux du Conseil d'État a déjà eu l'occasion d'appeler de ses vœux. V. « Questions à…Bernard Stirn », propos recueillis par M.-C. DE MONTECLERC, *AJDA,* 2008, p. 4 et s. : « dans certaines affaires, un débat oral au stade de l'instruction peut permettre une meilleure information du juge » ; ce recours à l'oralité permet aussi de répondre « à un certain nombre d'incompréhensions, voire de frustrations » qui peuvent naître du déroulement « classique » d'une procédure exclusivement écrite.

[6] J.-M. SAUVÉ, « Discours d'ouverture », *in Entretien du Palais Royal. Quel contrôle pour les concentrations d'entreprises ?*, *RLC,* n° 2009/18, p. 129. Des expérimentations en ce sens ont été organisées devant la Haute juridiction : le décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020 a eu pour objet d'organiser, à titre expérimental, pendant une période de 18 mois, des séances orales d'instruction et des audiences d'instruction devant le Conseil d'État en complément des instructions écrites. Il a en outre permis aux avocats aux conseils de formuler des observations orales après la lecture de ses conclusions à l'audience par le rapporteur public (art. 733-1 CJA). V. E. MAUPIN, « Davantage d'oralité au Conseil d'État », *AJDA,* 2020, p. 2290. L'expérimentation n'a toutefois pas eu pour objet principal le contentieux des concentrations.

d'instance et le juge[1]. En contentieux administratif, elles prennent notamment la forme « d'enquêtes à la barre » organisées par le juge, d'office ou sur sollicitation des parties[2].

Au cours de ces séances, les parties – éventuellement accompagnées de leurs experts – et/ou des témoins sont auditionnés par la formation de jugement, d'instruction ou par l'un de ses membres sur des points préalablement précisés par le juge qui en prescrit la tenue[3]. Ce dernier élément – auquel peut s'ajouter l'influence de la communication de ses conclusions par le rapporteur public[4] – est de nature à orienter les débats vers les éléments que le juge a identifiés, au regard des éléments dont il dispose, comme étant les zones d'ombre persistantes ou les points névralgiques du dossier. Il fait figure de complément au pouvoir général dont doit disposer le juge de contenir le débat contradictoire en en assurant la direction et en invitant les parties, chaque fois que nécessaire, à ne développer à l'oral que certains de leurs arguments et à être plus brèves, voire à se rapporter à leurs écritures, sur d'autres[5/6].

Il convient d'offrir à la Cour de la concurrence, lorsqu'elle le jugera utile[7], la possibilité d'organiser de telles séances d'échanges oraux avec les protagonistes engagés dans l'instance, d'éventuels témoins voire, lorsque les difficultés relatives à un type de comportement ou de

[1] Mme Broyelle note qu'elles sont « l'un des rares moments de rencontre physique entre le juge et les parties » dans le cadre d'une instance au fond en contentieux administratif (ouvrage précité, n° 280) ; v. en procédure civile : A. LYON-CAEN, « Vers une procédure de dialogue interactif du juge et des justiciables », précité.

[2] V. les art. R. 623-1 et s. CJA. Cette technique, longtemps tombée « en désuétude » (B. CHEMIN, article précité) revivrait, depuis les années 2000, une « nouvelle jeunesse » (J.-M. SAUVÉ, « Le « nouveau procès » administratif », Intervention lors des Troisièmes États Généraux du droit administratif : *Le juge et les questions de société,* 27 septembre 2013, consultable sur le site du Conseil d'État). Le Conseil d'État y a de plus en plus régulièrement recours, notamment dans le contentieux de la régulation économique (v. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 756).

La procédure civile offre également des outils pour ce faire : au stade de l'instruction, la possibilité est offerte au juge de la mise en état du Tribunal judiciaire d'entendre les parties en respectant le contradictoire (y compris lorsque la procédure est écrite, v. art. 784 CPC) et d'orienter leurs écritures (art. 782 CPC).

[3] Art. R. 623-2 CJA.

[4] Soit que le « sens » de ses conclusions ait déjà été communiqué aux parties (en application de l'art. R. 711-3 CJA) soit que les débats aient lieu à l'audience au cours de laquelle le rapporteur public est invité à en donner lecture. La prise de connaissance du sens ou du contenu de ces conclusions par les parties avant la tenue de débats oraux les incite à orienter leurs observations sur certains points que le rapporteur public a identifiés comme constituant le cœur du litige.

[5] Pour rappel, nous préconisons le maintien du principe d'une procédure écrite. Il en résulte qu'aucun moyen non développé dans les écritures ne peut être valablement intégré aux débats oraux ; le juge n'en sera pas saisi.

[6] Un magistrat administratif relève ainsi que « le juge, par des questions précises et bien ciblées, peut rapidement obtenir des réponses à des points qui paraissent encore obscurs dans le dossier ou bien obtenir des éclaircissements utiles pour sa prise de décision » et poursuit en indiquant que la décision adoptée au terme d'une procédure au cours de laquelle ont eu lieu des débats oraux « mieux comprise par le justiciable, est mieux acceptée » (B. CHEMIN, article précité).

[7] L'organisation de séances orales est lourde et coûteuse (ce que relèvent les juges : B. CHEMIN, article précité). Il est donc nécessaire que la Cour dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de leur tenue.

secteur économique le justifient, en y invitant un « sachant » sollicité pour livrer un avis général[1] : l'*amicus curiae* sur lequel nous reviendrons au titre suivant.

Par-delà ces moyens d'orientation des débats, le juge de recours doit disposer d'outils de maîtrise du temps de son intervention. Si les débats qui se tiennent devant lui doivent permettre de réunir l'ensemble des éléments nécessaires à l'adoption d'une décision conforme aux objectifs de la matière, il ne doit pas perdre de vue que son intervention n'est efficace qu'autant qu'elle s'inscrit dans le rythme des affaires et dans le temps de la régulation économique.

C. La maîtrise par le juge du temps de son intervention

683. La gestion du temps de l'intervention judiciaire : enjeu crucial. L'observation est classique : le temps constitue un « critère de mesure d'efficacité des systèmes contentieux »[2], peut-être même en matière économique plus qu'ailleurs[3]. L'un des arguments phares des détracteurs d'un « interventionnisme » du juge dans l'économie repose sur sa prétendue incapacité à inscrire son intervention dans le temps de la « vie des affaires ». L'enjeu est de taille : la généralisation d'un contrôle approfondi des actes des autorités de concurrence n'est envisageable qu'à condition que le juge dispose des moyens d'inscrire son intervention dans le temps de la régulation économique. À défaut, en agissant à contretemps, il risquerait de compromettre l'efficacité et l'effectivité de l'activité de celles-ci.

Alors, pour faire face au risque d'enlisement que présente l'enrichissement du cercle et de la matière de l'instance qui vient d'être envisagé, il convient de doter la Cour de la concurrence de moyens d'être maîtresse du temps de son intervention et donc du rythme de l'instance.

684. Distinction. Cette perspective conduit à distinguer deux situations. La première est celle dans laquelle la Cour sera saisie d'une demande dont le traitement impose une célérité

---

[1] À l'inverse de l'expert – qui donne un avis technique relatif à des faits déterminés – l'*amicus curiae* a vocation à donner un avis général quant à son objet – par exemple en relevant les spécificités propres à un secteur économique – ou à son champ – l'avis ayant vocation à exercer une influence sur la résolution de plusieurs litiges. S'il est courant que cet « ami » dresse son avis par écrit, il peut également le faire par des observations orales formulées lors de séances auxquelles doivent être convoquées les parties V. C. COSLIN, D. LAPILLONNE, « Quel futur pour *l'amicus curiae* en France ? », *Gaz. Pal.,* 8 janvier 2013, n° 8, p. 7 ; S. MENÉTREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, 2010. V. encore *infra* (Partie II – Titre II – Chap. 1).

[2] G. CANIVET, « Le temps, un impératif dans l'organisation des procédures », *in Ateliers de la concurrence : Le facteur temps en droit de la concurrence, Rev. conc. consom.,* n° 136, novembre-décembre 2003, p. 9.

[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « La concurrence et le temps », *Rev. conc. consom.,* n° 98, juillet-août 1997, p. 29 ; C. LUCAS DE LEYSSAC , « Les mesures conservatoires de l'article 12 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *in Mélanges P. Drai,* 2000, p. 401. V. pour des études plus générales, sans prétention d'exhaustivité : en droit judiciaire privé : S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil,* précité ; en contentieux administratif : D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps,* précité ; en droit processuel : D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel,* LGDJ, 2006 ; A. CIAUDO, « La maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdoctoria,* n° 3, 2009, p. 21 (numéro intégralement consacré au thème « Le temps »).

particulière : il s'agit alors de lui fournir les outils nécessaires au traitement de l'urgence (1). La seconde est celle de sa saisine au fond. L'objectif est alors de la doter d'outils permettant de maîtriser voire, parfois, d'accélérer le rythme de l'instance au terme de laquelle le litige sera tranché (2).

1. Les outils de traitement de l'urgence

685. Renvoi. Les demandes dont il est ici question sont celles dont le traitement nécessite une célérité particulière faute de laquelle l'intervention du juge serait inefficace, voire totalement vaine. Il s'agit des recours tendant au prononcé du sursis à exécution d'un acte qui fait l'objet d'un recours au fond, de ceux tendant à l'octroi ou au rétablissement de la protection d'un secret d'affaires qu'un opérateur estime menacé à l'occasion d'une procédure de « première instance » en cours devant une autorité de concurrence ou encore de ceux ayant pour objet la décision par laquelle une autorité de « premier ressort » a prononcé des mesures provisoires.

Tous seront envisagés au paragraphe suivant, dans le cadre de l'étude des pouvoirs dont doit disposer la Cour de la concurrence pour répondre à ces situations d'urgence. Afin d'éviter les redites, nous exposerons à cette occasion concomitamment les modalités procédurales d'exercice de ces recours et les pouvoirs dont doit disposer la Cour pour les trancher. Au préalable, intéressons-nous aux outils dont il convient de l'équiper afin qu'elle conserve la maîtrise du rythme des instances au terme desquelles elle aura à se prononcer sur le fond.

2. Les outils de maîtrise du rythme de l'instance au fond

686. Diversité de moyens envisageables pour « accélérer la procédure »[1]. Nous reviendrons, au titre suivant, sur les modalités par lesquelles l'instruction et la mise en état doivent être organisées devant la Cour de la concurrence. À ce stade, nous évoquerons cette phase de l'instance[2] pour nous intéresser aux pouvoirs qu'il convient de confier au juge qui en a la charge afin qu'il en maîtrise le rythme ; le tout pour assurer que son intervention s'adapte, autant que faire se peut, au rythme des affaires et de l'activité des autorités de concurrence.

Sur ce plan, le Code de procédure civile de 1806 pêchait par l'absence de disposition offrant au juge un pouvoir de mettre un terme à l'instruction. A été observé un enlisement des procédures

[1] J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la procédure », *in Mélanges P. Drai,* 2000, p. 427.
[2] Le propos ne concerne pas exclusivement la phase d'instruction mais c'est principalement au cours de cette dernière qu'existe le risque d'enlisement ; elle est donc celle qui retient le plus l'attention lorsque l'on recherche les moyens d'assurer que l'instance suive un rythme soutenu. V. toutefois pour la « régulation du temps de la procédure réservée aux parties » avant puis postérieurement à la saisine du juge : S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 175-209.

qui résultait de ce que les parties ne cessaient de conclure en réplique à chaque énième jeu de conclusions produit par l'adversaire, retardant chaque fois la tenue des plaidoiries qui devait marquer le terme de l'instruction[1]. L'expérience a démontré que la dimension accusatoire d'une procédure poussée à son paroxysme conduisait à placer la maîtrise de sa durée entre les mains des seules parties et exposait ainsi le service public de la justice et l'intérêt général aux stratégies dilatoires de ces dernières[2]. Des enseignements sont probablement à tirer des solutions qui ont été mobilisées pour mettre fin à cette lacune. Ils devront guider la réflexion, de surcroît pour la réorganisation d'un contentieux qui met en jeu des intérêts qui dépassent largement l'intérêt individuel des opérateurs en cause.

Parmi les principales pistes empruntées, l'une a consisté en l'instauration de délais légaux pour rythmer chaque étape de l'instance[3]. Une autre est passée par le rétablissement d'une « dose d'inquisitoire » via l'octroi au juge d'un pouvoir d'imposer aux parties des délais[4] et, plus largement, une attitude loyale et diligente tout au long de l'instance. Une troisième, enfin[5], a consisté à offrir aux différents protagonistes la possibilité de s'entendre pour convenir d'une organisation conjointe du rythme de l'instance et du temps de la procédure. Parmi ces pistes, la première implique une anticipation, une exhaustivité et une rigidité[6] bien peu adaptées aux spécificités du contentieux de la concurrence et, notamment, à la grande hétérogénéité des

[1] S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 19 et n° 237 et R. MARTIN, « Réflexions sur l'instruction du procès civil », *RTD civ.,* 1971, p. 279.
[2] M. BELLAMY, « Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès », *JCP,* 1973, 2522.
[3] Certains tendent à accélérer la saisine du juge (par ex. délais d'exercice de l'action, d'enrôlement, de forclusion et de prescription), d'autres à accélérer les productions et communications et pièces et conclusions, d'autres encore à encadrer les délais d'exercice d'éventuels recours et de mise à exécution des jugements (par ex. : délais de notification des décisions de justice).
[4] Aux parties avant tout, mais également à d'autres protagonistes, notamment au technicien auquel est confiée l'exécution d'une mesure d'instruction (v. art. 155 et 155-1 CPC et art. R. 621 et R. 621-1 CJA qui posent les modalités de contrôle de l'exécution de sa mission par le technicien : le juge qui en est chargé veille notamment à ce qu'il exécute sa mission avec diligence et dans les délais impartis et tient compte de ces éléments dans la fixation de la rémunération de l'expert, v. art. 284 CPC et art. R. 621-11 CJA).
[5] Cette liste n'est pas exhaustive, d'autres outils prennent la forme de principes qui guident la procédure et tendent à en accélérer le cours. C'est notamment le cas de l'obligation pour les parties de se faire représenter par avocat et de l'obligation pour ces derniers de rédiger des conclusions qualificatives et récapitulatives (dont nous avons proposé l'instauration devant la Cour de la concurrence, v. *supra*). C'est encore le cas de principes dont l'émergence est observée en droit processuel général ou dans certains contentieux spécifiques ; que l'on songe au principe de concentration (sur lequel v. M. PLISSONNIER, *Concentration et procès civil,* thèse précitée).
[6] Un auteur a même avancé que « le délai légal devient trop grossier » et poursuit en expliquant qu'il est préférable que le juge se voit octroyer le pouvoir de fixer, pour chaque affaire particulière, des délais spécifiques et adaptés. V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », *in* J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure,* Dalloz, 1996, p. 11. En procédure civile, les délais légaux (issus du « décret Magendie » n° 2009-1524 du 9 décembre) qui rythment, depuis 2011, la procédure d'appel écrite avec représentation obligatoire ont été critiqués pour leur manque de souplesse. Il a été parlé « d'approche calendaire » de la procédure (J. JUNILLON, R. LAFFLY, « La communication simultanée des pièces en appel : c'est maintenant ! », *JCP G,* 2012, doctr. 944) ou encore de procédure à « marche forcée » (H. CROZE, « Procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, à propos du décret du 9 décembre 2009 », *JCP G*, 2010, 3).

affaires dont pourrait être saisie la Cour de la concurrence[1]. Il convient dès lors de nous focaliser sur les deux autres qui semblent plus prometteuses.

687. La régulation du temps de la procédure par le juge. Parmi « les facteurs d'accélération de la procédure »[2], certains prennent ainsi la forme de pouvoirs confiés au juge. Ils présentent l'intérêt de pouvoir être adaptés aux spécificités de chaque espèce. Nous nous focaliserons sur les principaux dont il nous semble nécessaire de doter la Cour de la concurrence[3].

En premier lieu, sur le modèle du juge de la mise en état du tribunal judiciaire[4] ou encore du premier président de la Cour d'appel de Paris dans le cadre du recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence[5], le juge auquel sera confiée la mise en état au sein de la Cour de la concurrence doit disposer du pouvoir de fixer, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction des affaires[6]. On songe en premier lieu aux délais de production et de communication de leurs pièces et écritures par les parties, mais également aux délais d'exécution d'une mesure d'instruction qui lui a été confiée par un technicien[7]. Ce pouvoir doit être complété par celui de mettre un terme impératif à cette instruction et donc à la production de nouvelles pièces et écritures[8]/[9].

---

[1] Par ex. le recours exercé par un distributeur contre l'amende civile dont il a fait l'objet en raison de la rupture brutale d'une relation commerciale établie qui lui est imputée ne pose pas les mêmes difficultés et n'implique pas une instruction aussi longue que le recours exercé contre une autorisation conditionnelle de concentration qui pose la question de la proportionnalité d'engagements structurels imposés aux parties à l'opération.

[2] J. NORMAND, article précité.

[3] Principalement au juge qui sera chargé de l'instruction des recours dont elle est saisie. La formation de jugement devra, elle, être principalement dotée de pouvoirs de police de l'audience et de direction des débats.

[4] Art. 781 CPC. Notons que le conseiller de la mise en état ne dispose pas d'un tel pouvoir général car la procédure de droit commun devant les cours d'appel est rythmée par de nombreux délais légaux. Le juge endosse alors un rôle de surveillance et de contrôle davantage qu'un rôle de direction et de fixation du rythme de l'instance.
V. aussi la formule générale de l'art. 3 CPC qui habilite le juge à « impartir » les délais nécessaires au « bon déroulement de l'instance ». Cette possibilité est ainsi envisagée comme « principe directeur » du procès civil.

[5] Art. R. 464-18 C. com. Pour une présentation de l'adaptation des procédures de recours contre les actes des autorités de régulation aux impératifs de la régulation économique et de l'efficience v. G. CANIVET, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », *in Mélanges P. Drai,* 2000, p. 243 et s., spéc. p. 248-249.

[6] Il doit en outre disposer du pouvoir d'organiser des « conférences » (art. 764 ancien CPC), encore appelées « audiences d'instruction orale » ou « enquêtes à la barre » ; soit des audiences de mise en état où une large place est laissée à l'oralité. Sur l'intérêt du recours à l'oralité v. *supra*.

[7] Sur les pouvoirs des juges judiciaire et administratif à cet égard, v. *supra*. L'enjeu est de taille : le recours à l'expertise est un important facteur d'augmentation de la durée des procédures.

[8] Qu'il se matérialise par l'adoption d'une ordonnance de clôture – comme c'est le cas, notamment, devant le tribunal judiciaire (art. 798 et s. CPC), les cours d'appels (art. 907 CPC), les tribunaux administratifs ou encore les cours administratives d'appel (art. R. 613-1 CJA) – ou par la tenue de l'audience publique dont la date est indiquée aux parties – comme c'est le cas devant le Conseil d'État (art. R. 613-5, al. 1er CJA ; le président de la chambre chargée de l'instruction détient toutefois, aujourd'hui, le pouvoir de la clore par ordonnance, v. art. R. 613-5, al. 2 et 3 CJA ajoutés par le décret n° 2019-82 du 7 février 2019 *modifiant le Code justice administrative*).

[9] Doit toutefois être laissée, tant au juge chargé de la mise en état qu'à la formation de jugement, la faculté de rouvrir l'instruction en cas de survenance d'éléments nouveaux d'une particulière importance ou dans l'hypothèse du relevé d'office d'un moyen de droit qu'il reviendrait alors au juge de soumettre au débat contradictoire.

Pour assurer l'effectivité de ce pouvoir, le juge doit être habilité à enjoindre aux parties de produire leurs écritures et pièces dans les délais fixés, le cas échéant sous astreinte[1]. D'autres formes de sanction doivent lui permettre de poursuivre son office nonobstant le manque de diligence ou l'obstruction volontaire de l'une au moins d'entre elles. On songe notamment au prononcé de la caducité d'un acte non accompli dans les délais, à la non prise en compte d'éléments produits ou communiqués tardivement[2], à l'irrecevabilité de ceux produits après clôture de l'instruction[3] ou encore à la clôture partielle de l'instruction à l'encontre de la partie négligente[4]. Pour les cas les plus graves, le juge doit disposer du pouvoir de sanctionner pécuniairement la partie qui retarde volontairement le cours de l'instance[5].

En toutes ces hypothèses, l'automaticité de la sanction correspond de nouveau mal aux besoins de souplesse et d'adaptabilité aux spécificités d'affaires potentiellement très complexes. Davantage que des sanctions légales dont le prononcé serait automatique, il convient de confier en la matière un large pouvoir d'appréciation au juge[6].

Reste que, comme l'a relevé un auteur s'intéressant au procès civil, malgré tous ces outils tendant à renforcer le caractère inquisitoire d'une procédure et la maîtrise du juge sur le rythme de l'instance, « les statistiques montrent des dysfonctionnements persistants qui ne peuvent trouver remède que dans une nouvelle voie, celle de la négociation par les parties et par le juge du temps de la procédure »[7]. Il faut alors explorer cette piste : au lieu de suivre une marche

[1] V. art. 134, 136 et 137 CPC. Sur la production contrainte d'éléments de preuve détenus par les parties, v. *supra.*
[2] Art. 135 CPC : « le juge peut écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile ». V. aussi art. 469 CPC qui prévoit qu'en cas d'abstention par une partie « d'accomplir les actes de la procédure dans les délais requis, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose ». En contentieux administratif, l'art. R. 613-3 CJA prévoit que la juridiction ne tient pas compte des mémoires produits après clôture de l'instruction. La jurisprudence a toutefois nuancé la rigueur du texte en décidant que le juge doit toujours prendre connaissance des pièces et mémoires produits après clôture ; mais ça n'est que si ce retard est justifié (par ex. par un empêchement de produire dans les délais ou la survenance d'éléments nouveaux) que le juge en tient compte et est alors contraint de rouvrir l'instruction (v. CE, sect., 5 décembre 2014 *Lassus,* n° 340943 et CE, 23 décembre 2014 *Sté d'agglo. du Grand Besançon,* n° 371035).
[3] Par ex. sur le modèle de l'art. 802 CPC qui prévoit l'irrecevabilité relevée d'office des pièces et conclusions déposées ou produites après l'ordonnance de clôture de la mise en état.
[4] V. art. 800 CPC.
[5] Par le prononcé d'une amende civile et/ou de dommages et intérêts sur le modèle de l'art. 32-1 CPC. Ces deux sanctions permettent à la fois de défendre les intérêts du service public de la justice – et donc l'intérêt général – et ceux des parties qui subissent le comportement volontairement dilatoire de l'une d'elles. D'ailleurs, selon l'analyse d'un auteur, la formule générale du texte pourrait fonder le prononcé de telles sanctions même en dehors des cas spécifiques où elles sont prévues (S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 244).
[6] Diverses méthodes existent pour ce faire. La première consiste à prévoir dans les textes une simple faculté pour le juge de prononcer la sanction. Une autre méthode consiste à faire reposer les obligations assorties de sanctions sur des notions à contenu variable que le juge aura la charge d'interpréter. L'étendue de l'obligation et de l'éventuelle sanction de sa méconnaissance relèvent ainsi du libre pouvoir d'interprétation et d'appréciation confié au juge. Sur le recours à de telles notions en procédure civile (telles que celles de « temps utile », de « temps suffisant » ou « nécessaire », de « délai raisonnable » …) v. S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 256-259.
[7] S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 232. V. aussi J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation,* 2007, p. 44.

forcée orchestrée par le juge, les parties pourraient convenir avec lui d'un calendrier de l'instance respectueux des divers intérêts en jeu.

688. L'opportune organisation conjointe du temps de la procédure. La généralisation de la représentation par avocat devant la Cour de la concurrence est de nature à favoriser les échanges et la concertation entre les différents protagonistes qui peuvent alors décider de s'entendre pour convenir d'un calendrier de procédure[1] – parfois appelé « contrat de procédure »[2]. Cet outil assure une meilleure prévisibilité favorable à tous : juges, administrations, avocats et parties privées. Il favorise en outre une meilleure acceptation du temps judiciaire trop souvent décrié par des justiciables qui ont le sentiment de ne pouvoir que le subir[3].

Un tel calendrier permet de fixer : le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions et des éventuelles audiences de mise en état, la date de clôture de l'instruction, celle des débats, puis celle du prononcé de la décision par la Cour.

Bien que sa nature soit incertaine[4], il convient que sa mise en place engage ses signataires et qu'à l'instar du contrat, il constitue « la loi » des acteurs de la procédure. La méconnaissance injustifiée des délais convenus par les parties devra alors conduire au prononcé des mêmes sanctions que celles dont sont assortis les délais légaux ou judiciaires : de la simple injonction au prononcé de sanctions pécuniaires dans les cas les plus graves, en passant par la caducité, la non prise en compte, voire l'irrecevabilité des éléments produits et/ou communiqués hors délais. Toutefois, à l'impossible nul n'est tenu : des prorogations doivent être permises à condition d'être justifiées par des « causes graves »[5].

Le calendrier doit également engager la Cour : les retards illégitimes et injustifiés qui lui sont imputables devront pouvoir être invoqués par les parties en cas de procédure engagée contre

[1] Pour une présentation historique de cet outil d'abord développé par la pratique v. S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 297 et G. MAUGAIN, « Actes de procédure – Délais judiciaires », *Rép. proc. civ.,* n° 331. Il est aujourd'hui consacré dans le Code civil (art. 781, al. 3 et art. 912, al. 2).

[2] V. par ex. S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès, contribution à l'étude de la contractualisation de la justice,* thèse Rennes I, 1997, spéc. n° 404 et s., l'auteur définit le « contrat de procédure » comme « un mode de gestion conventionnelle de l'instance dont le but est de remédier aux lenteurs de la justice » ; M. CARATINI, « Le contrat de procédure : une illusion », *Gaz. Pal.,* 1985, 2, p. 639. Nous évitons volontairement de recourir à cette notion du fait des débats relatifs à la nature – conventionnelle, ou non – de ces accords.

[3] J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la procédure », précité ; S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 297 et 300 (l'auteur précise en outre que pour les affaires complexes, ce calendrier négocié peut tout à fait être combiné et s'inscrire dans une véritable mise en état).

[4] V. sur le sujet S. OUSMANOU, thèse précitée, n° 404 et s. ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé,* thèse Paris I, 1995, n° 184 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 300 ; « Le principe de célérité », *RFAP,* 1/2008, n° 125, p. 43 et s., spéc. p. 53.

[5] Formulée utilisée par l'art. 803 CPC qui encadre la révocation de l'ordonnance de clôture de la mise en état devant le Tribunal judiciaire.

l'État pour déni de justice résultant d'un délai de jugement excessivement long[1] ou pour méconnaissance du « délai raisonnable » auquel la Cour EDH contraint l'activité judiciaire[2].

Ainsi, s'ils s'entendent pour échapper aux aléas d'une procédure dont le rythme est unilatéralement donné par le juge, les protagonistes du recours exercé devant la Cour de la concurrence pourront convenir d'un calendrier de procédure qui, s'il n'est pas nécessairement plus bref, reste plus prévisible. La participation d'acteurs publics aux discussions préalables à sa fixation est de nature à assurer sa conformité à l'intérêt du service public de la justice[3]. La présence d'autorités administratives de concurrence assure, quant à elle, que les calendriers convenus tiendront compte de l'impératif de célérité qui pèse sur la matière et conditionne l'efficacité de leur action. Il faut favoriser autant que faire se peut la conclusion de tels accords.

689. Bilan. L'adaptation de l'instance de recours : entre enrichissement et maîtrise. Le défi auquel est confronté la Cour de la concurrence est grand : son intervention en qualité de juridiction de recours de l'ensemble des autorités nationales de concurrence est impérative mais perturbatrice, nécessaire mais parfois mal accueillie. Il convient dès lors de la rendre utile tout en assurant qu'elle n'emportera pas de rupture brutale dans l'activité et les politiques conduites par ces autorités. C'est cet équilibre qui favorisera son acceptabilité, l'efficacité et la viabilité du système de recours refondu que nous suggérons. Les éléments qui viennent d'être exposés sont de nature à permettre de maintenir cet équilibre entre l'enrichissement des débats d'une part, et la maîtrise de leur orientation et de leur rythme d'autre part.

Assurer que le recours permette de garantir la protection des intérêts individuels en jeu tout en concourant à l'application efficace de l'arsenal consacré au maintien d'une concurrence libre et non faussée commande par ailleurs de consacrer une importante réflexion aux pouvoirs qu'il convient de confier au juge qui en est saisi pour se prononcer sur le fond. Outre la longueur de la procédure, la décision qu'il adopte à son terme présente aussi parfois le risque d'emporter une perturbation excessive de l'activité des autorités de concurrence. L'entreprise de réorganisation doit dès lors être l'occasion d'assurer que les pouvoirs confiés au juge de recours soient adoptés aux spécificités de la matière et de l'activité desdites autorités.

[1] Sur fondement de l'art. L. 141-1 COJ. V. sur ce point M. DEGUERGUE, « Les dysfonctionnements du service public de la justice », *RFAP,* n° 1/2008, p. 151 et S. AMRANI-MEKKI, thèse précitée, n° 783-784.
[2] V. à ce sujet J. VAN COMPERNOLLE, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », *in Mélanges J. Normand,* précité, p. 471 et M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps de la procédure », précité.
[3] Une partie de la doctrine spécialiste du contentieux administratif plaide pour un développement formalisé de cet outil dans le procès administratif. V. par ex. D. CONNIL, thèse précitée, n° 153-154.

§ II – L'adaptation des pouvoirs du juge de recours

690. Pour un usage raisonné de ses pouvoirs par la Cour de la concurrence. Les développements qui viennent d'être consacrés à l'instance de recours ont été l'occasion de faire la démonstration du besoin que la Cour de la concurrence dispose de pouvoirs accrus quant à son rythme et aux éléments qui la composent. Le propos concernait alors ce qui peut être qualifié d'office procédural. Les pouvoirs dont il est désormais question sont ceux par lesquels le juge exerce son office quant au fond : celui de trancher le recours dont il est saisi.

Sur ce plan, la centralisation que nous suggérons ne peut faire fi de l'hétérogénéité des autorités auteurs d'actes dont est susceptible d'être saisie la Cour. Si les différences de nature et de statut qui les distinguent ne sauraient légitimer des différences de traitement injustifiées au stade du recours – notamment sur le terrain de l'intensité du contrôle opéré par le juge – elles justifient une mise en œuvre différenciée et adaptée de ses pouvoirs par ce dernier. L'octroi, par le législateur, de pouvoirs à une autorité gouvernementale plutôt qu'à un juge ou à une autorité administrative indépendante plutôt qu'à une autorité gouvernementale poursuit des objectifs et repose sur des postulats et analyses qu'il n'appartient pas au juge de renverser. Aussi, si l'intensité de son contrôle doit, par principe, être forte, son exercice ne doit pas systématiquement conduire à la pleine réformation de l'acte vicié ou à son annulation « sèche » et rétroactive. Seule une mise en œuvre de ses pouvoirs raisonnée et adaptée aux spécificités du contentieux concurrence par le juge de recours est à même de préserver ces équilibres.

691. Adaptations. La mise en œuvre de ses pouvoirs tendant à trancher le fond par la Cour de la concurrence doit ainsi être adaptée aux spécificités du contentieux envisagé et/ou à la nature de l'acte litigieux et de son auteur. Pour envisager les modalités de cette adaptation, il convient de distinguer l'hypothèse du recours exercé contre un acte juridictionnel (B) et celle du recours exercé contre un acte administratif (C). Au préalable, consacrons quelques propos généraux aux pouvoirs de gestion du provisoire et de l'urgence dont doit disposer la Cour (A).

A. Les pouvoirs de traitement du provisoire et de l'urgence

692. Après nous être intéressé aux pouvoirs qui doivent être confiés à la Cour de la concurrence pour se prononcer sur les recours ayant pour objet des actes et mesures conservatoires adoptés par les autorités de concurrence (1) ; il nous faudra présenter certains pouvoirs spécifiques dont il convient de la doter pour traiter certaines situations d'urgence (2), puis envisager ceux dont elle pourra être amenée à faire usage par la voie du référé (3).

1. Les pouvoirs de traitement du provisoire

693. Le pouvoir de contrôle des actes provisoires adoptés « en premier ressort ». Plusieurs des autorités nationales de concurrence disposent du pouvoir d'adopter des actes prononçant des mesures conservatoires et/ou provisoires, notamment pour faire face aux situations d'urgence qui ne peuvent attendre que les procédures engagées au fond aboutissent.

D'abord, tant les juridictions judiciaires[1] qu'administratives[2] disposent du pouvoir d'ordonner – par voie d'ordonnances de référé ou sur requête – toutes mesures nécessaires à la préservation des intérêts des parties en conflit le temps que leur litige soit tranché sur le fond[3]. De tels pouvoirs sont susceptibles d'être mis en œuvre dans l'ensemble des champs envisagés[4]. Ensuite, dans son office de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles[5], l'Autorité de la concurrence dispose également du pouvoir d'adopter – même d'office[6] – des mesures « conservatoires » tendant à prévenir toute atteinte grave et immédiate aux intérêts du secteur économique ou de l'entreprise en cause[7].

[1] Pour le « référé-urgence » v. art. 834 et 872 CPC, pour les référés « trouble manifestement illicite » et « dommage imminent » v. art. 835 al. 1er et 873, al. 1er CPC, pour le « référé-provision » ou le « référé injonction de faire » v. art. 835, al. 2 et 873 al. 2 CPC, pour le « référé probatoire » v. art. 145 CPC. V. aussi, en matière de pratiques restrictives de concurrence, l'art. L. 442-4, II, al. 3 C. com. qui prévoit que « le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire ».

[2] Pour une présentation des différents référés proposés par le contentieux administratif v. *supra.*

[3] L'objet peut également être strictement probatoire, v. art. 145 CPC et R. 532-1 CJA.

[4] Soit car la compétence revient, dès la première instance, à des juridictions (*private enforcement,* pratiques anticoncurrentielles relevant de la compétence des juridictions civiles et application du droit des pratiques anticoncurrentielles à l'activité administrative) soit en parallèle d'une action exercée devant une autorité administrative (v. par ex. R. AMARO, « Le référé de droit commun en droit des pratiques anticoncurrentielles : brève analyse du contentieux porté devant le juge français », *Concurrences,* n° 4-2013, art. n° 57387 ; J.-D. BRETZNER, « Preuve d'une pratique anticoncurrentielle et utilisation de l'article 145 du Code de procédure civile par voie d'ordonnance sur requête », *in Mélanges C. Lucas de Leyssac,* LexisNexis, 2018, p. 31).

[5] Et non dans les autres champs car « les difficultés ne sont […] pas de même nature en antitrust et dans les contrôles *ex ante*, qui reposent sur des autorisations, comme le contrôle des concentrations ou des aides d'État. Dans ces dernières procédures déjà enfermées dans des délais, l'accélération passe d'abord par la mise en place de procédures simplifiées. De plus, le problème se pose surtout au stade du contrôle juridictionnel, d'où la mise en place de procédures accélérées », L. IDOT, « Introduction », *in Urgence et concurrence : mesures provisoires, référés-suspension…toujours trop tard ? (Demain la concurrence), Concurrences,* n° 3-2018.

[6] Depuis la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 dite « ECN + » par l'ordonnance n° 2°21-649 du 26 mai 2021. V. art. L. 464-1 C. com.

[7] De telles mesures « ne peuvent intervenir que si la pratique en cause porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou le cas échéant, à l'entreprise plaignante » (art. L. 464-1, al. 2 C. com.) ; elles « peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence dans l'attente d'une décision au fond » (al. 3). Pour une présentation v. A. GIRAUD, G. BLANC, « Les mesures conservatoires à la française : un modèle réellement enviable ? », *Concurrences,* n° 3-2018, art. n° 87231.

Dans toutes ces hypothèses, le droit positif – qu'il soit « commun »[1] ou « spécial »[2] – organise un recours immédiat contre ces actes réputés provisoires[3]. Il convient de doter la Cour de la concurrence de cette compétence générale au terme de laquelle il lui reviendra de veiller à ce que l'auteur de l'acte litigieux se soit conformé aux conditions qui en subordonnent la légalité[4] ; ce qui nécessite parfois, déjà, qu'il soit procédé à des projections et analyses économiques qui peuvent s'avérer délicates[5].

Sur le terrain des pouvoirs, l'urgence, qui est souvent consubstantielle au prononcé de ce type de mesure, invite à formuler le souhait que la Cour limite, autant que faire se peut, les décisions de renvoi. Il lui reviendrait dès lors de réformer l'acte qui ordonne une telle mesure chaque fois qu'un vice l'affecte sans toutefois en condamner le principe[6], ou de s'en tenir au prononcé d'une annulation pure et simple lorsque l'illégalité affecte le principe même du recours à une mesure provisoire[7]. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'état du dossier et ses pouvoirs d'instruction ne lui suffiraient pas à réunir les éléments nécessaires pour réformer une mesure conservatoire décidée par l'Autorité de la concurrence qu'elle serait contrainte d'ordonner le renvoi à cette dernière, le cas échéant en lui adressant des injonctions de modifier la mesure prononcée[8]. L'hypothèse devrait demeurer exceptionnelle : à l'instar des mesures prononcées par la voie du référé, les mesures provisoires ordonnées par l'Autorité répondent à des situations d'urgence et reposent sur des apparences et/ou des évidences ; le tout devant conduire à se contenter d'éléments d'instruction assez sommaires que le juge est en mesure de réunir. Elle est bien

[1] V. notamment art. 490 et 497 CPC et art. L. 523-1 et R. 523-1 à R. 523-3 CJA.

[2] Concernant les décisions par lesquelles l'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires v. art. L. 464-7 et R. 464-20 C. com. : le recours doit être exercé sous dix jours après notification de la décision. La Cour d'appel de Paris est tenue de statuer sous un mois.

[3] Les mesures ordonnées sont néanmoins parfois très lourdes et produisent un effet irréversible. Ainsi, dans le cadre de « l'affaire des iPhones », l'Autorité a ordonné à titre conservatoire la suspension de l'exclusivité dont bénéficiait Orange pour la distribution des produits iPhone. En a découlé la possibilité pour d'autres entreprises de vendre ces produits dans l'attente de la décision au fond, ce qui a entraîné une perte de clientèle et de revenus irréversible pour Orange. V. décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 *relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution de iPhones* et les craintes exprimées par A. GIRAUD et G. BLANC, article précité.

[4] La jurisprudence semble très libérale dans l'appréciation des conditions de légalité des mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence, v. A. GIRAUD et G. BLANC qui en appellent à davantage de rigueur.

[5] Notamment pour apprécier la « stricte nécessité » des mesures adoptées par l'Autorité de la concurrence en application de l'art. L. 464-1, al. 3 C. com. ou encore leur caractère proportionné. Pour une illustration récente v. CA Paris, 8 octobre 2020 *Google*, n° 20/08071. V. encore *infra,* Section 1 du chapitre suivant.

[6] On peut, par exemple, songer à une mesure provisoire prononcée par l'Autorité de la concurrence qui paraîtrait, par son ampleur ou par sa durée, disproportionnée au regard de la situation de l'entreprise en cause et de la gravité des pratiques « susceptibles de produire un effet anticoncurrentiel » qui lui sont imputées.

[7] Ainsi en irait-il d'une mesure provisoire prononcée par l'Autorité sans qu'aucune pratique « susceptible d'être anticoncurrentielle » n'eût été sérieusement établie.

[8] Un tel renvoi est parfaitement exclu lorsque c'est l'acte d'une juridiction de première instance qui fait l'objet du recours car dans une telle hypothèse, il n'existe aucun risque qu'un juge s'arroge des pouvoirs que le législateur a confiés à une autorité administrative. Sur ces questions, v. nos développements *supra.*

davantage courante lorsqu'est envisagé le recours contre les actes qui tranchent définitivement le fond ; nous y reviendrons.

2. Les pouvoirs spécifiques de traitement de l'urgence

694. Le pouvoir de suspendre l'exécution de l'acte litigieux. Longtemps présentée comme spécificité de la procédure administrative contentieuse[1], l'absence d'effet suspensif des voies de recours ordinaires constitue désormais aussi le droit commun du procès civil[2]. Il en résulte que – soit en application du droit commun, soit en application du dispositif dérogatoire – les actes de l'ensemble des autorités nationales de concurrence – quelle qu'en soit la nature – sont, en droit positif, exécutoires dès leur prononcé, que ce soit à titre provisoire[3] ou définitif.

Conseil Constitutionnel[4] et Conseil d'État[5] ont, en matière de concurrence, démontré leur attachement à la possibilité pour les opérateurs dont les droits sont affectés par un acte adopté en « premier ressort » qu'ils contestent par l'exercice d'un recours d'en requérir la suspension auprès d'un juge. Il est par conséquent nécessaire que la Cour de la concurrence puisse être saisie, dans de brefs délais[6], d'une demande tendant au prononcé du sursis à exécution de tout acte exécutoire des autorités de concurrence[7] ; qu'il soit administratif ou juridictionnel[8], définitif et statuant sur le fond ou qu'il ordonne une mesure provisoire avant dire droit ou dans l'attente d'une décision au fond[9].

---

[1] J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 739, l'auteur explique que le caractère non suspensif des recours exercés, devant la Cour d'appel de Paris, contre les actes de l'ancien Conseil de la concurrence « inscri[t] indubitablement [lesdits recours] dans le contentieux administratif ». Il s'agirait de « l'effet le plus conséquent du recours devant la Cour d'appel de Paris et celui qui se démarque le plus de la procédure civile » (n° 603).

[2] L'art. 539 CPC est devenu, malgré son maintien, lettre morte. Un auteur avance même qu'il faut le tenir comme « implicitement abrogé par la réforme opérée par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, généralisant l'exécution provisoire de droit des jugements de première instance » (N. CAYROL, *Procédure civile,* 4e éd., Dalloz, 2022, note n° 3 sous le n° 1036). V. *supra*, n° 327.

[3] C'est le cas pour les jugements rendus par les juridictions judiciaires en application de l'art. 514 CPC.

[4] V. la décision déjà plusieurs fois citée Cons. constit., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC et notre analyse *supra.*

[5] V. concernant l'absence de référé possible contre la décision du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ordonnant la levée du secret des affaires : CE, 10 octobre 2014 *Synd. national FILMM,* n° 367807, précité et notre analyse *supra.*

[6] Il convient de maintenir la solution prévue par le droit positif en matière de pratiques anticoncurrentielles (art. R. 464-22 C. com.) et de permettre que la demande de sursis à exécution soit portée par voie de l'assignation d'heure à heure (v. art. 485, al. 2 CPC). Cette assignation devra accompagner l'acte introductif du recours au fond dont elle est l'accessoire et s'y référer, par ex. en en mentionnant la date (solution retenue en droit positif, v. art. R. 464-23, al. 2 C. com.).

[7] Les décisions par lesquelles est prononcé le déclassement d'un élément couvert par le secret des affaires appellent un traitement spécifique ; nous y reviendrons *infra.*

[8] Il a été vu que les modalités et conditions d'octroi du sursis à exécution d'un jugement diffèrent en procédure civile et en contentieux administratif (v. *supra*, n° 511). Afin d'harmoniser et de centraliser le contentieux sur ce plan aussi, il convient de replacer la Cour de la concurrence au cœur du dispositif et d'en faire l'interlocuteur privilégié devant lequel les parties succombantes pourront solliciter l'octroi du sursis, que la demande concerne un acte administratif, un jugement administratif ou judiciaire (en dérogation, donc, au système organisé par les art. 514-1 et s. du CPC).

[9] Formule de l'art. L. 464-1, al. 3 C. com.

De nouveau, quelle que soit la nature de l'acte litigieux, les conditions d'octroi d'un tel sursis à exécution doivent être harmonisées[1]. Il convient d'imposer que la demande – nécessairement accessoire[2] – soit justifiée par d'impérieux motifs tenant à la fois à la régularité de l'acte qui en est l'objet et aux conséquences lourdes et difficilement réversibles que son exécution produirait[3]. Le prétendant devra non seulement établir que son exécution entraînerait des conséquences manifestement excessives sur sa situation et éventuellement sur le marché concerné[4], mais également faire figurer dans sa demande un moyen sérieux de nature à provoquer chez le juge un doute quant à la régularité de l'acte contesté[5]. L'excès doit ainsi avant tout porter sur les conséquences qu'entraînerait l'exécution immédiate : ça n'est que si elles sont difficilement réversibles ou « mortifères » pour les intéressés[6] que le juge recherchera si un moyen sérieux d'annulation ou de réformation est invoqué. Sur cette seconde condition, l'exigence doit être moindre : eu égard à l'impact qu'aurait l'exécution sur la situation du requérant, ça n'est que dans l'hypothèse où le caractère irrecevable ou infondé du moyen produit est manifeste que le juge pourrait rejeter la demande sur ce fondement. Dès lors qu'il

[1] En droit positif, elles divergent selon que la demande est adressée au juge administratif des référés (v. art. L. 521-1 CJA), au premier Président d'une cour d'appel judiciaire (art. 514-3 CPC), à la Cour d'appel de Paris dans le cadre de sa compétence spéciale (art. L. 464-7 et -8 C. com.) ou encore à une cour administrative d'appel (art. R. 811-14 à -19 CJA). Sur cela v. nos développements *supra*, Partie I – Titre II.

[2] Ce qui signifie que « la demande de suspension n'est recevable que si elle accompagne un recours principal » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* précité, n° 1561). Cela entraîne aussi pour conséquence que l'irrecevabilité du recours au fond emporte irrecevabilité de la demande de sursis à exécution.

[3] En droit positif, la demande de sursis à exécution d'une décision de l'Autorité de la concurrence adoptée en matière de pratiques anticoncurrentielles n'a pas, en principe, à être assortie de moyens de nature à créer un doute relatif à sa légalité. Seules les conséquences manifestement excessives tirées de l'exécution comptent. Pour une présentation plus complète de cet état du droit positif et de solutions prétoriennes qui semblent aller au-delà de la lettre des textes v. *supra*, n° 327.

[4] L'objectif est alors pour le requérant de convaincre le juge que l'exécution immédiate priverait son droit au recours d'effectivité : si les conséquences de l'exécution sont pour lui irréversibles, l'annulation ou la réformation éventuelle de l'acte par la juridiction de recours ne saurait suffire à le rétablir dans sa situation initiale.

[5] Nonobstant la solution retenue par le droit positif en matière de pratiques anticoncurrentielles, il nous semble plus cohérent de réintégrer une telle condition. Si le principe est celui du caractère directement exécutoire de l'acte, il est peu cohérent d'envisager d'y faire obstacle sans que le moindre doute existe quant à sa régularité. C'est d'ailleurs la solution en principe retenue par le droit positif. V. par ex. art. 514-3 CPC qui exige la production d'un « moyen sérieux d'annulation ou de réformation » ; art. L. 521-1 CJA qui vise « un doute sérieux quant à la légalité de la décision » ou encore les art. R. 811-15 et -17 qui évoquent tous deux des « moyens sérieux ». Soit dit en passant, les deux conditions pourraient bien souvent se rejoindre en pratique car les conséquences manifestement excessives qu'entraînerait l'exécution peuvent résulter d'une mesure répressive adoptée en violation du principe de proportionnalité, ce qui est de nature à créer un doute sur sa légalité.

[6] Ainsi peut-on songer à une condamnation pécuniaire dont le paiement conduirait l'opérateur à une situation de cessation de paiement ou encore à des injonctions telles qu'elles entraîneraient des modifications excessives dans le fonctionnement commercial de l'entreprise. En matière de concentration, le concurrent qui entend contester une décision d'autorisation et en obtenir la suspension le temps du traitement du recours au fond pourrait invoquer les conséquences que son exécution entraînerait sur la structure du marché et/ou sur sa propre situation.

ne peut, en s'en tenant aux apparences et à l'évidence, remettre en cause ledit moyen, le sursis doit être accordé[1].

695. Le pouvoir de contrôle de la bonne protection du secret d'affaires. Parmi les décisions que les autorités de concurrence adoptent en cours de procédure, figurent celles relatives au secret des affaires. Leur régime et les recours dont elles peuvent faire l'objet en droit positif ont été étudiés[2]. La Cour de la concurrence doit exercer son office et permettre l'unification sur ce plan également[3]. Nous nous focaliserons ici sur le recours immédiat dont doivent pouvoir faire l'objet les décisions ordonnant la levée du secret ou refusant sa protection[4].

Les concernant, le caractère suspensif du recours est une condition *sine qua non* à son effectivité[5] : une fois la décision adoptée, l'accès à l'information est mis en œuvre dès les heures qui suivent son prononcé et le contrôle du juge sur la décision de refus de classement ou de déclassement perd son utilité. Le recours tendant au prononcé du sursis à exécution[6] n'est pas d'un grand secours. Son exercice par l'opérateur qui invoquait le bénéfice de la protection de son secret – aussi diligent soit-il – est voué à l'ineffectivité : une fois l'information communiquée, le secret n'est plus et le juge intervient à contretemps[7].

Il convient dès lors d'enfermer l'exercice de ce recours dans un délai court mais suspensif[8] de dix jours. Pour éviter l'allongement inutile de la procédure et déjouer toute stratégie dilatoire, les autres parties et l'autorité saisie de l'affaire au fond doivent disposer d'un droit d'enjoindre l'opérateur concerné d'opter dans un très bref délai de trois jours. En l'absence de réponse de sa part ou d'exercice, dans ce délai, d'un recours contre la décision de déclassement ou de refus

---

[1] Il doit alors pouvoir l'être, comme en droit positif, pour tout ou partie de l'acte (par ex. : uniquement pour l'un des engagements pris par les parties à un projet de concentration ou, en matière répressive, pour la seule partie de la décision ordonnant la publication) et jusqu'à ce que le recours au fond soit tranché ou pour un délai plus court. Autrement dit, le juge doit avoir la maîtrise du principe, du champ et de la durée de ce sursis à exécution.

[2] V. *supra*, n° 332 et s. ainsi que n° 369 et s. (concernant les procédures conduites par l'Autorité de la concurrence) et n° 475 et s. (concernant celles conduites par la DGCCRF et le rappel fait au sujet de la protection du secret des affaires au cours d'un procès).

[3] Ce qui ne la dispense aucunement d'assurer une telle protection dans son propre prétoire. Il suffit alors d'octroyer au juge chargé de l'instruction en son sein des pouvoirs similaires à ceux prévus par l'art. L. 153-1 C. com. Sa qualité de juridiction de recours ne justifie aucune dispense à cet égard (v. art. R. 153-8, III C. com. qui envisage le rôle du conseiller de la mise en état sur ce plan). Sur cet aspect v. *supra,* § I – B – 1 de la présente Section.

[4] De tels recours sont également prévus, en droit positif, lorsque le litige relatif à la protection du secret d'affaires prend naissance à l'occasion d'une procédure judiciaire de première instance (v. art. R. 153-9 C. com.). Concernant le recours contre les décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence v. *supra*, n° 332 et s.

[5] Les rédacteurs de la réforme de 2018 ne s'y sont d'ailleurs pas trompés : qu'elle intervienne avant tout procès au fond ou dans le cadre d'une instance au fond, la décision par laquelle le juge ordonne la communication ou la production d'une pièce qu'une partie ou un tiers estime couverte par le secret est susceptible de recours suspensif et aucun juge ne peut en ordonner l'exécution provisoire (v. art. R. 153-8, al. 2 et art. R. 153-9, II et III C. com.).

[6] Prévu, concernant les décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, par l'art. R. 464-24-4.

[7] Ce que n'ont pas manqué de relever certains praticiens, v. G. ODINET, « Le Conseil d'État, juge des concentrations », *RLC,* n° 2016/47, p. 21.

[8] Et ainsi de renverser le principe du caractère non suspensif posé par l'art. R. 464-24-4 C. com.

de classement, il sera réputé y avoir acquiescé et l'accès à l'information litigieuse sera rendue effective au profit des autres parties[1]. Si le recours est exercé dans les délais, la durée de son traitement par la Cour de la concurrence doit demeurer suspensif, ce qui impose d'astreindre cette dernière à un bref délai de résolution de quinze jours à compter de sa saisine[2].

Sur le fond, il appartiendra à la Cour de reconsidérer la demande de protection et parvenir à concilier les intérêts en jeu (secret d'affaires, droits de la défense, contradictoire mais aussi bonne administration de la justice et intérêt général). Son rôle sera alors proche de celui joué, en droit positif, par la Cour de Paris dans le cadre de sa compétence spéciale : lorsqu'elle la jugera irrégulière et/ou infondée, il lui reviendra d'exercer un plein pouvoir de réformation en substituant sa décision à celle de l'autorité de « premier ressort » ; sauf à ce que les circonstances l'en empêchent, auquel cas elle devra se contenter d'une annulation avec renvoi[3]. Pour le reste, il convient que le droit positif et la jurisprudence qui s'est développée en matière de pratiques anticoncurrentielles soient maintenus[4].

3. Les pouvoirs généraux d'un juge des référés

696. La Cour de la concurrence, juge du référé. Enfin, à l'instar de tout juge du fond, la Cour de la concurrence doit disposer, pour apporter une réponse efficace à des demandes urgentes, du pouvoir d'ordonner certaines mesures par la voie du référé[5]. Par-delà son pouvoir de suspendre l'exécution des actes qui font l'objet d'un recours, elle doit ainsi pouvoir être saisie, lorsque les conditions en sont réunies, d'actions en référé tendant à la préservation d'éléments

[1] Il s'agirait de ce que la doctrine qualifie « d'action interrogatoire ». La « violence » et les dangers du procédé sont connus (v. E. JEULAND, « Les actions interrogatoires en question », *JCP G,* 2016, 737 et O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* 2e éd., 2018, p. 170-173). Ils peuvent toutefois être contenus par l'imposition d'un formalisme rigoureux (écrit avec mentions obligatoires relatives, notamment, au bref délai d'option) et par un travail de pédagogie mis à la charge des autorités qui ordonnent la levée d'un secret ou refusent l'octroi de sa protection.

[2] On pourrait s'inspirer du modèle de la procédure accélérée au fond. La procédure serait alors orale, à juge unique et initiée par voie d'assignation à une audience dont la date et l'heure sont préalablement fixées. En outre, l'assignation d'heure à heure serait possible, sur autorisation du président de la juridiction, si l'urgence le justifie (art. 481-1, 5° CPC). Sur cette procédure v. art. 481-1 CPC et pour une présentation : Y. STRICKLER, « De la forme des référés à la procédure accélérée au fond », *JCP G*, 2019, doctr. 928. Enfin, il est opportun que le recours soit instruit et jugé en chambre du conseil comme le droit positif le prévoit en matière de pratiques anticoncurrentielles (art. L. 464-8-1, al. 3 C. com.). Pour rappel, le délai laissé au juge pour trancher un tel recours en matière de pratiques anticoncurrentielles est, en droit positif, d'un mois (v. art. R. 464-24-3 dernier al. C. com.).

[3] Ces hypothèses devraient être rares : on peut envisager une demande de communication à laquelle il serait fait droit sans que la partie qui invoquait le bénéfice du secret n'ait été entendue. L'atteinte au contradictoire justifierait l'annulation de toute la procédure et le renvoi à l'autorité de « premier ressort ». Il est toutefois souhaitable qu'en de telles circonstances, le juge de recours évoque ce pan de l'affaire et tranche définitivement la demande en invitant les parties à formuler des observations, le tout en vue d'éviter les renvois chronophages.

[4] Pour un rappel de ces éléments, v. *supra*, n° 332 et s.

[5] Sur la formation à laquelle il convient de confier ce pouvoir v. *infra,* Partie II – Titre II – Chap. 2.

de preuve qui pourraient s'avérer nécessaires dans le cadre d'une instance future[1] ou encore être habilitée à prononcer toute mesure utile à la préservation des droits des parties en cause dans l'attente de la résolution d'un litige dont elle est saisie au fond. Le champ de sa compétence en la matière doit demeurer inchangé : la Cour est la juridiction de référé compétente dans toutes situations où elle serait compétente au principal.

Venons-en, désormais, à l'étude pouvoirs qu'il convient de lui confier pour se prononcer sur les recours ayant pour objet les actes « définitifs » des différentes autorités de concurrence.

B. Les pouvoirs de traitement du recours contre un acte juridictionnel

697. Pouvoirs d'une juridiction d'appel unique et spécialisée. Chaque fois qu'elle sera saisie d'un recours exercé contre un jugement rendu par une juridiction de premier degré ayant statué en qualité d'autorité de concurrence[2], la Cour de la concurrence devra endosser l'office d'un juge d'appel et se comporter comme tel[3]. Reste que sa qualité de juridiction de recours unique et spécialisée tend à la poursuite d'objectifs spécifiques (1) au regard desquels il lui appartiendra d'orienter l'exercice de ses pouvoirs (2).

1. Fonctions d'une juridiction de recours spécialisée à compétence nationale

698. Fonction disciplinaire, harmonisation et pédagogie. Lorsque c'est le jugement d'une juridiction de première instance qui fera l'objet d'un recours, la spécificité principale proviendra du champ de compétence de la Cour de la concurrence. Juridiction de recours spécialisée à compétence nationale, elle aura indistinctement à se prononcer sur l'appel interjeté contre la décision d'un tribunal administratif ou contre celle d'un tribunal de commerce ou, plus rarement, d'un tribunal judiciaire. Par-delà la fonction disciplinaire qu'elle exercera au même titre que tout juge de recours, cette dimension particulière tend à la poursuite d'objectifs spécifiques déjà évoqués : veiller à ce que l'arsenal législatif considéré soit appliqué de manière harmonisée par toutes les juridictions de premier ressort sur l'ensemble du territoire d'une part, et assurer, à destination de ces dernières – dont certaines seulement sont spécialisées – une mission de pédagogie d'autre part.

[1] Sur le modèle et dans les conditions de l'art. 145 CPC.
[2] Cette « qualité » est dépourvue de consistante normative. Nous l'utilisons pour désigner les juridictions qui composent le pôle juridictionnel des autorités nationales de concurrence tel que nous l'avons délimité. Autrement dit, cette qualité doit être reconnue à toute juridiction de première instance qui fait application de l'arsenal législatif tendant à l'établissement et au maintien d'une saine et libre concurrence. Sur tout cela, v. notre Partie I.
[3] Pour quelques rappels sur ces éléments, v. *supra*, n° 509 et s.

Pour ce faire, il lui reviendra d'adopter des méthodes de motivation et de rédaction détaillées, claires et accessibles afin que ses décisions soient comprises et intégrées tant par les juges du premier degré que par les justiciables et leurs conseils. Elle devra par ailleurs exercer ses pouvoirs de juridiction d'appel en conservant, entre autres, le souci d'accomplir ces objectifs.

2. L'exercice orienté des pouvoirs d'une juridiction d'appel

699. Les pouvoirs classiques d'un juge d'appel. Une présentation statique de l'office du juge d'appel conduirait à distinguer deux hypothèses. Lorsqu'il est saisi de conclusions qui critiquent la régularité de la décision litigieuse, son office consisterait à annuler le jugement vicié puis à renvoyer l'affaire aux premiers juges afin qu'il soit régulièrement statué sur le fond. Il userait alors de son seul pouvoir d'annulation[1]. Lorsqu'il est saisi de conclusions contestant le bienfondé de la solution retenue par les premiers juges, son office consisterait à exercer son pouvoir de réformation en vue de statuer sur le fond et de substituer sa propre décision à celle, mal fondée, de ses homologues du premier degré. Cette présentation est datée : il est aujourd'hui acquis que – sauf rares hypothèses – le juge d'appel a vocation à statuer sur le fond et à substituer sa décision à celle des premiers juges, que celle-ci soit viciée ou mal fondée[2].

---

[1] Son office serait alors proche de celui du juge de l'excès de pouvoir (C. BROYELLE, « L'office du juge d'appel et les moyens », *AJDA*, 2019, p. 690), voire de celui du juge de cassation (v. S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir,* Dalloz, 2002).

[2] Quand bien même le juge d'appel fait droit à une demande d'annulation du jugement, il a vocation à se prononcer, par la suite, sur le fond. La solution vaut en contentieux administratif dès lors que l'une des parties a conclu au fond (CE, sect., 21 octobre 1966 *Sté Française des mines de Sentein,* n° 63077, sur lequel v. F. DONNAT et D. CASAS, « Le juge d'appel, l'effet dévolutif et la faculté d'évoquer », *AJDA,* 2003, p. 1154 et déjà M. LETOURNEUR, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », *EDCE*, 1958, p. 59). Bien qu'elle ne soit qu'une faculté discrétionnaire du juge (CE, 22 mars 1993, *Dame Fraboul,* n° 129052) l'évocation fait, en pratique, figure de principe : il en va de la célérité de la justice, du respect du délai raisonnable et, plus généralement, de l'intérêt du service public et des justiciables.
En procédure civile, l'évocation est prévue par des textes spécifiques (dans le cadre de l'appel contre un jugement statuant sur la compétence, v. art. 88 et 89 CPC, ou d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction ou a, statuant sur une exception de procédure, mis fin à l'instance, v. art. 568 CPC). La Cour de cassation incite à faire application de la faculté d'évocation dans des hypothèses non prévues (v. pour l'appel contre un jugement qui ordonne un sursis à statuer : Civ. 2ème, 25 mars 1985, n° 80-40788 et Civ. 2ème, 27 septembre 2012, n° 11-11762).
Ainsi, tout juge d'appel dispose du pouvoir de statuer au fond après avoir prononcé l'annulation d'un jugement (par ex. pour violation du contradictoire ou insuffisance de motivation). Dans une telle hypothèse, le Code prévoit que la dévolution opère « pour le tout » (art. 562, al. 2 CPC). C'est donc en application de l'effet dévolutif qu'il est conduit à le faire, ce qui renvoie davantage à son pouvoir de réformation. Dans une telle situation, la doctrine spécialiste du contentieux administratif voit une hypothèse d'évocation (par ex. M. GUYOMAR, B. SEILLER, ouvrage précité, n° 180-181) et certains magistrats judiciaires semblent adopter la même analyse (D. PONSOT, « L'appel devant le juge civil », *AJDA,* 2019, p. 683). Ces débats (qui ont, un temps, animé doctrine et jurisprudence, v. D. MAS, *La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond : contribution à l'étude de l'appel nullité,* thèse Nice, 1987) ont perdu de leur intérêt depuis que l'art. 562, al. 2 CPC règle – en pratique en tout cas – la question en prévoyant que l'appel annulation, s'il prospère, emporte dévolution pour le tout (v. D. FERRAND, *v°* « Appel – Principe de l'effet dévolutif », *Rép. proc. civ.,* n° 1028).
En définitive nous pouvons, avec un Président de chambre de Cour d'appel, convenir que « en dépit de différences de nature, l'appel tendant à la nullité ne diffère pas fondamentalement, au regard de l'office du juge, de l'appel tendant à la réformation (D. PONSOT, article précité). Cela résulte du fait que les juges d'appel décident bien souvent de se saisir du fond jugeant qu'il en va « d'une bonne justice » (formule de l'art. 568 CPC). Comp.

La Cour de la concurrence doit disposer de l'ensemble de ces pouvoirs et s'inscrire dans cette dynamique. L'objectif de célérité ainsi que les fonctions d'harmonisation et de pédagogie gagneront en effet à ce qu'il soit fait obligation à la Cour de se prononcer sur le fond en lieu et place de la juridiction de première instance dès que les circonstances le permettent[1]. En outre, eu égard à la nature de l'auteur de l'acte objet du recours, il n'existe aucune crainte que le juge du recours s'arroge la fonction et les pouvoirs que le législateur avait confiés à une autorité administrative. Approfondissons le propos en procédant à quelques distinctions.

700. La réformation consécutive à l'effet dévolutif. Tant en contentieux administratif qu'en procédure civile, le pouvoir de réformation est d'abord présenté comme une conséquence de l'effet dévolutif produit par l'appel[2] dont il suit la mesure[3]. Or il convient de restreindre cet effet dévolutif aux seuls chefs de dispositif que les parties – nécessairement représentées – ont pris la peine de critiquer dans l'acte par lequel est introduit leur recours principal ou incident[4]. Mise à part l'hypothèse d'une demande d'annulation du jugement[5] et sauf à relever des moyens d'office, c'est sur ces seuls éléments que la Cour aura pour obligation de se prononcer en exerçant son pouvoir de réformation.

Les limites qui encadrent l'exercice de ce pouvoir sont connues : interdiction est faite au juge de statuer *infra* ou *ultra petita.* La Cour devra se prononcer sur tous les moyens et demandes qui lui sont soumis mais ne pourra aller au-delà. Ainsi ne pourra-t-elle, en l'absence de recours

---

T. GIRAUD, « Vertiges de l'appel », *AJDA,* 2021, p. 142 et I.-G. MAZI, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la procédure administrative contentieuse : entre convergence profonde et divergences superficielles », *RDP,* 2018, p. 1061, qui explique que dans ces deux situations, l'office du juge ne diffère pas fondamentalement.

[1] En droit commun, la mise en œuvre du pouvoir de réformation est une obligation pour les juges d'appel sous peine d'encourir la cassation. Sauf circonstances particulières, le refus de statuer et le renvoi aux premiers juges sont constitutifs d'un excès de pouvoir (v. Civ. 2ème, 22 mai 1996, n° 94-13288). Pour rappel, cette obligation a été étendue au cadre du recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris (Com., 27 septembre 2005, n° 04-16677).

[2] Cet effet relève de l'essence-même de l'appel ; en témoigne la formule de l'art. 561, al. 1er CPC : « l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel ».

[3] *Tantum devolutum, quantum appelatum* (« il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé »).

[4] C'est, semble-t-il, le principe en contentieux administratif (la jurisprudence est fluctuante et ne semble aujourd'hui plus exiger de critique expresse du jugement dans la requête d'appel mais se contenter de l'exposé de moyens au fond qui peuvent être repris de ceux présentés en première instance. Toutefois cette requête devrait toujours, en application de l'art. R. 411-1 CJA, « être regardée comme étant l'acte, d'une part, dans lequel est critiquée la décision juridictionnelle attaquée et, d'autre part, qui balise le procès, au travers de conclusions et moyens de première instance repris en appel », I.-G. MAZI, article précité ; v. l'analyse de cette jurisprudence proposée par F. LELIÈVRE, « Rejuger le litige et non juger le jugement, tel est essentiellement l'office du juge d'appel » , *AJDA*, 2010, p. 1482 et, plus récemment, C. BROYELLE, article précité). Ça l'est de manière certaine en procédure civile depuis l'entrée en vigueur du décret du 6 mai 2017 (v. art. 562, al. 1er CPC).

[5] Dans laquelle la dévolution opère pour le tout en procédure civile (art. 562, al. 2 CPC). L'analyse théorique est différente en contentieux administratif mais conduit à des résultats assez proches en pratique, v. *supra.*

incident ou provoqué, aggraver la situation de l'auteur du recours[1] ou réformer des chefs du jugement non valablement critiqués par les parties.

En se prononçant sur ces moyens et si elle fait droit à certains d'entre eux, la Cour sera conduite à statuer en lieu et place de la juridiction de premier degré et à substituer sa propre décision à tout ou partie de celle des premiers juges (par ex. en modifiant le montant d'une amende civile, de dommages et intérêts, en prononçant la nullité d'un contrat que les premiers juges avaient jugé valable ou encore en statuant sur un moyen qu'ils avaient jugé irrecevable). L'exercice de ce pouvoir de statuer sur le fond ne doit toutefois pas être limité à ce type d'hypothèse.

701. La réformation consécutive à l'annulation. Dans les situations dans lesquelles la Cour sera amenée à annuler le jugement litigieux qui s'était prononcé sur le fond[2], il convient également de la contraindre à se prononcer sur les demandes qui avaient été adressées aux juges de premier degré – le cas échéant complétées et précisées par les écritures au fond produites au stade du recours – en vue de donner une solution définitive au litige. Bien que la solution puisse être discutée sur le plan théorique[3], il convient pour ce faire de prévoir que, lorsqu'il prospère, le recours qui tend à l'annulation d'un jugement qui s'était prononcé sur le fond emporte dévolution pour le tout, à l'instar de ce que prévoit le Code de procédure civile. Cette solution assure que la Cour tranchera le fond – le cas échéant après avoir ordonné des mesures d'instruction – et évite tout risque de renvoi chronophage à une juridiction de premier degré laquelle pourrait, dans bien des hypothèses, se contenter d'adopter la même solution en veillant

[1] Par ex. en retenant à son encontre d'autres chefs de responsabilité ou en augmentant le montant des dommages et intérêts mis à sa charge par les premiers juges. Il s'agit là d'une règle générale applicable à toute instance d'appel (v. par ex. Civ. 2ème, 11 janvier 1995, *JCP G*, 1996, 2606, comm. E. DE RUSQUEC).

[2] Par ex. en raison d'une atteinte irrémédiable au principe du contradictoire.

[3] Sur le plan théorique, la fiction juridique qu'implique la rétroactivité de l'annulation d'un acte, en application de laquelle ledit acte est réputé n'avoir jamais existé, pourrait commander de considérer que, lorsqu'il se prononce sur le fond d'un litige après avoir annulé le jugement des premiers juges, le juge de recours se prononce « pour la première fois » sur le fond et qu'il tranche ainsi des questions qui n'ont pas été tranchées en première instance. Le tout renvoie alors davantage à l'hypothèse de l'évocation – en ce sens que le juge de recours se prononce sur des éléments qui n'ont pas été tranchés par une juridiction de premier degré – qu'à celle de la réformation.
Cependant, l'annulation de la procédure et celle, consécutive, du jugement laissent perdurer certains effets de ce dernier : « lorsqu'une décision de justice est annulée parce que la procédure antérieure a été entachée d'un vice grave, il n'en demeure pas moins que le jugement a existé en tant que fait matériel et positif ; il a été rendu par un juge et, pour cette raison, il a produit certains effets qui, en dépit de l'annulation, ne peuvent être effacés rétroactivement » (R. PERROT, note, *D.*, 1992, p. 556). Parmi ces effets, on retrouve la naissance du droit d'appel à laquelle a donné lieu le jugement et de laquelle découle le dessaisissement des premiers juges. Or « une fois posé que la saisine de la juridiction d'appel dessaisit, de manière définitive, les premiers juges, il s'ensuit forcément que, du même coup, *le juge d'appel est saisi du fond du litige* » ; raison pour laquelle en procédure civile, la Cour de cassation puis le législateur, ont consacré l'effet dévolutif « pour le tout » lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement (v. O. BARRET, « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile », *RTD civ.,* 1990, p. 199). La généralité de la solution ne fait toutefois pas l'unanimité (P. HÉBRAUD, « Effet dévolutif et évocation », *in La voie de l'appel, Colloque National de droit judiciaire,* Annales de la Faculté de droit et sciences économiques d'Aix en Provence*,* 1963, p. 143 et R. PERROT, article précité) et la solution inverse est retenue en contentieux administratif (v. *supra*).

à respecter les contraintes de forme qui pèsent sur elle. Sa décision pourrait de nouveau faire l'objet d'un recours, ce qui aurait pour effet d'allonger de manière déraisonnable la procédure. L'office spécifique de la Cour de la concurrence commande qu'elle fasse usage de ses pouvoirs avec le souci constant d'éviter ce type de désagrément.

702. L'évocation. Reste toutefois l'hypothèse dans laquelle la Cour sera saisie d'un jugement par lequel les premiers juges n'auront pas tranché le fond, soit qu'ils auront rendu une décision avant dire droit susceptible de recours immédiat – ce qui est le cas, en procédure civile et sous certaines conditions, de la décision qui ordonne une mesure d'instruction[1] ou un sursis à statuer[2] – ou qu'ils auront, en statuant sur une exception de procédure, mis fin à l'instance refusant ainsi de se prononcer sur le fond[3] ; soit encore qu'ils ne se seront prononcés que sur une question de compétence[4]. Dans toutes ces hypothèses, si la Cour entend se saisir du fond, elle ne pourra le faire qu'en exerçant son pouvoir d'évocation[5]. La mise en œuvre de ce pouvoir doit demeurer facultative et discrétionnaire[6] : lorsque les conditions en sont réunies, la Cour devra y procéder chaque fois qu'elle considèrera qu'il est « d'une bonne justice » que l'affaire soit tranchée définitivement au fond au détriment d'un scrupuleux respect du double degré de juridiction. Son appréciation et sa décision sur ce plan devront demeurer souveraines et insusceptibles de recours. Lorsqu'elle décidera d'évoquer, elle devra au préalable inviter les parties à conclure dans les conditions qui encadrent la recevabilité des demandes et moyens en cause d'appel et pourra, le cas échéant, ordonner toute mesure d'instruction utile. Pour le reste, il paraît opportun de faire application des solutions retenues par le Code de procédure civile[7].

---

[1] Lorsque la décision se contente d'ordonner une mesure d'instruction, l'appel immédiat n'est possible – sur autorisation du premier président et s'il est justifié d'un motif grave et légitime – que s'il s'agit d'une expertise (v. art. 272 et 545 CPC). Lorsque le jugement est « mixte », en ce sens qu'il tranche une partie du fond et ordonne une mesure d'instruction (art. 544), l'appel est toujours possible (par ex., dans notre contentieux, il pourrait s'agir d'un jugement qui retient le principe de la responsabilité d'une société auteur de pratiques anticoncurrentielles et ordonne la tenue d'une expertise pour l'évaluation du préjudice).
Toujours dans le souci de permettre l'accélération des procédures, il est opportun que cette possibilité de recours immédiat soit prévue devant la Cour de la concurrence et soit étendue à l'hypothèse dans laquelle la juridiction compétente en premier ressort appartient à l'ordre administratif.

[2] Sur autorisation du premier président dans les conditions de l'art. 380 CPC.

[3] Art. 568 CPC (par ex. en prononçant la nullité de l'acte introductif d'instance).

[4] V. l'hypothèse des art. 83 à 89 CPC.

[5] Lequel consiste, pour une juridiction de recours, à se prononcer sur des éléments qui n'ont pas été tranchés par une juridiction de première instance. En contentieux administratif, la distinction est rarement faite entre les jugements qui ont tranché le fond et ceux qui ne l'ont pas fait. Que le juge annule un jugement qui s'était prononcé sur le fond ou qu'il soit saisi d'un appel contre un jugement qui s'en était tenu à se prononcer sur des éléments de procédure, jurisprudence et doctrine considèrent qu'il s'agit de situations dans lesquelles le juge d'appel dispose d'une simple faculté d'évoquer l'affaire. V. sur cela C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 557-562.

[6] Telle qu'elle l'est en droit positif, v. Civ. 1ère, 2 mai 1989, n° 87-17705. La solution est la même en contentieux administratif, v. CE, 22 mars 1993 *Dame Fraboul,* n° 129052.

[7] Pour rappel, depuis l'entrée en vigueur du décret du 6 mai 2017, ce n'est que dans l'hypothèse où la cour d'appel « infirme ou annule » le jugement qui ordonne une mesure d'instruction ou celui qui met fin à l'instance en statuant sur une exception de procédure que l'évocation est possible (art. 568 CPC). La solution doit être étendue au cas

Les pouvoirs dont il convient de doter la Cour pour se prononcer sur les recours ayant pour objet l'acte d'une autorité administrative appellent une réflexion quelque peu différente.

C. Les pouvoirs de traitement du recours contre un acte administratif

703. Pouvoirs d'un juge de la légalité intégré au processus de régulation. Dans l'hypothèse où la Cour de la concurrence sera saisie du recours exercé contre l'acte d'une autorité administrative de concurrence – Autorité de la concurrence ou services du ministère de l'Économie – la différence de nature et l'absence de rapport hiérarchique entre elle et l'auteur de l'acte empêchent de lui confier purement et simplement l'office et les pouvoirs d'une juridiction d'appel[1]. Le recours contentieux exercé contre l'acte d'une autorité administrative ne peut en effet être traité comme un appel[2]. Il en résulte que dans ce cadre, la Cour devra se comporter en juge de la légalité de l'activité et des actes de l'administration. Ce sont les fonctions et pouvoirs traditionnels de ce dernier qui composeront alors son office.

Dès lors, la Cour ne pourra échapper aux débats dont fait l'objet le contrôle juridictionnel de l'administration ; qu'il s'agisse des critiques relatives aux effets parfois jugés trop radicaux du prononcé de l'annulation « sèche » d'un acte ou des craintes qu'inspire l'émergence d'un juge qui se ferait administrateur au moyen d'un usage trop intrusif de ses pouvoirs de réformation et d'injonction pour ne citer que les principaux[3]. Dans le contentieux de la concurrence, certaines de ces craintes pourraient d'ailleurs être accentuées et les inquiétudes que provoque le spectre

---

du jugement qui ordonne un sursis à statuer. À l'inverse, si elle approuve l'un de ces jugements, la Cour doit se contenter de rejeter le recours et de renvoyer l'affaire aux premiers juges.
Dans le cadre de l'appel contre un jugement qui statue sur la compétence, la Cour ne peut évoquer que si elle est juridiction de recours de la juridiction qu'elle estime compétente. Dans notre contentieux, la Cour de la concurrence ne pourra donc évoquer l'affaire que si elle juge qu'était compétente en premier ressort une juridiction habilitée à statuer en qualité d'autorité de concurrence. Cette hypothèse pourrait tout à fait se rencontrer en pratique eu égard aux difficultés que soulèvent les règles organisant la spécialisation de certaines juridictions, notamment en matière de pratiques restrictives (v. *supra*, n° 244 et s.)

[1] Bien qu'il soit possible de convenir, avec un auteur, que certains des pouvoirs du juge d'appel sont assez proches de ceux du juge de la légalité administrative ou ont, du moins, tendance à s'en rapprocher (D. TRUCHET, *Droit administratif,* précité, n° 513, qui rapproche le pouvoir de réformation du juge administratif et le pouvoir d'évocation d'une juridiction d'appel et ajoute « l'une et l'autre ont pour point commun que le requérant quitte le prétoire avec une décision définitive sans avoir à retourner devant l'auteur de la décision qu'il contestait »). Comp. P. DELVOLVÉ, « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly Soc.*, 1990, n° 6, p. 499 (le propos, qui est consacré au contentieux boursier, est parfaitement transposable à notre champ sur le point ici envisagé).

[2] Sur la distinction entre recours administratif contentieux et voies de recours juridictionnelles v. R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir,* Payot, 1926, p. 61 et D. TRUCHET, ouvrage précité, n° 506, qui distingue les voies de recours ouvertes contre un acte administratif de celles ouvertes contre un acte juridictionnel. V. encore, qui écarte cette qualification d'appel dans le cadre de l'étude du contentieux du Conseil de la concurrence : J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 584 – 588.

[3] V. les différents développements consacrés à ces questions dans la première partie de cette thèse.

du « juge administrateur » se déportent sur celui d'un juge qui se ferait régulateur[1]. Un subtil équilibre est alors à trouver et des choix doivent encore être faits sur ce plan.

704. Recherche d'un équilibre. Pour tenter de parvenir à cet équilibre, repartons de notre postulat : l'exercice utile et efficace du contrôle juridictionnel sur un processus de régulation implique de faire du juge un véritable acteur dudit processus. Cette « régulation judiciaire », « par le contentieux »[2], nécessite alors qu'il soit mis en mesure de se saisir des faits et difficultés qui ont motivé l'adoption de l'acte dont il est saisi afin d'y apporter une solution définitive. Autrement dit, la Cour de la concurrence ne pourra utilement exercer son office à l'égard des actes des autorités administratives de concurrence qu'autant qu'elle sera dotée du pouvoir de se prononcer sur le fond en substituant ses appréciations et décisions à celles de l'auteur de l'acte litigieux dont elle constate le mal-fondé ou l'irrégularité (1).

Toujours est-il que, bien que l'exercice de son office le conduise à endosser certains de ses pouvoirs, le juge n'est pas le régulateur. La fonction spécifique que le législateur a confiée à ce dernier impose qu'une part de ses pouvoirs lui soit strictement réservée, sans que le premier ne puisse s'en emparer. C'est sur ce plan que se trouve la délicatesse de l'équilibre à atteindre. Elle implique d'identifier les situations dans lesquelles l'autorité administrative de concurrence met en œuvre de tels pouvoirs afin de limiter l'intervention de la Cour de la concurrence à leur égard. Par dérogation, cette dernière sera privée de son pouvoir de réformation et devra s'en tenir à l'office d'un « juge de l'annulation » (2). Il reste que, même dans ces hypothèses, le prononcé sans nuance d'une annulation rétroactive peut s'avérer trop perturbateur et néfaste aux objectifs poursuivis par le droit et les autorités de concurrence. La Cour devra alors s'emparer des techniques et outils que les juridictions administratives ont développés pour l'éviter ou, lorsqu'il est inévitable, pour en limiter les effets indésirables (3).

1. <u>L'octroi d'un important pouvoir de réformation</u>

705. Le contrôle de l'activité administrative par « un juge à part entière ». D'éminents auteurs ont plaidé pour que le juge administratif devienne « un juge à part entière, exerçant un complet pouvoir juridictionnel » ; ce qui impliquerait la formulation d'une réponse positive et

[1] Ces craintes ont été évoquées à plusieurs reprises, nous nous contenterons par conséquent ici de renvoyer aux contributions de M. Canivet sur le sujet (v. notamment G. CANIVET, « Régulateurs et juges: conclusions générales », *LPA*, 2003, n° 17, p. 50 : l'auteur soulève de nombreuses questions qui peuvent constituer autant de craintes à voir le juge doté du pouvoir de « se faire » régulateur ; « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, précité, p. 188) et aux développements et références proposés par E. JORDAO, thèse précitée, p. 108 et s.

[2] E. BALATE, S. MENÉTREY, « Des magistratures économiques à la régulation judiciaire », *RIDE,* 2013/4, p. 533.

assumée à la question de savoir s'il doit, à cette occasion, se faire administrateur[1]. Aussi, dès lors qu'il est saisi sur recours d'un acte non règlementaire[2] dont il constate l'irrégularité ou le mal-fondé, le juge devrait se saisir du fond en exerçant les pouvoirs qui sont ceux de son auteur en vue de l'adoption d'un acte régulier et bienfondé. Ces mêmes auteurs ne manquent toutefois pas de préciser qu'il s'agit là d'une tendance qui n'exclut pas qu'en certains domaines, et donc à propos de certains actes, le juge s'abstienne de s'emparer des pouvoirs que le législateur a confiés à l'administration[3].

C'est dans cette dynamique qu'il convient d'inscrire la Cour de la concurrence. Les avantages du recours de pleine juridiction[4] – principalement l'octroi au juge d'un pouvoir de réformation – sont connus et certains présentent un intérêt particulier dans le contentieux concurrentiel[5]. Les plus nombreuses et solides garanties offertes au justiciable[6] sont bienvenues et même souhaitables dès lors que l'acte litigieux revêt une dimension coercitive, sinon punitive. En outre, le règlement du litige au fond par le juge évite le renvoi et d'éventuels recours successifs, ce qui permet d'obtenir, dans de plus brefs délais, une correction de l'illégalité constatée[7]. Dans un contentieux où le temps constitue un enjeu majeur cet avantage est, lui aussi, bienvenu.

706. L'insertion du juge dans le processus de régulation par un large exercice du pouvoir de réformation. L'étude du contentieux administratif enseigne encore que le choix du type de recours juridictionnel auquel il convient de soumettre un type d'acte ou de contentieux « est rarement le fruit d'une théorie juridique » préétablie[8]. C'est en fonction de la mission qui lui

---

[1] Le professeur Gaudemet a ainsi appelé le juge à « admettre qu'il lui appartient, davantage et plus souvent, de faire acte d'administrative active ou de procéder par injonction » (Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? », *in* G. GARVADAUD, H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI*ème *siècle,* Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 180-181). V. aussi, pour une critique de la contestation du pouvoir de substitution du juge : M. COLLET, thèse précitée, p. 164 et s.

[2] C'est en tout cas à ce champ que M. Gaudemet propose de restreindre l'évolution et c'est celui qui nous retient dans le cadre de cette étude (v. Y. GAUDEMET, article précité, p. 190).

[3] Un Président de tribunal administratif appelant aussi de ses vœux le développement de tels pouvoirs au profit du juge administratif fixe une limite : « la réformation ou la substitution devraient seulement être opérées sur des points à l'égard desquels les pouvoirs de l'administration sont liés par les textes applicables, et non pas sur ceux où elle dispose d'une marge d'appréciation discrétionnaire » (R. VANDERMEEREN, « Les espoirs et interrogations du juge », *in* G. GARDAVAUD, H. OBERDOFF (dir.), ouvrage précité, p. 242). M. COLLET (thèse précitée, p. 169-171) évoque lui une « autolimitation du juge » quant à son « pouvoir de substitution ».

[4] Pour une présentation concise mais non moins complète v. J.-M. WOEHRLING, « La redécouverte du plein contentieux », *in* G. GARDAVAUD, H. OBERDOFF (dir.), ouvrage précité, p. 247, spéc. p. 255-258.

[5] Nous reviendrons *infra* sur la question de la date à laquelle le juge doit se placer pour statuer selon qu'il se prononce en qualité de juge de plein contentieux ou de juge de l'excès de pouvoir.

[6] Relevées, notamment, par le Commissaire au gouvernement qui a conclu sur « l'affaire *ATOM* » (C. LEGRAS, concl. sur CE, ass., 16 février 2009 *ATOM*, n° 274000, *RFDA,* 2009, p. 259).

[7] V. encore les conclusions de Mme Legras sur « l'affaire *ATOM* » (précitées) par lesquelles elle rappelle à la formation de jugement que « le plein contentieux répond mieux à la volonté qui est la vôtre que le juge des sanctions administratives soit efficace et rapide ». V. aussi M. COLLET, thèse précitée, p. 154.

[8] Formule adressée à ses collègues du Conseil d'État par le Président Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt CE, sect., 8 janvier 1982 *Aldana Barrena*, n° 24948. Était visée la situation dans laquelle, en l'absence de prévision

est dévolue, laquelle est « plus ou moins importante selon les matières », que le juge – ou le législateur – détermine le type de recours le plus approprié. Il s'agit en somme d'une « approche pragmatique »[1] animée par la préoccupation de « donner au juge des moyens adaptés à sa mission, pour une bonne administration de la justice et la prise en compte des intérêts du justiciable et des prérogatives de l'administration »[2]. Si l'on veut faire de la Cour de la concurrence un véritable acteur du processus de régulation de la concurrence, il convient de la doter des moyens de rétablir la légalité dans le temps et dans les formes requises par l'activité économique. Cela nécessite de nouveau de lui octroyer un large pouvoir de s'emparer du fond.

En droit positif, le contentieux de la concurrence est déjà partiellement marqué par cette dynamique[3]. Dans le cadre de sa compétence spéciale pour connaître des recours contre les actes de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris dispose, au côté de son pouvoir d'annulation, d'un pouvoir de réformation qu'elle est tenue de mettre en œuvre[4] chaque fois qu'elle est en mesure de le faire[5], au besoin en ordonnant des mesures d'instruction et ce même lorsqu'elle annule un acte de l'Autorité[6]. La Cour de Paris s'empare sans encombre des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence – mais guère davantage – en étant alors limitée tant par les formes qui encadrent leur mise en œuvre que par les demandes des parties[7].

Le Conseil d'État adopte une attitude similaire lorsqu'il est saisi de recours contre les actes adoptés dans le cadre du contrôle *ex post* des concentrations. Il s'octroie, lui aussi et par les

législative, il appartenait au juge lui-même de déterminer le type de recours auquel il allait soumettre l'acte ou le contentieux en question. La préconisation pourrait néanmoins tout à fait être adressée, aussi, au législateur.

[1] Selon la qualification retenue par Mme Legras dans ses conclusions précitées (*RFDA*, 2009, p. 259).

[2] I. DE SILVA, concl. sur CE, sect., 23 novembre 2001 *Cie Nationale Air France*, n° 195550 (*CJEG,* 2002, p. 230).

[3] Ces éléments ont fait l'objet de développements conséquents dans notre Première partie à laquelle nous renvoyons pour le complément. Nous nous contenterons ici d'en rappeler des éléments essentiels.

[4] V. art. L. 464-8, al. 1 C. com. et, par ex., Com., 27 septembre 2005, n° 04-16677.

[5] Ce qui est, à la lecture de la jurisprudence, par principe le cas sauf dans deux situations :
- lorsqu'elle relève une cause d'annulation qui atteint la procédure dans son ensemble et porte irrémédiablement atteinte aux droits de la défense ou entraîne une mise à l'écart de tous les éléments de preuve,
- lorsqu'elle annule une décision antérieure à la notification des griefs (irrecevabilité ou non-lieu).

[6] Son pouvoir de réformation confine alors à un pouvoir de « substitution ». V. J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 848 ; Y. GAUDEMET, « Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », précité ; E. PUTMAN, *Contentieux économique,* précité, n° 232 et 240. En outre, M. Putman avance que la Cour fait parfois application du pouvoir « d'évocation » qu'elle détient dans son office classique de Cour d'appel. Bien que pouvoirs de substitution et d'évocation présentent des similarités (v. *supra*), le second n'est concevable, au sens strict, que lorsque c'est un acte juridictionnel qui fait l'objet du recours. La référence découle donc d'une assimilation – sinon d'une confusion – des décisions du Conseil de la concurrence à des jugements, pourtant écartée sans ambiguïté par la jurisprudence (v. Première partie). La confusion est faite par d'autres auteurs qui avancent que la Cour peut « annuler la décision de l'Autorité et, en évoquant l'affaire, substituer sa décision à celle de l'Autorité » (O. ANCELIN, I. FOSSATI-KOTZ, « L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence », précité, spéc. n° 30, l'ambiguïté est perceptible dès la lecture du titre de la contribution).

[7] Sur les limites au pouvoir de réformation de la Cour v. *supra*, n° 340 et s.

mêmes moyens, de larges pouvoirs de statuer au fond[1]. De manière générale, dans le cadre du contentieux de la régulation économique, un auteur relève l'existence d'un « pouvoir de réformation assumé » par les juridictions de recours[2]. La remarque vaut pour une part du contentieux qui naît de l'exercice des recours contre les actes des autorités nationales de concurrence mais cette tendance n'est toutefois pas homogène ; elle varie au gré de la nature de l'acte litigieux, de la qualité de son auteur et du juge compétent pour connaître du recours.

La réorganisation proposée doit être l'occasion de généraliser et d'uniformiser l'octroi au juge de recours du pouvoir de se prononcer sur le fond dès lors qu'il juge l'acte litigieux mal fondé ou qu'il en prononce la nullité. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les débats relatifs à la distinction entre réformation et substitution – dont la confusion semble consommée[3] – il convient de poser pour principe que la Cour de la concurrence sera tenue de statuer sur le fond dès lors qu'elle constate le mal-fondé ou la nullité de l'acte d'une autorité administrative de concurrence dont elle a été saisie[4]. Il lui appartiendra de corriger les illégalités commises par son auteur en s'inscrivant dans le temps de son action et sans perturber sa quête de sauvegarde d'une libre concurrence sur les marchés. Le pouvoir de réformation est l'outil le plus efficace pour ce faire. S'il est susceptible de conduire le juge à faire acte d'administrateur – voire de régulateur – il ne saurait aller au-delà de ce qu'exigent le principe de légalité et l'efficacité du recours. Son exercice doit s'arrêter là où commence la nécessaire marge d'autodétermination dont bénéficient les autorités administratives spécialisées[5]. Ainsi le principe est posé mais n'exclut pas que la Cour devra parfois faire œuvre « d'autolimitation »[6].

---

[1] V. *supra*, n° 424 et s. (l'analyse appelle davantage de nuance concernant le contrôle de certains des actes du contrôle *ex ante,* v. n° 390 et s.).

[2] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 812-816.

[3] Tant en doctrine qu'en jurisprudence, v. *supra*, n° 348 et s. ainsi que les références citées. V. encore, danse le contentieux de la régulation économique, M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 816. V. toutefois H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif,* précité, n° 536-546, qui propose de reposer les bases de la distinction entre réformation et substitution et indique en somme que « ce que l'on nomme, à tort, « pouvoir de substitution » dans le plein contentieux objectif n'est autre qu'une modalité extrême du pouvoir de réformation du juge », ce qui témoigne tout de même d'une distinction délicate.

[4] L'outil procédural pour ce faire pourrait être la prévision que le recours produit, sauf exception, un effet dévolutif en conséquence duquel le juge est tenu de statuer sur le fond. C'est l'outil mobilisé par la Cour de cassation pour contraindre la Cour de Paris à statuer au fond – sauf exception – après qu'elle a annulé une décision de l'Autorité de la concurrence, v. Com., 27 septembre 2005, n° 04-16677, *D.*, 2005, p. 2590, note E. CHEVRIER.

[5] Ce que la doctrine a pour habitude de qualifier de « pouvoir discrétionnaire ». Sur cette théorie, son sens et ses limites v. notre analyse *supra,* Section 1 du présent chapitre.

[6] Selon l'expression de J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin,* Bruylant-Sirey, 1963, t. 2, p. 828. L'auteur explique que la retenue du juge à s'immiscer dans certains pans de l'action administrative relève « d'une autolimitation, non pas d'un impératif extérieur à sa volonté » en ce sens qu'aucun texte ne consacre expressément une telle interdiction.

2. Les limites au pouvoir de réformation

707. La limitation du pouvoir de réformation de la Cour : nécessité et inéluctabilité. Il est des situations dans lesquelles il convient de limiter le pouvoir de la juridiction de recours de statuer sur le fond en lieu et place de l'auteur de l'acte litigieux. La Cour de la concurrence se trouverait alors, quel que soit l'objet de la demande dont elle est saisie, face à une alternative à trois branches[1] : rejeter le recours, annuler l'acte et mettre un terme à la procédure et aux éventuelles poursuites, annuler l'acte puis renvoyer le dossier à l'autorité qui en était l'auteur en vue de la reprise de la procédure et d'éventuelles poursuites.

Une telle limitation sera parfois *nécessaire* pour assurer que la Cour ne s'empare point de pouvoirs que le législateur a entendu confier en propre aux autorités administratives de concurrence et qu'elle n'empiète pas sur la marge d'autodétermination qu'il leur a octroyée (a). Dans d'autres cas, après avoir tiré les conséquences d'une illégalité constatée, la Cour fera face à un dossier lacunaire, sinon vide, l'empêchant de reprendre la procédure et/ou les poursuites qui avaient été engagées. Alors la limitation de ses pouvoirs deviendra *inéluctable* (b).

a. Les limites nécessaires

708. Les actes de droit souple au cœur de l'activité de régulation. L'hypothèse d'une limitation nécessaire des pouvoirs du juge de recours concerne en premier lieu les actes de droit souple que sont habilitées à adopter les autorités administratives de concurrence – l'Autorité de la concurrence principalement – pour mener à bien leurs missions. L'adoption de ces actes « non kelséniens »[2] est au cœur de l'office et de l'activité des autorités administratives indépendantes[3], notamment de celles chargées d'une mission de régulation. Elle est au contraire étrangère à l'office du juge dont la mission première est de « dire le droit » ; l'expression renvoyant aux outils normatifs « traditionnels » qui trouvent sans ambiguïté leur place dans la hiérarchie théorisée par l'auteur autrichien.

Il a été vu que la soumission de ces outils nouveaux et dépourvus d'effets juridiques directs à un contrôle de légalité opéré par un juge était une nécessité[4]. Permettre à ce dernier d'en édicter par l'exercice d'un pouvoir de réformation serait le doter d'un office qui lui est parfaitement

[1] Une quatrième voie peut être envisagée : elle est celle de la « correction » de l'acte. Elle consiste pour le juge à purger l'acte de son vice afin d'éviter d'en prononcer la nullité. Elle sera envisagée au paragraphe suivant.
[2] S. VON COESTER, V. DAUMAS, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple » », comm. sous CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International*, n° 368082, n° 368083 et n° 368084 et CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numéricable*, n° 390023, *DA,* n° 4, avril 2016, comm. 20.
[3] V. J. MOUCHETTE, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes,* précité, spéc. Deuxième partie et nos développements *supra*, n° 426.
[4] V. à ce sujet *supra*, n° 430 et s.

étranger. La solution du droit positif de circonscrire le juge à l'exercice de pouvoirs d'annulation et d'injonction[1] lorsqu'il est saisi de tels actes est donc équilibrée : elle permet un contrôle de leur légalité sans conduire le juge à empiéter sur le cœur de l'activité de régulation[2]. Elle doit par conséquent être maintenue et appliquée à la Cour de la concurrence.

709. Les engagements, résultat de la mise en œuvre d'un pouvoir propre des autorités de régulation. En matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la procédure d'engagements[3] « constitue l'archétype de la procédure négociée » ; peut-être même la seule « à mériter cette appellation »[4]. Cela justifie que nous la traitions à part. Son caractère « véritablement » négocié conduit en outre à la traiter conjointement avec les engagements qui peuvent être proposés, discutés puis adoptés en matière de contrôle des concentrations[5].

Dans l'un et l'autre de ces champs, les engagements sont présentés comme un outil caractéristique de la fonction de régulation des autorités de concurrence[6] en ce qu'ils reposent sur un contrôle et une mise en œuvre *ex ante* – antérieurs à l'ouverture d'une procédure de sanction[7] ou à la réalisation d'une opération de concentration – et une négociation – *a minima* une discussion – entre les entreprises concernées et l'Autorité de la concurrence. Or le juge n'est pas familier de ces méthodes qui ne relèvent pas de son office. Alors, nonobstant le maintien d'un contrôle approfondi de la légalité de ces actes[8], il convient que lorsque la Cour

[1] Ce pouvoir d'injonction présente une importance cruciale en la matière car comme le note un auteur, le recours pour excès de pouvoir conduit en quelque sorte à « annuler des actes qui n'ont rien décidé ». Leur effectivité repose principalement sur l'autorité de leur auteur et sur leur large publicité. Ce sont par conséquent ces éléments que « leur annulation devra s'efforcer d'effacer ». Or cela ne semble possible que par l'injonction faite « à l'auteur de l'acte en cause de diffuser, par les mêmes canaux que l'acte annulé, un communiqué relatif à la situation de ce dernier » (B. SEILLER, « Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le « droit souple » », *Gaz. Pal.,* n° 22, juin 2016, p. 31). L'auteur doute toutefois de l'effectivité d'un tel dispositif, pointant le fait que « les milieux concernés conserveront la mémoire de l'acte initialement émis ».

[2] Ce dont conviennent les observateurs qui approuvent le principe de cette limitation des pouvoirs du juge (v. S. VON COESTER, V. DAUMAS, article précité ; B. SEILLER, article précité ; T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP G,* 2016, 623).

[3] Art. L. 464-2, I et R. 464-2 C. com.

[4] E. CLAUDEL, « Procédure négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder ! », *Concurrences,* n° 4-2015, art. n° 75896.

[5] Art. L. 430-5, II et L. 430-7, II C. com.

[6] V. B. LASSERRE, « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France », précité, p. 25 ; G. A. SOFIANATOS, *Injonctions et engagement en droit de la concurrence. Étude de droit communautaire, français et grec,* LGDJ, 2009, spéc. p. 369. En matière de pratiques anticoncurrentielles, la Cour d'appel de Paris a d'ailleurs jugé que les engagements constituaient un « outil de régulation » et non « une procédure de sanction » (CA Paris, 6 octobre 2009, n° 2008/21057).

[7] Sauf lorsqu'ils sont proposés dans le cadre d'une procédure de transaction menée par l'Autorité, v. art. L. 464-2, III C. com. Dans une telle hypothèse, l'annulation de l'engagement dont il avait été tenu compte dans la fixation du montant de la sanction pécuniaire devrait conduire soit au rehaussement corrélatif, par le juge, du montant de cette sanction, soit au renvoi de l'affaire à l'Autorité pour qu'il soit convenu de nouveaux engagements.

[8] Que nous avons appelé de nos vœux, v. Section 1 du présent Chapitre.

en prononce la nullité[1], elle s'abstienne de statuer au fond en substituant à des engagements négociés ce qui prendrait inévitablement la forme d'injonctions imposées[2].

En matière de concentration, il résulte de cela que dès lors que la Cour sera saisie du recours contre une décision d'autorisation assortie d'engagements dont elle constate l'irrégularité, elle n'aura d'autre choix que de renvoyer l'affaire à l'Autorité faute de pouvoir retrouver l'équilibre auquel avaient consenti cette dernière et les opérateurs par la voie de la négociation. Bien que possiblement chronophage, le maintien de cette solution est nécessaire[3].

710. Les procédures répressives dérogatoires. D'autres procédures dérogatoires tendent à alléger les contraintes qu'entraîne la mise en œuvre d'une procédure de sanction classique par les autorités de concurrence sans toutefois éviter, sauf exonération totale, le prononcé d'une sanction. Il s'agit des procédures de clémence[4] et de transaction[5]. Dans chacune, les parties engagées sont conduites à renoncer à certains droits[6], ce dont il peut résulter une réduction du champ du contrôle juridictionnel. Il est toutefois nécessaire de maintenir un contrôle approfondi quant au respect des règles de forme et de procédure ainsi qu'à la matérialité des faits et à leur gravité qui doivent servir de base à la fixation du montant de la sanction[7]. En outre, d'autres entreprises mises en cause, voire des tiers, peuvent avoir intérêt à contester les conditions de mise en œuvre de ces procédures et/ou les décisions auxquelles elles aboutissent.

Sur le terrain des pouvoirs, des éléments plaident pour un usage prudent et limité de son pouvoir de réformation par la Cour lorsqu'elle sera saisie d'actes adoptés au terme de telles procédures. Bien qu'il soit permis de douter de leur caractère véritablement négocié[8], elles reposent *a minima* sur une forme de « renonciations réciproques »[9]. Or le juge n'a pas pour office de négocier avec les parties et il est inopportun qu'il réforme le contenu d'un acte dont l'équilibre

---

[1] Nullité qu'elle peut « aménager » et/ou assortir d'injonctions à l'attention de l'Autorité, v. *infra.*

[2] Solution que la Cour de Paris semble déjà faire sienne en se jugeant dépourvue du pouvoir d'imposer des engagements non retenus par l'autorité administrative, v. CA Paris, 23 février 2010 *Expedia Inc.*, n° 2009/05544.

[3] V. en droit positif, X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Concentrations : affaire *Canal Plus,* décodage », *AJDA*, 2013, p. 215.

[4] Art. L. 464-2, IV C. com.

[5] Mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence (art. L. 464-2, III C. com.) ou directement par les services du ministère de l'Économie dans les conditions posées par l'art. L. 464-9 (v. Première partie).

[6] Principalement à celui de bénéficier d'une procédure totalement contradictoire puisqu'elles renoncent à la possibilité de contester les faits reprochés, leur qualification et leur imputabilité.

[7] V. nos développements *supra,* n° 578 et s.

[8] Parmi une abondante littérature dont plusieurs références ont déjà été proposées v. E. CLAUDEL, article précité et V. SÉLINSKY, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », *Les dossiers de la RIDE*, 2011/4, p. 63.

[9] L'autorité administrative renonçant en quelques sortes à une sanction plus lourde et l'entreprise à certains droits et garanties dont elle aurait bénéficié au cours d'une procédure classique. Dans une étude consacrée au droit communautaire, un auteur a recours à l'expression de « concessions réciproques » qui fonde, entre autres, son analyse à travers le « prisme transactionnel » (M. MEZAGUER, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne. Un exercice transactionnel de l'autorité publique,* Bruylant, 2015).

repose sur un processus qu'il n'a pas le pouvoir de refaire. Dès lors, il doit veiller à n'exercer son pouvoir de réformation que lorsqu'il n'emporte aucune remise en cause du cadre qui avait fait l'objet de « négociations » et avait été convenu entre l'autorité compétente et le contrevenant. C'est ce principe qui doit gouverner la délimitation du pouvoir de réformation de la Cour de la concurrence en la matière. Il est justifié par plusieurs raisons que nous exposerons avant de procéder à quelques distinctions nécessaires.

D'abord, si le pouvoir de réformation de la Cour lui permettait d'aggraver la sanction prononcée en sortant du cadre protecteur qui avait été offert à l'opérateur en cause, cela aurait pour effet de priver *a posteriori* ce dernier d'un avantage qui constituait la contrepartie de sa renonciation à certains droits et fondait ainsi son « consentement ». En outre, modifier une sanction après avoir remis en cause le processus dérogatoire en application duquel était intervenue l'autorité compétente, et/ou en sortant de la fourchette – d'exonération ou de sanction – qu'elle avait fixée en considération du comportement du contrevenant, conduirait la Cour à porter une atteinte excessive à la marge de manœuvre dont doivent bénéficier les autorités administratives dans la gestion de leurs moyens et choix procéduraux[1]. Elle empiéterait alors sur le cœur de la politique de régulation menée par ces dernières, or ce terrain n'est pas le sien. Dès lors, son pouvoir de réformation ne devra être exercé que dans les hypothèses où elle entend modifier la sanction prononcée en restant dans le cadre convenu entre le contrevenant et l'autorité. Précisons.

711. Transactions. Concernant les décisions adoptées au terme de procédures de transaction, le pouvoir de réformation devra être d'un usage très restreint. En premier lieu, les transactions mises en œuvre par la DGCCRF reposent sur une « proposition » puis une « acceptation » portant sur un montant (et d'éventuelles injonctions) précis[2]. Dès lors, la Cour de la concurrence ne saurait en modifier les termes sans porter atteinte aux intérêts que nous venons d'exposer. Lorsqu'elle constatera un vice affectant la validité d'une telle procédure et/ou l'acte adopté à son terme, elle devra s'en tenir à l'exercice de ses seuls pouvoirs de « juge de l'annulation »[3].

Les transactions mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence[4] reposent, elles, sur une renonciation à contester les griefs notifiés et donnent lieu à une proposition comportant une fourchette qui fixe les montants minimal et maximal de la sanction envisagée[5]. Dans le cadre

[1] Sur laquelle v. *supra,* Section 1 du présent Chapitre.
[2] V. art. R. 464-9-1 C. com.
[3] Qui sont aujourd'hui nombreux et diversifiés, v. les développements déjà consacrés à la question dans notre Première partie et les précisions faites à ce sujet *infra*.
[4] Pour une étude du pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris à l'égard des décisions adoptées au terme de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs v. L. PEREZ, thèse précitée, p. 444-450.
[5] Art. L. 464-2, III C. com.

du recours, pour ne pas perturber l'équilibre de « l'accord », la Cour devra s'en tenir à exercer son pouvoir de réformation qu'en vue de modifier le montant de la sanction et à condition de lui substituer un montant compris dans la fourchette initialement fixée. À défaut, elle priverait le « consentement » de l'entreprise de contrepartie et empièterait sur la marge d'autodétermination qu'il convient de laisser à l'Autorité dans la mise en œuvre de ces outils. Si elle entend sortir de cette fourchette ou remettre en cause l'ensemble de la procédure, elle ne pourra le faire qu'au moyen de l'annulation.

712. Clémence. À l'égard des décisions adoptées au terme d'une procédure de clémence enfin, il faut encore distinguer. Chaque fois que c'est une décision d'exonération totale qui fait l'objet du recours, le pouvoir de réformation du juge doit être anéanti : lorsqu'elle constatera un vice qui affecte une telle décision et/ou la procédure qui en a précédé l'adoption, la Cour devra de nouveau se limiter à l'exercice de ses pouvoirs de « juge de l'annulation ». En revanche, lorsque la clémence accordée n'est que partielle, le seul élément « convenu » entre l'Autorité et l'entreprise est une fourchette de l'exonération qui sera appliquée à la sanction prononcée[1]. Les autres éléments ne le sont pas[2] et peuvent, dès lors, donner lieu à l'exercice de son pouvoir de réformation par le juge. On songe notamment aux modalités de détermination du montant de base de la sanction[3] qui, même dans ce cadre dérogatoire, sont encadrées par la loi et dont la Cour devra assurer une application harmonisée et conforme aux objectifs fixés par le législateur[4]. Elle devra alors le faire, dans les conditions du droit commun[5], en exerçant l'ensemble de ses pouvoirs et, notamment, celui de réformation, tout en veillant à conserver le « cadre négocié » tel qu'il aura été fixé par la décision initiale[6].

---

[1] Soit cette fourchette est fixée, par défaut, en application du communiqué de procédure relatif au programme de clémence (publié par l'Autorité le 3 avril 2015, spéc. § 21) ; soit elle l'est expressément dans l'avis de clémence adopté par l'Autorité (c'était par ex. le cas dans la procédure conduite par l'Autorité dans le cadre de l'affaire du « cartel des yaourts » ; v. CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 23 mai 2017, n° 15/08224, qui mentionne à plusieurs reprises et approuve les fourchettes initialement fixées par l'avis de clémence).

[2] V. V. SÉLINSKY, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », précité.

[3] Montant qui doit, par principe, être calculé en application du « communiqué sanction » publié par l'Autorité.

[4] Le caractère « négocié » de ces procédures et le recul du contrôle juridictionnel qui en résulte emportent, entre autres, le risque d'une perte de rigueur juridique, de cohérence et de lisibilité dans l'application du droit de la concurrence (v. parmi un abondante littérature, les articles précités de E. CLAUDEL et de D. WAELBROECK ainsi que l'analyse de F. MARTY et M. MEZAGUER, « Quelles garanties pour la procédure d'engagement en droit de l'Union européenne ? », *RIDE,* 2016/1, p. 55, bien que cette dernière contribution concerne, en premier lieu, les procédures d'engagements en droit de l'UE, nombre des réflexions qui y sont proposées sont généralisables aux autres procédures dérogatoires de droit interne). Il est par conséquent impératif que le juge continue de veiller à une application harmonisée de cet arsenal législatif et conforme à sa fonction et aux objectifs qu'il poursuit.

[5] Et notamment à condition d'avoir été valablement saisie d'une demande en ce sens.

[6] Ce que semble déjà fait la Cour d'appel de Paris en droits positif ; v. CA Paris, 23 mai 2017, n° 15/08224, (affaire du « cartel des yaourts ») spéc. § 662-667, qui, après avoir annulé la décision de sanction de l'Autorité, exerce son pouvoir de réformation en fixant le montant d'exonération (35%) dans le cadre de la fourchette qui avait été convenue entre l'Autorité et les entreprises contrevenantes (25-40%). La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dont elle a été saisie dans le cadre de cette affaire (v. Com., 24 juin 2020, n° 17-20177).

b. Les limites inéluctables

713. L'annulation nécessitant la mise en œuvre de pouvoirs d'enquête propres aux autorités administratives. Dans d'autres situations, la limitation des pouvoirs de la Cour de la concurrence paraîtra inéluctable. Ce sera le cas chaque fois qu'elle se trouvera, après avoir annulé l'acte objet du recours, confrontée à un dossier d'instruction insuffisant pour statuer au fond. L'hypothèse peut découler de l'annulation d'une partie des actes d'enquête et d'instruction dont il résulte un état lacunaire du dossier – la mise à l'écart d'éléments irrégulièrement réunis empêchant de porter une appréciation éclairée sur l'affaire – ou de l'annulation d'un acte fondée, précisément, sur l'insuffisance des éléments présentés par l'autorité au soutien de sa décision.

En droit positif, une partie de la doctrine s'étonne de la jurisprudence[1] qui permet à la Cour d'appel de Paris de se contenter d'une annulation avec renvoi dès lors qu'elle s'estime ne pas être en possession d'éléments suffisants pour statuer au fond et substituer sa décision à celle préalablement annulée de l'Autorité[2]. L'argument est le suivant : l'effet dévolutif du recours et l'obligation faite à la Cour de statuer sur le fond devraient la contraindre, sans qu'elle ne puisse arguer d'une insuffisance des éléments en sa possession pour ce faire. En somme, ses pouvoirs d'instruction devraient lui permettre – et la contraindre – de compléter un dossier qui, malgré les diligences des parties, s'avère insuffisant[3]. L'analyse repose sur une assimilation des pouvoirs d'instruction du juge aux pouvoirs d'enquête et d'instruction confiés aux autorités administratives de concurrence. Pourtant, ces dernières disposent de pouvoirs spécifiques confiés à des agents spécialisés au sein de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF[4]. Or la mobilisation de ces agents et la conduite des opérations relèvent de la gestion de leurs moyens par ces autorités administratives, laquelle ne peut leur échapper[5]. Il ne serait pas « de bonne

[1] V. Com., 26 février 2008 *SA Brenntag c/ SAS Gaches Chimie,* n° 07/14126.
[2] J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 829 ; E. PUTMAN, ouvrage précité, n° 231.
[3] C'est la solution retenue par le droit processuel général, v. en procédure civile : art. 144 et 146 CPC ainsi que l'art. 4 C. civ. tel qu'interprété par la jurisprudence. Par ex. Com., 4 mai 2010, n° 08-20693, qui juge que l'insuffisance des éléments de preuve ne peut justifier le fait pour les juges du fond de refuser – en l'espèce de différer – l'examen des demandes et la résolution du litige : soit le juge rejette la demande, soit il tranche au fond, le cas échéant en ordonnant une mesure d'instruction.
[4] V. art. L. 450-1 et s. C. com. et R. 450-1 et s. C. com. pour les modalités procédurales de mise en œuvre.
[5] Il n'est pas opportun qu'une autorité à laquelle est confiée une mission et qui dispose de moyens limités pour la mener subisse l'ingérence d'une autre autorité – ici le juge – dans des choix qui relèvent de l'opportunité et s'inscrivent dans une politique globale. Traitant des pouvoirs d'enquêtes de ces autorités, un auteur évoque un « principe de l'opportunité d'enquêter » (L. VOGEL, *Droit de la concurrence – Droit français,* précité, n° 432). Pour rappel, si la compétence des agents de l'Autorité de la concurrence en matière d'enquête est limitée aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations, celle des agents habilités par le ministère de l'Économie est plus large et couvre la transparence commerciale et les pratiques restrictives (art. L. 450-1 C. com.). Quel qu'en soit l'objet, le suivi de ces enquêtes est une tache chronophage dont il paraît inopportun de charger la Cour. En outre, dès lors que des opérations de visites et saisies sont jugées nécessaires, elles se déroulent sous

justice »[1] – et encore moins « de bonne régulation » – que le juge s'empare de la direction de ces enquêtes en lieu et place des autorités spécialisées.

Dès lors, lorsque les lacunes du dossier seront telles que ses pouvoirs d'instruction[2] ne suffiront pas à les combler et que des mesures d'enquête plus lourdes s'avèreront nécessaires, la Cour devra s'en tenir à annuler la décision et à renvoyer l'affaire à l'autorité compétente pour qu'elle y procède, complète le dossier et mène la procédure à son terme. Cette nouvelle limitation de son pouvoir de statuer au fond, bien que possiblement chronophage, constitue « la meilleure solution »[3].

Plus absolue encore est la décision par laquelle le juge annule l'entière procédure en raison d'une atteinte irrémédiable portée aux droits de la défense d'une partie en cause. Dans une telle situation, le dossier n'est plus seulement lacunaire, il est parfaitement vide. L'atteinte est telle qu'elle commande une forme d'annulation disciplinaire de l'entière procédure et de tous les actes – notamment d'accusation et d'enquête – à l'adoption desquels elle a donné lieu. La fiction juridique du « retour à l'état antérieur du droit » doit alors pleinement prendre effet et conduire à rétablir l'entreprise victime de l'atteinte dans l'état qui était le sien antérieurement à l'engagement de la procédure. La procédure est annulée et les poursuites abandonnées. La Cour de la concurrence devra s'en tenir à cela et il appartiendra à l'autorité compétente d'apprécier l'opportunité d'engager de nouvelles poursuites si les conditions sont réunies. Cette solution devra encore être appliquée chaque fois que la cause d'annulation affectera l'entière procédure – notamment d'instruction – ou qu'elle conduira, ce qui revient peu ou prou au même, à écarter du dossier l'intégralité des éléments de preuve[4]. Dans ces deux situations, de fait, le dossier sera « vide », ce qui rendra la reprise de la procédure et les poursuites impossibles. Elles devront par conséquent être abandonnées, à charge pour l'autorité compétente d'en engager de nouvelles.

---

l'autorisation et le contrôle d'un juge des libertés et de la détention (art. L. 450-4 et R. 450-2 et s. C. com). C'est la gravité de l'atteinte aux droits des entreprises et personnes en cause qui justifie l'intervention préalable puis la surveillance de ce juge chargé de la protection de la liberté individuelle de toute personne qui fait l'objet d'une mesure susceptible d'y porter une atteinte grave. Cette mission est trop éloignée de celle de la Cour.

[1] Formule qui gouverne la mise en œuvre de son pouvoir d'évocation par une cour d'appel judiciaire ; v. *supra.*

[2] Sur les pouvoirs d'instruction de la Cour, v. *supra,* § I du présent chapitre.

[3] Ce qu'a relevé à l'occasion d'un commentaire de la jurisprudence actuelle, v. G. DECOCQ, note sous Com., 26 février 2008, n° 07/14126, *CCC,* n° 4, avril 2008, comm. 105 (solution toujours appliquée par les juridictions).

[4] C'est, en droit positif, la solution retenue par la Cour d'appel de Paris et approuvée par la Cour de cassation dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ; v. COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2006*, La Documentation française, Quatrième partie : le commentaire de l'arrêt Com., 31 janvier 2006, n° 04-20360 est ainsi conclu : « après avoir annulé une décision du Conseil […] la cour d'appel est tenue, soit de statuer de nouveau sur les griefs notifiés […] *soit de mettre elle-même fin aux poursuites si les causes d'annulation affectent la procédure dans son ensemble ou conduisent à écarter tous les éléments de preuve* (…) » (nous soulignons).

714. Annulation et exercice de « l'opportunité des poursuites » ou de « l'opportunité de l'action ». La dernière hypothèse dans laquelle il paraît inéluctable[1] que la Cour de la concurrence s'abstienne de s'emparer du fond de l'affaire est celle de l'annulation d'un acte adopté préalablement, ou au stade, de l'exercice par l'autorité compétente de son pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites ou, plus largement, celle d'agir et/ou d'intervenir.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, sont souvent mobilisées à titre d'illustration les décisions de non-lieu, d'irrecevabilité ou de rejet adoptées avant la notification des griefs. Il s'agit, dans les autres champs envisagés, notamment[2] des décisions par lesquelles le ministère de l'Économie décide d'exercer, ou non, son pouvoir d'évocation en matière de contrôle des concentrations ou encore de celui d'engager, ou non, les actions judiciaires dont il dispose en matière de pratiques restrictives[3]. Bien que moins souvent envisagées dans cette perspective, ces décisions doivent connaître le même sort.

Ces hypothèses relèvent toutes de la marge d'autodétermination[4] que le législateur a souhaité confier à ces autorités ; soit qu'il l'a fait expressément, soit que la formulation et l'esprit des textes le laissent percevoir[5]. Puisque les actes envisagés sont le résultat de l'exercice d'un pouvoir d'opportunité dont l'appréciation est confiée aux autorités administratives, le juge ne peut s'en saisir sans enfreindre la répartition des pouvoirs et compétences organisée par le législateur[6]. Par conséquent si elle constate, sur le terrain strictement juridique, un vice qui affecte la validité de la décision – c'est, en pratique, souvent l'abstention qui fait l'objet de

---

[1] Cette hypothèse aurait pu être traitée au titre de la limitation « nécessaire » des pouvoirs de la Cour. Reste qu'elle permet de préserver des pouvoirs que la loi octroie expressément et directement aux autorités administratives ; que l'on songe à l'opportunité des poursuites récemment octroyée à l'Autorité de la concurrence par l'ordonnance du 26 mai 2021 (n° 2021-649). Ces pouvoirs sont exclusivement confiés à ces autorités, la limite devient inéluctable.

[2] Doivent nécessairement être intégrés à cette liste les actes à l'égard desquels nous avons opté, par exception, pour l'organisation d'un contrôle juridictionnel limité (v. *supra,* Section 1, § I du présent Chapitre). En effet, un tel degré de contrôle rend impossible l'exercice d'un pouvoir de réformation ; ce dernier nécessite un contrôle approfondi de tous les éléments de l'acte litigieux par le juge.

[3] V. art. L. 442-4 C. com. et nos développements *supra*, n° 241 et s.

[4] V *supra*, Section 1, § I du présent chapitre.

[5] Pour illustrer cette nuance, on peut comparer l'art. L. 462-8, al. 2 C. com. qui confère expressément un pouvoir d'opportunité à l'Autorité de la concurrence en l'habilitant à rejeter certaines saisines « lorsqu'elles ne les considèrent pas comme une priorité » et l'art. L. 430-7-1, II qui encadre le pouvoir d'évocation du ministre de l'Économie en matière de contrôle des concentrations. Ce dernier texte repose sur des formules « souples » (usage de l'adverbe « notamment »), peu injonctives, qui témoignent d'une volonté de confier au ministre une forme de pouvoir d'opportunité, « d'autodétermination ». Pareille analyse pourrait être menée à propos de l'art. L. 442-4 (pouvoir du ministre d'engager certaines actions en matière de pratiques restrictives).

[6] En outre, lorsque l'acte annulé avait été adopté avant toute enquête et/ou instruction approfondie, on se retrouve dans la situation envisagée au paragraphe précédent : la Cour disposera d'un dossier incomplet et ses pouvoirs d'instruction seront souvent insuffisants. Elle n'aura alors d'autre choix que de renvoyer l'affaire à l'autorité compétente. V. concernant les décisions de non-lieu, rejet ou irrecevabilité de l'Autorité de la concurrence : M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 819 ; C. CARON, G. DECOCQ, « Droit interne de la concurrence », *JCP E,* 2006, 2405 (spéc. n° 15) ; J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 827.

recours[1] – la Cour devra se contenter d'en prononcer la nullité et, le cas échéant, de renvoyer l'affaire à l'autorité compétente en lui adressant, si elle le juge utile, des injonctions. Concernant ces actes, au contrôle déférent s'ajoute ainsi une limitation des pouvoirs du juge.

Dans ces différentes hypothèses, la Cour de la concurrence se trouvera ainsi privée de son pouvoir de réformation. Reste que le souci d'inscrire son intervention dans le processus de régulation sans en provoquer de rupture implique de lui confier davantage que le simple pouvoir de prononcer l'annulation « sèche » [2] de l'acte irrégulier.

3. L'usage raisonné du pouvoir d'annulation

715. Brutalité des effets de l'annulation et nécessaire rétablissement de la légalité : à la recherche d'un équilibre. De ce qui vient d'être dit, il résulte que le juge de recours est parfois chargé de composer avec des intérêts et impératifs difficilement conciliables. Dans les situations identifiées, il doit s'abstenir de statuer sur le fond pour préserver les pouvoirs et que le législateur a réservés à d'autres. Cela l'empêche d'apporter une solution définitive au litige, solution pourtant conforme à l'objectif de célérité qu'il poursuit. En outre, dans ces mêmes situations, l'exercice de son pouvoir d'annulation risque, en raison de la « brutalité » de certains de ses effets[3], d'emporter une perturbation disproportionnée du processus de régulation. Lorsque la procédure ou l'acte litigieux est vicié, le prononcé de cette sanction est pourtant nécessaire au rétablissement de la légalité ; c'est là le cœur de son office.

C'est encore à un subtil équilibre qu'il faut parvenir. Pour prétendre insérer efficacement son intervention dans le processus de régulation, y compris dans ces hypothèses spécifiques, il faut munir le juge d'un panel d'outils plus large que le simple prononcé de l'annulation rétroactive. Il faut en outre lui confier pour mission d'en faire, au gré des espèces, un usage adapté aux impératifs de la matière car dans notre champ peut-être plus qu'ailleurs « les effets de [sa] décision doivent être un élément à part entière de la prise de décision »[4].

Sans qu'il soit nécessaire de trancher la question de savoir si, lorsque ses pouvoirs sont limités à ceux d'un « juge de l'annulation », le juge compétent pour se prononcer sur les recours

[1] Elle peut être explicite, l'on songe notamment au refus d'engager des poursuites opposé à un requérant par l'Autorité de la concurrence ; ou implicite, l'on songe alors à l'abstention du ministre de requérir le passage en « phase II » ou d'exercer son pouvoir d'évocation dans le cadre du contrôle des concentrations.
[2] V. sur cette expression L. JANICOT, « Réflexion sur une nouvelle voie entre l'annulation sèche et l'annulation différée : la définition de règles provisoires par le juge de l'excès de pouvoir », *RFDA,* 2021, p. 41.
[3] J.-H. STAHL, A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA,* 2004, p. 438.
[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *LPA,* 2000, n° 259, p. 4.

envisagés se meut parfaitement en juge de l'excès de pouvoir, l'observation conduit au constat qu'il en endosse les principales caractéristiques[1]. Les outils développés par ce dernier pour sortir du « diptyque annulation/rejet »[2] constituent par conséquent une riche source d'inspiration : leur appropriation par la Cour lui permettrait de s'emparer de la maîtrise des effets de son intervention et de les adapter en vue d'apporter une solution satisfaisante à cette équation *a priori* insoluble[3].

L'étude approfondie de ces outils nous éloignerait exagérément de notre objet. Nous nous limiterons par conséquent à la présentation des principaux traits de ceux qui nous semblent les plus adaptés à l'office de la Cour de la concurrence et renverrons aux contributions dont la lecture peut s'avérer utile à la pleine complétude du propos. Certains tendent à l'évitement de l'annulation (a), d'autres à l'atténuation de ses effets (b).

a. L'évitement de l'annulation

716. Outils d'évitement de l'annulation. Une première catégorie d'outils permet au juge d'éviter le prononcé de l'annulation malgré l'existence d'un vice qui affecte l'acte litigieux. Il s'agit en d'hypothèses « d'illégalité sans annulation »[4] dont certains ont déjà été évoquées[5].

Pourront ainsi être mobilisées par la Cour : la substitution de base légale dans l'hypothèse – assez rare en pratique[6] – où l'autorité administrative a fondé son acte sur un texte « erroné » alors qu'existe un autre texte sur lequel elle aurait pu, dans les mêmes conditions, valablement le fonder[7] ou encore la « neutralisation de motifs » dans l'hypothèse – de nouveau peu courante

---

[1] Bien que nous ayons préconisé qu'en toutes hypothèses, ce juge puisse, pour apprécier la validité de l'acte litigieux, tenir compte d'éléments postérieurs à son adoption. Cela le démarquerait de l'office et des pouvoirs « traditionnels » du juge de l'excès de pouvoir mais des évolutions sont de plus en plus régulièrement constatées sur ce plan en contentieux administratif. V. en matière de contentieux de la régulation économique v. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 738 et B. DEFOORT, « Les petits pas de l'office du juge de la légalité en matière de régulation du secteur bancaire », précité.

[2] Sur les inconvénients de ce « diptyque » et de la prise de conscience du juge à leur sujet v. F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir,* PUAM, 2010, p. 105 et s.

[3] Ce qui imprègnerait pleinement son office du raisonnement téléologique qui innerve le droit de la concurrence, v. M.-A. FRISON-ROCHE, article précité et « Le droit de la régulation », *D.,* 2001, p. 610.

[4] B. SEILLER, « L'illégalité sans annulation », *AJDA,* 2003, p. 963. V. aussi sur le sujet : A. BACHERT, « La régularisation des actes administratifs », *RDP,* 2019, n° 1, p. 3 et l'étude complète de W. GREMAUD, *La régularisation en droit administratif,* Dalloz, 2021.

[5] V. *supra*, n° 390 et s.

[6] Notamment dans le contentieux de la régulation, v. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 770.

[7] Pour une présentation complète v. F. DONNAT, D. CASAS, « La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA,* 2004, p. 2002 ; B. SEILLER, article précité ; F. BLANCO, thèse précitée, p. 309.
Une telle substitution, qui peut être sollicitée par l'administration ou prononcée d'office par le juge, reste une simple faculté pour ce dernier. Elle ne doit priver l'auteur de l'action en nullité d'aucune garantie et le juge doit le mettre en mesure de présenter ses observations avant de procéder à la substitution et au rejet de sa prétention (v. CE, sect., 3 décembre 2003 *Préfet de Seine Maritime c/ El Bahi,* ° 240267).

– où l'acte est fondé sur plusieurs motifs dont certains sont illégaux mais dont les autres suffisent à sa validité[1].

Plus audacieux est le recours à la technique de la substitution de motif. Celle-ci « permet au juge, en présence d'un acte administratif fondé sur un motif illégal, de remplacer le motif vicié par un motif valide, afin de restaurer la mesure litigieuse conformément aux exigences de la légalité »[2]. Il s'agit d'une véritable « réfection » de l'acte contesté. Dans les situations dans lesquelles l'autorité administrative dispose d'un « pouvoir discrétionnaire »[3], cet outil confère au juge une forme de pouvoir de réformation et nécessite qu'il se prête à un contrôle approfondi de l'acte litigieux, notamment « dans la sphère des faits », en vue de substituer sa propre appréciation à celle de son auteur initial[4]. Sa mise en œuvre dans les champs où les autorités administratives de concurrence disposent d'une « marge d'autodétermination » conduirait la Cour à juger de « l'opportunité [de leurs] décisions »[5] ; ce qui constituerait une remise en cause frontale de la nécessaire limitation de ses pouvoirs dans de telles situations. Toutefois, la substitution ne peut intervenir qu'à la demande de ces autorités – ce qui laisse intact leur pouvoir d'initiative – et n'est qu'une faculté pour le juge[6]. La Cour pourra alors en faire application, si ces conditions en sont réunies[7], sous une ultime réserve : que le but recherché par l'évitement de l'annulation soit atteint ; autrement dit que la substitution assure un gain de temps et une moindre perturbation du marché en cause[8].

---

[1] CE, ass., 12 janvier 1968 *Dme Perrot,* n° 70951. Dans une telle hypothèse, « l'annulation n'est […] évitée que si le juge estime que la même décision aurait été prise sur le fondement de ces seuls motifs légaux. Cela suppose qu'il se substitue fictivement à l'autorité compétente. Il est vrai qu'il s'agit alors d'apprécier l'impact de motifs qu'elle avait elle-même retenus » (B. SEILLER, article précité). V. aussi F. BLANCO, thèse précitée, p. 316-317.

[2] F. BLANCO, thèse précitée, p. 311. L'auteur relève, à juste titre, le lien qui existe entre cette pratique du juge de l'excès de pouvoir et celle du juge de cassation en matière civile (v. sur la question E. PRIEUR, *La substitution de motifs par la Cour de cassation,* Economica, 1986).

[3] Après l'avoir circonscrite aux hypothèses dans lesquelles l'auteur de l'acte était en situation de compétence liée, la jurisprudence a admis cette pratique dans des champs où l'administration dispose d'un « pouvoir discrétionnaire ». V. CE, sect., 6 février 2004 *Mme Hallal,* n° 240560.

[4] F. BLANCO, thèse précitée, p. 312. L'auteur va plus loin et explique que « par un contrôle extrêmement poussé, le juge va en effet reconstituer le processus décisionnel, en donnant à la mesure litigieuse le motif de nature à la justifier légalement. L'usage d'une telle technique conduit ainsi la juridiction compétente à substituer en partie son appréciation à celle de l'administration, *à travers une forme d'immixtion dans le processus juridictionnel* ».

[5] C'est la crainte d'A. CLAEYS, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Poitiers, 2005, t. II, p. 929.

[6] Conditionnée par le fait que ce juge soit assuré que l'autorité en cause aurait été amenée à prendre strictement la même décision que celle à laquelle il parvient après avoir substitué le motif.

[7] Et les autres posées par la jurisprudence à savoir : le motif nouveau ne peut utilement être invoqué par l'autorité que s'il est fondé sur la situation existant à la date d'adoption de l'acte litigieux / préalablement à la mise en œuvre de la substitution, tout intéressé doit pouvoir produire ses observations / cette substitution ne doit priver le requérant d'aucune « garantie procédurale liée au motif substitué » (CE, sect., 6 février 2004 *Mme Hallal*, précité).

[8] Commentant une procédure au cours de laquelle le Conseil d'État a été conduit à saisir pour avis le Conseil de la concurrence en vue de procéder à une substitution de motif pour « sauver » une autorisation de concentration délivrée par le ministre, des auteurs notent que cet outil peut entraîner un ralentissement de l'instance (D. THÉOPHILE, P. MÈLE, « Quelques observations sur le contrôle juridictionnel des concentrations par le Conseil

À titre d'illustration[1] l'Autorité de la concurrence pourra, en cours d'instance, solliciter la Cour en vue de modifier les motifs de fait sur lesquels elle s'était fondée pour procéder à une analyse concurrentielle préalable à l'autorisation d'une concentration assortie d'engagements ; analyse initiale qui, par hypothèse, aura été mal fondée[2]. Outre le contrôle des conditions de mise en œuvre d'une telle substitution, il appartiendra alors à la Cour de procéder à une analyse approfondie pour veiller à ce que les nouveaux motifs invoqués suffisent à en rétablir la légalité, au besoin en ordonnant des mesures d'instruction.

717. Rigueur nécessaire. La doctrine a observé une certaine rigueur du juge administratif à l'égard des demandes de substitution de motifs formulées par l'administration[3]. Les nombreux pouvoirs, l'importante influence et la spécialisation des autorités administratives de concurrence commandent que cette rigueur leur soit appliquée. L'outil ne doit pas créer chez elles le sentiment d'avoir « un droit à » parfaire et fonder leurs actes *a posteriori*[4]. La lisibilité de leur action et leur fonction pédagogique s'en trouveraient grandement affectées, ce qui aurait pour conséquence inévitable de perturber le marché. La prudence et la rigueur du Conseil d'État constituent un bon point de mire pour la Cour sur ce terrain[5]. C'est dans ces conditions que la substitution permettra d'atteindre un juste équilibre entre le nécessaire rétablissement de la légalité et le souci de ne pas perturber à l'excès le processus de régulation.

b. L'atténuation des effets de l'annulation

718. Outils d'atténuation des effets de l'annulation. Les outils d'évitement, bien que pouvant répondre efficacement à certaines causes de nullité formelles et « réparables », ne permettront

d'État à l'aune du droit communautaire », *Gaz. Pal.,* n° 14, février 2009, p. 8). Toutefois, la spécialisation accrue de la Cour de la concurrence devrait limiter ce besoin de recourir à des avis extérieurs et en tout état de cause, c'est à l'aune de l'autre branche de l'alternative que ce gain de temps doit être apprécié ; c'est-à-dire l'annulation pure et simple de l'acte et le renvoi à l'autorité compétente afin qu'il en soit adopté un nouveau.

[1] On pourrait multiplier les exemples ; reste que cette technique ne présentera d'intérêt que dans les situations dans lesquelles la Cour de la concurrence sera amputée de son pouvoir de réformation. La DGCCRF pourrait ainsi solliciter une telle substitution pour « sauver » une décision de transaction adoptée en matière de micro-PAC si elle avait été fondée sur des motifs de droit ou de fait erronés (par ex. analyse contradictoire du marché).

[2] Ce que le Conseil d'État a déjà accepté de faire, sur sollicitation du ministre, pour « sauver » une autorisation de concentration dont l'annulation était pourtant, en raison d'une contradiction de motifs, « quasi certaine » v. CE, 20 juillet 2005 *Sté Fiducial et Sté Fiducial Expertise,* n° 279180 ; concl. E. GLASER, *RFDA*, 2006, p. 692, qui utilise cette expression (§ 1.2).

[3] V. F. BLANCO, thèse précitée, p. 315. En matière de concurrence, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de refuser une telle substitution qui avait été sollicitée par le ministre de l'Économie.

[4] V. sur ce point les craintes exprimées par certains membres du Conseil d'État : F. DONNAT, D. CASAS, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2004, p. 436.

[5] Un auteur relève que le Conseil use avec précaution de ce pouvoir et qu'il a le souci de ne pas « modifier *directement* la décision de régulation » (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 773). Pour une illustration v. CE, sect., 31 janvier 2007 *Sté France Antilles,* n° 294896 et la prudence à laquelle le Conseil était invité par son Commissaire au gouvernement (concl. E. GLASER, *RFDA,* 2007, p. 328, spéc. § 4 et s.).

pas toujours d'empêcher le prononcé de cette sanction « brutale »[1]. Ce sont alors les outils d'atténuation de ses effets que la Cour de la concurrence devra s'approprier. Certains permettent de limiter le champ de la nullité, d'autres ses effets dans le temps.

719. Limitation du champ de la nullité. Concernant la limitation du champ de la nullité, le juge administratif a développé la technique de « l'annulation partielle »[2]. L'ayant déjà évoquée[3], nous avons relevé que la difficulté principale de sa mise en œuvre repose sur les notions de divisibilité de l'acte et de « détachabilité » de l'élément illégal dont le requérant voudrait le voir purgé. Si cet élément n'est pas détachable de l'ensemble, l'annulation partielle est en principe impossible.

Dans le champ de notre étude, cette difficulté est susceptible de surgir avec intensité à l'égard des autorisations de concentration assortie d'engagements. La question est alors la suivante : l'engagement est-il un élément détachable de la décision d'autorisation[4] ? Aucune réponse ferme et générale ne pouvant être apportée[5], la Cour devra procéder en deux temps : chaque fois que l'engagement litigieux revêtira, dans la décision d'autorisation, une importance telle que le principe même de l'autorisation est remis en cause en raison du vice qui l'affecte, l'engagement devra être jugé non détachable et l'annulation partielle impossible. À l'inverse, si la Cour est amenée à juger qu'en l'absence dudit engagement, l'Autorité aurait maintenu sa faveur pour la réalisation de l'opération[6], l'annulation pourra ne concerner que celui-ci, à charge pour l'Autorité d'adopter tout nouvel engagement nécessaire au rétablissement de l'équilibre de l'autorisation[7]. Le tout requiert une analyse approfondie[8] que la spécialisation de la Cour de la concurrence permettra. Cette dernière devra toutefois, à cet égard aussi, conserver une

[1] Que l'on songe par exemple à un refus d'autoriser la réalisation d'un projet de concentration qui aurait été fondé sur une analyse trop partielle et lacunaire du marché en cause ou encore à un refus d'engager une procédure de sanction fondé sur un motif erroné (par ex. une prescription non acquise).

[2] Qui consiste, schématiquement, à maintenir « certaines dispositions de l'acte contesté tout en en supprimant d'autres » afin d'éviter d'annuler l'entièreté d'un acte dont le principe n'est pas remis en cause. Cette technique commande une analyse et des nuances plus fournies pour lesquelles v. F. BLANCO, thèse précitée, p. 271 et s.

[3] V. *supra*, n° 393 et s.

[4] Et ainsi, est-il envisageable que la Cour prononce l'annulation d'un engagement illégal qui accompagnait une décision d'autorisation de concentration tout en maintenant le principe de celle-ci ?

[5] V. l'analyse de X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Concentrations : affaire *Canal Plus,* décodage », précité.

[6] Par ex. du fait que l'engagement litigieux ne concerne qu'une partie de l'opération et que son réexamen par l'Autorité « permette de rétablir la légalité » de l'acte (v. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 787).

[7] Solution que le Conseil d'État a eu l'occasion de faire sienne, v. CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole télévision et Sté TF1,* n° 363702 et 362719, et le commentaire de P. IDOUX, « Concentrations dans le secteur de la télévision gratuite et innovations contentieuses », *RJEP,* n° 721, juillet 2014, comm. 33.

[8] Mais aussi des interrogations délicates pour le juge, comme celle de savoir si « l'administration aurait pris la même décision avec une condition supplémentaire » – à savoir celle à l'adoption de laquelle l'annulation partielle donnera lieu (par ex. un nouvel engagement en matière de concentration). V. J. LESSI, L. DUTHEILLET DE LAMOTTE, « L'autorisation d'urbanisme : combien de divisions ? », chron. sous CE, sect., 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, n° 358677, *AJDA*, 2015, p. 985 ; l'étude concerne un contentieux différent mais pose, à cet égard, des interrogations communes à celui qui fait l'objet de notre étude.

attitude de prudence et ne recourir à l'annulation partielle qu'autant qu'elle n'emporte pas d'empiètement sur la marge d'autodétermination de l'Autorité de la concurrence ou du ministre – ce qui implique que le juge s'assure qu'elle aurait, même en l'absence de l'élément annulé, opté pour le même sens de décision[1]– et sous réserve qu'elle produise sur le marché des conséquences moins perturbatrices que ne l'aurait fait l'annulation « intégrale ».

720. Limitation des effets de la nullité. Concernant enfin la limitation des effets dans le temps de la nullité, il s'agit de faire échec ou d'aménager ses effets les plus brutaux : l'immédiateté et la rétroactivité[2]. La Cour de la concurrence doit s'emparer de plusieurs outils développés tant par le juge européen[3] que par le juge administratif national sur ce plan ; qu'il s'agisse de ceux permettant de faire purement et simplement échec à l'effet rétroactif d'une annulation (en décidant que certains des effets de l'acte annulé devront être regardés comme définitifs) ou de ceux tendant à en différer les effets et à aménager, par l'adoption de « règles provisoires »[4], la période de « vide » qui résulte de son prononcé. Préalablement à la mise en œuvre de cet outil qui n'est pas sans risque[5], la Cour devra, à la manière du juge administratif[6], procéder à un

[1] V. la solution suggérée par un auteur en vue d'assurer que l'annulation partielle ne conduise jamais le juge à « dénaturer » l'intention de l'autorité administrative dans les champs où il n'en a pas le pouvoir : H. BOUILLON, « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA*, 2017, p. 217, qui préconise que la prise en compte de l'intention de son auteur initial constitue un critère essentiel dans l'appréciation de la divisibilité de l'acte et donc de la mise en œuvre de cette technique.

[2] Sur ce plan, « les raisons qui justifieraient que le juge […] puisse décider de moduler dans le temps les effets de ses décisions d'annulation sont principalement à rechercher dans le souci de préserver la stabilité des situations juridiques qui se sont constituées, sur le fondement de la décision annulée, avant la date d'intervention du jugement » (J.-H. STAHL, A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse (…) », précité). « En décidant de limiter la portée temporelle de sa décision, le juge évite qu'elle entraîne de trop amples bouleversements dans l'ordre juridique » (O. MAMOUDY, « Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice », *Titre VII,* 2020/2, n° 5, p. 20). Dans notre champ, c'est la régulation de la concurrence, la stabilité et la sécurité des marchés ainsi que la situation des opérateurs – voire celle des consommateurs – qui souffriraient parfois trop du prononcé d'une annulation rétroactive.

[3] Sur la base de l'art. 264 TFUE qui prévoit que « la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». V. à ce sujet H. LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA,* 2004, p. 663.

[4] V. L. JANICOT, article précité.

[5] Le report de l'annulation présente l'inconvénient de maintenir en vigueur un acte illégal. L'octroi au juge d'un pouvoir d'adopter des règles provisoires comporte, lui, le risque qu'il outrepasse son office de juge de la légalité.

[6] Pour un panorama de sa jurisprudence v. A.-C. BEZZINA, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence *AC !* », *RFDA,* 2014, p. 735. V. aussi, pour un commentaire élogieux de la manière dont le juge met en œuvre ce pouvoir : O. MAMOUDY, article précité, n° 8. Toutefois, des craintes sur le recours de plus en plus fréquent à ces différentes techniques émergent en doctrine (v. B. SEILLER, « Assez d'*AC !* », *AJDA*, 2018, p. 937).
L'arrêt fondateur de cette jurisprudence date de 2004 (CE, ass., 11 mai 2004 *Association AC !*, n° 255886) et a jugé que « s'il apparaît que [l']effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties […] - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de

contrôle de proportionnalité afin qu'aucun des intérêts en jeu ne subisse d'atteinte disproportionnée[1]. Sous cette réserve[2], il semble parfaitement adapté aux caractéristiques du contentieux de la concurrence.

À titre d'illustration, l'annulation d'une autorisation de concentration entre deux concurrents puissants peut produire des effets disproportionnés tant à l'égard des parties qu'à l'égard d'autres acteurs du marché et de la stabilité de celui-ci. Dès lors que l'autorisation a été soumise à des engagements destinés à préserver la concurrence sur le marché en cause, leur disparition rétroactive peut produire des effets dévastateurs. Dans de telles circonstances, il serait par conséquent bienvenu que la Cour les atténue pour limiter l'impact du prononcé d'une annulation inévitable. Par exemple en obligeant les parties à l'opération d'adopter ou de s'abstenir d'adopter certains comportements dans l'attente du rétablissement de la légalité ou en décidant que les engagements, bien qu'illicites, demeureront en vigueur jusqu'à ce que l'Autorité de la concurrence leur en substitue de nouveaux. Cette dernière hypothèse, qui correspond à ce que la doctrine qualifie d'« annulation conditionnelle »[3], est prometteuse en notre champ[4] en ce qu'elle « permet au juge de placer l'administration face à un choix : voir sa décision ou sa règlementation supprimée, ou assurer son maintien dans l'ordonnancement juridique au prix d'un complément normatif adéquat »[5]. Ne prenant effet qu'à défaut d'une

---

l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que […] tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ». Pour un commentaire très complet v. F. BLANCO, thèse précitée, p. 509 et s. ; D. CONNIL, thèse précitée, n° 1063 et s.

[1] Essentiellement la sécurité juridique et le principe de légalité. V. sur ce point l'analyse de C. DEVYS, concl. sur CE, ass., 11 mai 2004 *Association AC !, RFDA*, 2004, p. 454, spéc. p. 466 (qui invite le Conseil à procéder à une « balance entre exigences de légalité et exigences de stabilité des situations juridiques »). La doctrine préconise, elle, le recours à la « technique du bilan » ou du « bilan coût/avantage » pour apprécier l'opportunité de « tirer pleinement les conséquences » d'un jugement, notamment d'annulation (A. VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », *in Mélanges J.-F. Lachaume,* précité, p. 1053 ; D. CONNIL, thèse précitée, n° 1029).

[2] Laquelle n'est pas de pure forme. Le Conseil d'État a insisté sur le fait que l'effet rétroactif de l'annulation constitue le principe. Ce « nouveau pouvoir mis entre les mains du juge n'est pas anodin. Son usage suppose doigté, parcimonie et sens de la mesure. La rétroactivité est et doit demeurer la règle, l'absence de rétroactivité l'exception » (F. BLANCO, thèse précitée, p. 516).

[3] V. déjà CE, ass., 29 juin 2001 *Vassilikiotis*, n° 213229. Pour une présentation complète v. D. CONNIL, thèse précitée, n° 1051-1054 (l'auteur distingue, lui, l'annulation « conditionnelle » et l'annulation « conditionnée »).

[4] Ce dont témoigne déjà la jurisprudence actuelle, v. CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole télévision et Sté TF1,* précité : par cet arrêt, le Conseil décide non seulement de différer dans le temps les effets d'une annulation par le prononcé d'une forme d'annulation conditionnelle mais décide également que certains effets produits par l'autorisation « sont regardés comme définitifs ». Or cette « dérogation à l'effet immédiat de l'annulation est destinée à permettre à l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur le dossier selon les formalités requises [une atteinte au principe de collégialité avait vicié la procédure initiale] et procéder au réexamen de l'engagement annulé. D'autre part, le recours à la dérogation au caractère rétroactif permet de maintenir le sens favorable de l'autorisation et les engagements qui y sont attachés afin de sanctionner les opérateurs en cas de manquements à leurs obligations « *entre la date de réalisation de l'opération et celle à laquelle prendra effet l'annulation* » » (M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 776).

[5] F. BLANCO, « Entre l'annulation et la conservation de l'acte », *in* J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif,* PUAM, 2008, p. 132.

intervention appropriée de l'autorité compétente dans le délai fixé par le juge, elle laisse intactes la maîtrise de son acte et la marge d'autodétermination de cette dernière tout en limitant dans le temps l'atteinte au principe de légalité, maintenant ainsi la sécurité juridique et la stabilité des marchés. La Cour devra donc y avoir recours.

721. La Cour de la concurrence, titulaire d'un office renouvelé du juge de l'activité administrative. Le maniement précautionneux de ces outils par la Cour de la concurrence l'inscrirait dans le mouvement de renouvellement dont fait l'objet l'office « du juge de l'Administration »[1]. Cet office renouvelé consiste, notamment, en la prise en charge par le juge d'une mission de pédagogie renforcée ainsi qu'en une pleine prise de conscience des effets de ses décisions dont il doit tirer des conséquences dès le stade de la mise en œuvre de ses pouvoirs. Il doit pour ce faire accorder une attention particulière aux circonstances qui encadrent son intervention et à l'impact qu'auront ses décisions ; non seulement sur les droits des parties concernées et l'activité de l'administration, mais, plus largement, sur le secteur en cause et les acteurs qui y opèrent.

Dans notre champ, l'endossement par la Cour de la concurrence de cet office doit lui permettre d'inscrire son intervention dans le processus de régulation de la concurrence : pragmatisme et réalisme doivent être mobilisés afin que le contrôle de l'activité spécifique des autorités administratives de concurrence n'en entraîne pas de perturbation déraisonnable et disproportionnée. C'est en s'inscrivant dans cette mutation et en s'adaptant aux spécificités du contentieux dont elle a à connaître que la Cour assurera un contrôle efficace et satisfaisant.

Conclusion du Chapitre 2

722. Par-delà la diversité qui les caractérise, le contrôle juridictionnel des actes des autorités de concurrence doit être l'occasion de rétablir quelque peu d'unité. C'est dans cette perspective que les premières bases de l'entreprise de réorganisation ont été posées.

Cette unité doit d'abord concerner l'intensité du contrôle opéré par le juge de recours. Seul un contrôle approfondi permet de veiller efficacement à la mise en œuvre harmonisée de l'arsenal

[1] Mouvement qui a été identifié et commenté en doctrine ; v. parmi une abondante littérature : D. CONNIL, thèse précitée, spéc. n° 1037, 1038 et 1061 ; N. CARPENTIER-DAUBRESSE, « L'acte juridictionnel, une décision intégrée à un environnement économique et sociale » *in* R. MATTA-DUVIGNEAU, M. LAVAINE (dir.), *L'efficacité e la justice administrative,* Mare & Martin, 2016, p. 281 ; B. SEILLER, « Renouvellement de l'office du juge de l'excès de pouvoir », *Gaz. Pal.*, janvier 2019, n° 4, p. 27 ; B. DEFOORT, « Juge de la légalité et « effet utile » des décisions du juge », *in* B. DEFOORT, B. LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 227.

législatif considéré et à la préservation des droits et intérêts des opérateurs concernés ; quels que soient les qualités et pouvoirs de l'autorité compétente en « premier ressort ».

Elle doit aussi concerner l'acteur du contrôle. À ce niveau, l'unification permet l'harmonisation des méthodes et offre un cadre propice à l'articulation des différentes procédures susceptibles d'être engagées à l'occasion de mêmes faits. Elle favorise par ailleurs la nécessaire spécialisation du juge. Alors, sa forme la plus aboutie a été retenue : l'ensemble des recours envisagés doit relever de la compétence d'une juridiction unique, la Cour de la concurrence.

En outre la réorganisation proposée ne saurait faire fi des spécificités qui donnent à la matière son unité ni des contraintes, particulièrement temporelles, qui pèsent sur sa mise en œuvre. Il est dès lors apparu nécessaire d'y adapter l'intervention du juge de recours.

En premier lieu, pour que son intervention soit utile, il convient que les principes gouvernant l'instance à laquelle donne naissance sa saisine permettent, en sus du contrôle de la régularité de leurs actes, une continuité et un enrichissement maîtrisé des débats engagés devant les autorités de « premier ressort ». Toutes les parties prenantes – représentant de l'intérêt général compris – devront avoir accès au prétoire de la Cour et contribuer, sous son contrôle et avec sa coopération, à l'alimentation dynamique de débats enrichis, orientés vers le cœur du litige.

En second lieu, cette Cour de la concurrence doit être dotée d'un large panel de pouvoirs – certains proches de ceux d'une juridiction d'appel, d'autres davantage de ceux du juge de la légalité administrative – dont l'exercice devra être guidé par le souci que son intervention soit respectueuse des équilibres voulus par le législateur et s'avère modérément perturbatrice de l'activité des autorités de « premier degré » – à commencer par celles qui sont dépositaires d'une mission de régulation. Ainsi, si elle doit par principe disposer du pouvoir de s'emparer du fond des litiges en vue d'y apporter une solution définitive en lieu et place de l'autorité de « premier ressort » dont l'acte est vicié, elle devra dans certaines hypothèses s'en tenir à l'office plus limité mais renouvelé de « juge de l'annulation ».

Pragmatisme et raisonnement téléologique innervent le droit de la concurrence, cela requiert que le juge auquel incombe le contrôle des actes des autorités chargées de sa mise en œuvre y adapte son office. C'est dans ces conditions que sa nécessaire intervention contribuera à la poursuite des objectifs de la matière sans emporter de rupture dans l'activité de ces dernières.

CONCLUSION DU TITRE I

723. La viabilité et l'efficacité de notre proposition de refonte des modalités de recours contre les actes des autorités nationales de concurrence impliquaient d'y consacrer une réflexion préalable scindée en deux temps. Le premier temps, consacré aux contraintes, a permis d'identifier des garanties en deçà desquelles aucune réorganisation ne peut être envisagée.

La première concerne le principe même de l'intervention du juge : aucune de ces autorités ne saurait se voir octroyer des pouvoirs – notamment répressifs et « quasi-règlementaires » – en échappant à toute forme de contrôle. Les exigences de l'État de droit imposent que leurs actes puissent faire l'objet de recours devant un juge doté du pouvoir d'annuler tout acte irrégulier, voire de réformer ceux présentant une dimension répressive. Si, en droit positif, le caractère « négocié » de certains dispositifs semble justifier un recul du juge, la conformité de certaines solutions aux principes fondamentaux interroge. La prudence nous a dès lors conduit à suggérer la généralisation d'un contrôle par principe étendu et approfondi ; y compris à leur égard.

Mais l'accès à un premier juge n'est pas toujours suffisant, ce qui commandait de prêter attention à une autre contrainte : celle qui pourrait résulter de la reconnaissance d'un droit d'accès à une voie de recours – et donc à un second juge – au profit du justiciable. Si les impératifs sont ici moins stricts, le rayonnement du principe d'égalité rend délicate toute exclusion générale. C'est *in fine* à un équilibre global qu'il faut aspirer. Plus les garanties offertes au justiciable lors des premières phases d'une procédure auront été nombreuses et effectives, plus l'accès à un second juge pourra être encadré.

724. Le second temps de la réflexion a consisté à faire des choix. Si le contrôle juridictionnel est impératif, son intensité et l'essentiel des modalités de sa mise en œuvre sont susceptibles de varier ; le droit positif en atteste. Une fois les contraintes identifiées, c'est au regard d'objectifs déterminés qu'il convenait d'en organiser les modalités. Deux principaux ont été développés en réaction aux risques créés par la diversité observée dans notre première partie.

Le recours doit en premier lieu être l'occasion de restaurer un peu d'unité en assurant une application harmonisée du droit de la concurrence et une protection équivalente des droits et intérêts des justiciables quelles qu'aient été l'autorité rencontrée et la voie empruntée au « premier ressort ». Unité dans l'intensité du contrôle – par principe forte – et les modalités procédurales de traitement des différents recours envisagés d'abord. Unité quant à l'acteur du contrôle ensuite. L'harmonisation recherchée, mêlée à la nécessaire spécialisation du juge, a conduit à suggérer l'instauration d'une juridiction de recours unique : la Cour de la concurrence.

L'intervention du juge doit ensuite poursuivre un objectif d'utilité. Pour ce faire, l'instance de recours à laquelle elle donne lieu et les pouvoirs confiés au juge doivent être adaptés. Afin que que ce dernier s'inscrive dans la continuité du processus initié par les autorités de concurrence de « premier degré », doivent lui être fournis la matière et les pouvoirs permettant d'aller au-delà de la censure des irrégularités commises par ces dernières. Il faut néanmoins veiller à ce que cette intervention soit modérément perturbatrice des équilibres établis et objectifs poursuivis par le législateur. Cela implique, en certaines circonstances, de limiter l'office du juge de recours, notamment pour préserver, au profit des autorités administratives spécialisées, la nécessaire marge d'autodétermination qu'implique l'exercice d'une activité de régulation.

En conscience de ces équilibres dont la remise en cause ne relève pas de ses fonctions, la Cour de la concurrence devra faire un usage raisonné de ses pouvoirs diversifiés. Sa composition et les voies procédurales par lesquelles elle sera conduite à exercer cet office peuvent désormais être arrêtées en considération de ces contraintes et objectifs.

TITRE II : LA RÉORGANISATION CONSÉCUTIVE DES RECOURS JURIDICTIONNELS

725. Proposition d'une réorganisation. Au regard des contraintes et objectifs identifiés, une proposition a été formulée. Elle consiste en la mise en place d'un cadre renouvelé de contrôle juridictionnel des actes des autorités nationales de concurrence par la création d'une juridiction de recours unique et spécialisée : la Cour de la concurrence. Cette Cour aura pour office de trancher, au terme de l'exercice d'un contrôle par principe approfondi et au moyen de l'important panel de pouvoirs dont elle sera dotée, de l'ensemble des recours exercés contre les actes adoptés par ces autorités telles que nous les avons définies et recensées. Ce cadre général étant posé, notre proposition de réorganisation mérite encore quelques affinements.

Ils seront d'abord relatifs à la composition de cette juridiction. L'exercice de son office particulier requiert qu'elle dispose d'une parfaite maîtrise du fond et soit en mesure de pleinement appréhender les arguments produits par les parties – opérateurs économiques ou autorités publiques – afin d'y répondre au moyen de décisions soigneusement motivées. Or il sera vu que l'application du droit de la concurrence et le traitement de son contentieux posent à cet égard difficultés. D'une part, ils commandent de mobiliser des méthodes et raisonnements issus de l'analyse économique dont les juges ne sont pas toujours nécessairement familiers. D'autre part, ils soulèvent des questions hybrides, mêlant acteurs et considérations de droit privé et de droit public, qui mettent à mal les dualismes juridique et juridictionnel qui structurent le droit national et son organisation juridictionnelle. La composition de la Cour de la concurrence doit lui permettre d'y faire face, au besoin en dépassant ces structures dès lors que le constat de leur inadaptabilité au contentieux envisagé aura été établi. C'est ce qui justifie que sera suggéré le modèle original d'une juridiction échevinale et paritaire (Chapitre 1).

Ces affinements concerneront, ensuite, les cadres organisationnel et procédural au sein desquels la Cour de la concurrence exercera son office. Les actes dont elle est susceptible d'être saisi sont de diverses natures et, surtout, sont adoptés dans le cadre d'affaires et au terme de procédures dont la complexité est variable. Les modalités de réorganisation suggérées doivent permettre à la Cour de s'adapter aux difficultés et spécificités de chaque recours. La volonté d'unité doit alors céder devant les impératifs de pragmatisme et d'adaptabilité : c'est le modèle d'une pluralité de voies procédurales qu'il faudra envisager (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le modèle d'une juridiction échevinale et paritaire

726. Office spécifique, composition adaptée. La proposition de créer une juridiction compétente pour connaître de l'ensemble des recours exercés contre les actes des autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence commande que l'on s'intéresse à sa composition. C'est en considération des spécificités du contentieux envisagé et des objectifs du contrôle confié à cette juridiction qu'il convient d'aborder cette question.

Cette composition doit d'abord assurer que la Cour de la concurrence soit en mesure d'opérer un contrôle approfondi des actes et arguments qui lui seront soumis et d'exercer, chaque fois que les conditions en seront réunies, son important pouvoir de réformation. Sur ce plan, les débats relatifs à la place qu'occupent l'analyse et le raisonnement économiques dans le contentieux concurrence et à l'attitude que le juge devrait observer à leur égard ont été brièvement évoqués. Nous avons alors soutenu que leur complexité ne devait en rien constituer un motif de réduction systématique de l'intensité de son contrôle ou de limitation de ses pouvoirs. Reste que, faute de formation spécifique approfondie, le juge n'est pas toujours familier de ces outils. Un rapide tour d'horizon nous conduira alors à suggérer une solution qui, bien qu'originale, paraît seule à même d'assurer que les spécificités techniques du contentieux qui lui échoie ne constitueront pas à frein à l'exercice de son plein office par la Cour. Il s'agit de l'intégration d'économistes en son sein, autrement dit du recours à l'échevinage (Section 1).

La composition de cette juridiction de recours spécialisée doit ensuite être adaptée au caractère hybride du droit de la concurrence et de son contentieux. Le constat de ce que les justifications du maintien, en droit positif, du dualisme juridictionnel et de la *summa divisio* qui le fonde ne trouvent à leur égard aucune pertinence justifie d'en consacrer le dépassement. De nouveau, un rapide tour d'horizon conduira à suggérer une solution qui, bien qu'innovante, n'en demeure pas moins la plus prometteuse. Elle est celle de la réunion, au sein d'un même prétoire, de juges judiciaires et administratifs par le recours au paritarisme (Section 2).

Section 1 : Une juridiction échevinale

727. Démarche. Le choix du modèle de la juridiction échevinale[1] est justifié par le besoin que des économistes soient intégrés à la Cour de la concurrence. L'expliciter et le motiver plus avant implique de scinder la démarche en deux temps.

[1] L'échevinage se définit comme un « système consistant à composer une juridiction (de jugement) de magistrats de carrière et de magistrats non professionnels choisis, selon les cas, comme citoyens (jurés) ou en raison de leur

Le premier temps sera celui de la motivation de ce choix. Il s'agira de démontrer que l'analyse économique occupe une place particulière et fondamentale dans l'application du droit de la concurrence et dans le traitement du contentieux qui en naît. Cette démonstration permettra de dresser un constat que nous avons déjà eu l'occasion d'amorcer : un contrôle approfondi et efficace des actes des autorités de concurrence commande que le juge auquel il est confié soit en mesure de pleinement mobiliser les outils et méthodes d'analyse économique (§ I).

Le second temps sera celui de l'explicitation. Il nous faudra envisager les moyens par lesquels il pourrait être garanti que la Cour de la concurrence dispose d'une maîtrise suffisante de ces outils et soit, de la sorte, en mesure d'opérer un tel contrôle. Nous verrons à cette occasion que les solutions offertes par le droit positif sont insuffisantes, sinon inefficaces ou inadaptées. Ce constat nous conduira à formuler la proposition d'intégrer des économistes au sein même de cette Cour ; proposition dont nous suggèrerons alors des modalités de mise en œuvre (§ II).

§ I – La place de l'analyse économique dans le droit et le contentieux de la concurrence

728. Un savoir nécessaire. L'objet des présents développements est d'établir que le droit et le contentieux de la concurrence accordent une place particulière à l'analyse économique. Il sera démontré que, davantage qu'un simple savoir extérieur dont l'éclairage s'avère parfois nécessaire à l'interprète, l'analyse économique constitue un outil dont le maniement et la maîtrise sont fondamentaux pour toute autorité appelée à faire application de la matière.

Cette importance que revêt l'analyse économique en premier ressort produit d'inévitables conséquences au stade du recours dont sont susceptibles de faire l'objet les actes adoptés par les autorités de « premier degré ». Principe dispositif oblige, le juge qui en est saisi n'a d'autre choix que de s'emparer, apprécier et se prononcer sur les analyses produites par les parties au soutien de leurs prétentions. Nous verrons en outre que, par-delà cet impératif procédural, il échoira à la Cour de la concurrence de rétablir, par un contrôle rigoureux des raisonnements et analyses qui lui seront soumis, une nécessaire sécurité juridique qui fait parfois défaut.

Ainsi, outil d'application du droit de la concurrence (A), l'analyse économique constitue également un objet central du contentieux dont aura à connaître cette juridiction de recours (B).

appartenance à une catégorie socioprofessionnelle (bailleurs ruraux, fermiers) » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 14e éd, 2022). En élargissant quelque peu cette seconde acception, l'on peut y intégrer la catégorie des économistes. C'est en ce sens que la Cour de la concurrence sera qualifiée de juridiction échevinale.

A. L'analyse économique : outil d'application du droit de la concurrence

729. Importance croissante. Une brève présentation du mouvement « d'économisation » du droit de la concurrence sera proposée (1) avant que ne soient identifiées puis étudiées les conséquences concrètes qu'il emporte. Il s'agira alors de s'intéresser au rôle joué par l'analyse économique dans l'application de l'arsenal législatif considéré ; ce qui permettra d'en mesurer l'importance (2).

1. Le mouvement « d'économisation » du droit de la concurrence

730. Le droit de la concurrence, droit progressivement pénétré par l'analyse économique. Par-delà les débats auxquels a donné lieu la question du rattachement du droit de la concurrence à ce qui constituerait le « droit économique »[1] – qu'il serait vain de vouloir trancher et superfétatoire d'exposer avec détail[2] – l'observation du mouvement « d'économisation »[3] du droit et du contentieux de la concurrence est, elle, d'un apport certain pour la suite de nos développements. Elle justifie qu'une réflexion soit menée sur le rôle que doivent occuper les économistes dans la mise en œuvre de ce droit et dans le traitement de son contentieux.

Des nombreux travaux consacrés à la question, il est possible d'extraire une conclusion commune : le droit et le contentieux de la concurrence ont, à l'occasion de réformes successives, peu à peu été pénétrés par l'analyse économique[4]. Cet élan a abouti à l'adoption

[1] Dont la définition, la composition et l'existence même sont débattues. V. parmi une abondante littérature : F. DE FIRALY, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény,* 1934, t. 3, p. 111 ; F.-C. JEANTET, « Aspects du droit économique », *in Dix ans de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel,* Dalloz, 1961, p. 33 ; C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.,* 1967, p. 215 ; G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *in Mélanges P. Vigreux,* 1981, t. 2, p. 767 ; G. FARJAT, « La notion de droit économique », *in Droit et Économie, APD,* t. 37, 1992, p. 27 et, encore récemment, J.-B. RACINE (dir.) *Le droit économique au XXIe siècle. Notions et enjeux,* LGDJ, 2020 (not. introduction de M. Racine). L'identification d'un « contentieux économique » fait, elle aussi, l'objet de débats ; v. J.-C. VENEZIA, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », *in Mélanges M. Stassinopoulos,* 1974, p. 147 ; E. PUTMAN, *Contentieux économique,* PUF, 1998 ; et X. LAGARDE, « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », *D.*, 2005, p. 82.

[2] V. par ex. C. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », *JCl. Concurrence-Consommation,* 1991, fasc. 30 (cité par A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence »,* précité, n° 2) qui avance que le droit de la concurrence est « un droit économique par excellence ».

[3] L. VOGEL, *Droit de la concurrence – Droit français*, 2ème éd., n° 449 (développement non repris dans la dernière édition) ; « L'économie : serviteur ou maître du droit ? », *in Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq,* Litec, 2004, p. 605 ; J.-C. RODA, *Droit de la concurrence,* Dalloz, 2019, p. 21 ; A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 4.

[4] M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *Droit français de la concurrence,* LGDJ, 1994, qui expliquent, en introduction, qu'en matière de droit de la concurrence, « l'analyse économique a pénétré le raisonnement juridique ». V. aussi J.-C. RODA, ouvrage précité, p. 21, qui évoque « une montée en puissance de l'analyse économique » en la matière.

d'une « approche plus économique des règles de droit »[1] qui affecte aujourd'hui l'ensemble des pans du droit de la concurrence tel que nous l'avons délimité.

En effet, si l'observation de ce mouvement est devenue classique[2] en droit des pratiques anticoncurrentielles[3/4] et du contrôle des concentrations[5] – où il a été contesté[6] – elle peut être étendue aux autres champs du droit de la concurrence où une place de choix est également accordée à l'analyse et au raisonnement économiques. Ainsi en est-il du *private enforcement,* notamment à propos de l'évaluation du préjudice économique ou concurrentiel[7] pour laquelle doctrine et praticiens[8] relèvent le besoin de recourir à des outils de projection, de quantification

[1] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 2 qui explique que « chaque nouvelle « modernisation » du droit de la concurrence consacre une approche plus économique des règles de droit ».

[2] V. parmi une littérature abondante : C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence,* thèse Paris X, 2006 ; « Les « fondements économiques » du droit de la concurrence », *in Mélanges M. Bazex*, 2009, p. 187 ; I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant, 2007 ; F. JENNY, « Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 4-2007, art. n° 14299 ; G. CANIVET, « La place des économistes dans les organes d'application du droit de la concurrence – Retour sur un malaise existentiel », *Concurrences,* n° 2-2019, art. n° 90116 ; F. JENNY, G. CANIVET (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, précité, spéc. n° 21 et n° 40 et s. En droit européen v. S. HARNAY et J.-S. BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE*, 2011/2, p. 165.

[3] Pour être précis, il faut distinguer : lorsque sont en cause des infractions par « l'objet », « l'analyse économique n'a pas droit de cité » (L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ, 2012, n° 720). Les concernant, opère une forme de « présomption de nocivité », il n'est alors « pas nécessaire de prouver [leurs] effets anticoncurrentiels » (J.-C. RODA, ouvrage précité, p. 94 ; v. aussi L. IDOT, « Le retour de l'objet anticoncurrentiel », *Concurrences,* n° 4-2009, art. n° 29202). « L'atteinte portée au marché y est tellement manifeste que l'on peut présumer l'existence d'un effet anticoncurrentiel sans procéder à une analyse poussée du marché » (V. TRSTENJAK, concl. sur CJCE, 6 oct. 2009 *Glaxosmithkline services e.a c/ Commission*, aff. C-501/06 P, § 92, cité par L. Zevounou). Seules les infractions par « l'effet », plus nombreuses en droit positif (v. C. PRIETO, « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets », *LPA*, 2007, n° 239, p. 8), sollicitent donc l'analyse économique.

[4] Pour une analyse et des illustrations en matière d'ententes v. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 359 et s.

[5] V. L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative,* Economica, 1988 et M. BAZEX, « Les interactions entre le droit et l'économie : l'exemple du contrôle par le juge administratif des opérations de concentration entre entreprises », *in Mélanges M. Troper*, 2006, p. 139.
Pour un exemple topique, v. E. GLASER, « L'application à une opération de concentration de la théorie de l'entreprise défaillante », concl. sur CE, sect., 6 février 2004, *Sté Royal Philips Electronics et a.*, n° 249267, *RFDA*, 2004, p. 286 : dans le cadre de l'examen de la concentration entre Seb et Moulinex, le commissaire du Gouvernement procède lui-même à une analyse détaillée du bilan concurrentiel au soutien duquel le Conseil de la concurrence et le ministre de l'Économie ont décidé de faire application de l'exception de l'entreprise défaillante.

[6] Pour des réserves émises à l'égard de ce mouvement, qui conduirait à n'attribuer au droit de la concurrence que des objectifs strictement économiques et à dissimuler des objectifs politiques rarement discutés v. L. ZEVOUNOU, thèse précitée ; A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres – Cours au Collège de France, 2012-2014,* Fayard, 2015, p. 186 ; J.-C. RODA, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, p. 1504.

[7] Pour une étude détaillée et une analyse de la jurisprudence (administrative et judiciaire) récente sur ce point v. R. AMARO, J.-F. LABORDE, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles,* 2e éd., Concurrences, 2020, spéc. Chapitre 5 (« Évaluation du préjudice ») p. 207 et s.

[8] Qu'ils soient spécialistes du contentieux judiciaire ou du contentieux administratif. V. M.-C. DE MONTECLER, « La réparation des pratiques anticoncurrentielles », *AJDA,* 2017, p. 548 ; J. ADDA, R. AMARO, J.-F. LABORDE, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif. Enseignements théoriques et pratiques tirés de l'étude du contentieux », *AJDA*, 2019, p. 320 ; F. BRUNET et C. VERNEY, « L'évaluation par le juge administratif du préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences,* n° 2-2020, art. n° 93691(qui relèvent les difficultés rencontrées par le juge administratif pour s'approprier les méthodes préconisées par l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris) ; I. HASQUENOPH, « Le juge administratif

et d'évaluation issus de l'analyse économique[1]. Cela a d'ailleurs conduit la Cour d'appel de Paris à publier, en 2017, une fiche méthodologique répertoriant les « méthodes économiques utiles pour évaluer un préjudice »[2].

L'observation est encore pertinente à propos de la mise en œuvre des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce[3]. Bien que les difficultés techniques y soient *a priori* moins vives[4], le traitement de ce contentieux requiert aussi parfois un travail de projection, de quantification et d'évaluation qui peut commander la mobilisation de tels outils[5]. Le degré d'expertise requis n'est pas toujours tel qu'il justifie l'intervention systématique d'un économiste. Reste que cette contribution pourrait dans certaines affaires décharger et/ou éclairer un juge en manque de temps ou du savoir nécessaires pour pleinement s'approprier les faits dont il est saisi et trancher les arguments et moyens parfois très étoffés des parties.

Tous les pans du droit de la concurrence sont ainsi concernés, à des degrés divers, par ce mouvement « d'économisation ». Il a pour effet de rendre de plus en plus nécessaire la manipulation des outils d'analyse économique par les autorités chargées d'en faire application.

---

et la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *RDI,* 2020, p. 382 (qui évoque au contraire une « acclimatation du juge administratif aux méthodes économiques de quantification du préjudice »).

[1] Tel que le « test contrefactuel » qui consiste à « comparer la situation litigieuse avec une situation de concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord » en vue d'apprécier l'effet anticoncurrentiel puis d'évaluer le préjudice qui ont résulté d'une pratique concertée » (M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen,* Sirey, 8e éd., 2019, n° 528). Si le raisonnement contrefactuel n'est pas propre au contentieux de la concurrence (v. en droit commun de la responsabilisé civile : F. G-SELL-MACREZ, *Recherche sur la notion de causalité,* thèse Paris I, 2005) sa mise en œuvre y pose néanmoins des difficultés particulières dues, notamment, aux méthodes et critères nécessaires à l'établissement d'un scénario économique hypothétique sur lesquels v. *infra.*

[2] *Quelles sont les méthodes économiques utiles pour évaluer un préjudice ?,* Fiche méthodologique n° 3 c. Cette fiche figure dans un recueil dont l'élaboration a été organisée par un universitaire (Mme Chagny) et la présidence de la Cour d'appel de Paris (alors assurée par Mme Dallery) intitulé *Réparation du préjudice économique*.

[3] Pour rappel, ont été intégrées à l'étude les règles de facturation, celles relatives aux délais de paiement et à la transparence tarifaire ainsi que les pratiques restrictives des art. L. 442-1 et s. C. com. (v. Partie I).

[4] V. toutefois l'apparition supposée d'une véritable « science de la facturologie » : *supra*, n° 180 et les références citées (spéc. la contribution de M. Mousseron et la réplique de M. Renaudin).

[5] V. M. NUSSENBAUM, « Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice », *in Le juge et l'entreprise. Quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, *LPA,* 2017, n° 176, p. 8 et M. DESCHAMPS et B. JEANDIDIER, « Expertise économique et droit français de la concurrence », *CRESE,* working paper n° 2018-01, janvier 2018, spéc. p. 18 et s. Ces auteurs avancent que dans tous les champs du droit de la concurrence – en ce compris les pratiques restrictives – il « semble ressortir que les économistes disposent de concepts et d'outils, scientifiques et puissants, permettant de prouver l'existence et d'estimer un dommage concurrentiel ». V. encore, qui évoque la rupture brutale d'une relation commerciale, A. DISCOURS, « Évaluation du préjudice : questions d'actualité », *Concurrence,* n° 3-2019, art. n° 90919.

2. Le rôle de l'analyse économique dans l'application du droit de la concurrence

731. Interrogations. Quel rôle joue l'analyse économique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence ? Quels en sont les impacts sur l'office des autorités de concurrence[1] ? Répondre à ces interrogations implique de définir ce que l'on désigne par l'expression d'analyse économique (a) avant d'en présenter les fonctions. Trois nous retiendrons[2]. Il s'agit, d'une part, d'une fonction de définition et d'interprétation de notions indéterminées sur lesquelles repose la matière (b) et, d'autre part, de fonctions d'évaluation (c) et de projection (d) dont nous présenterons les objets.

a. La notion d'analyse économique

732. Proposition de définition. La notion d'analyse économique fait l'objet de nombreux débats[3]. Sans prétendre les résoudre, nous adopterons l'approche méthodologique au soutien de laquelle Madame Sibony la définit, en des termes généraux, comme « l'application d'un raisonnement économique, issu d'une théorie économique, à cette situation »[4/5]. Dans cette perspective, l'analyse économique peut être décrite avec davantage de précision comme un « processus d'application d'un ensemble d'outils intellectuels à des données économiques afin de les interpréter ». Ces outils « consistent principalement en propositions, hypothèses et prévisions concernant la causalité économique »[6].

L'analyse économique sera ainsi entendue comme méthode d'analyse de données factuelles consistant à poser des faits réputés pertinents, à offrir des outils spécifiques permettant de les identifier et à tirer des conséquences de leur constatation. À cet égard, elle présente des

---

[1] Le propos est à ce stade général : il porte sur la mise en œuvre de l'ensemble du droit de la concurrence et intègre toutes les autorités appelées à en faire application. Notre objet de recherche justifie néanmoins que nous porterons la focale essentiellement sur l'activité du juge.

[2] Si elles ne sont pas exclusives d'autres qui pourraient être identifiées, elles présentent un caractère fondamental qui justifie une attention particulière.

[3] Sur lesquels v. L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 850 et s. et les références citées. Dans le dernier titre de sa thèse, l'auteur s'intéresse à l'usage des expressions d*'analyse* et de *raisonnement économique* pour en démontrer le caractère dogmatique. À cette occasion, il explique qu'au sein même du discours des économistes, la notion est débattue et que l'analyse économique se caractérise par une absence d'unité (spéc. n° 857).

[4] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 45. Cette définition est proposée après que le *raisonnement économique* a été défini comme un processus de sélections de « facteurs causals » ou de faits auxquels l'économie accorde pertinence, en vue d'expliquer un certain nombre de phénomènes. La *théorie économique* est, elle, décrite comme le processus au terme duquel sont découverts de nouveaux facteurs pertinents auparavant négligés. Il en résulte que « le *raisonnement* s'enrichit d'un nouveau facteur pertinent à mesure que la *théorie* progresse ».

[5] Cela pour plusieurs raisons : en premier lieu car Mme Sibony adopte une approche méthodologique élargie qui permet d'éviter de s'insérer dans certains débats sémantiques insolubles. En second lieu car elle construit cette définition au service d'une recherche consacrée au travail du juge – à son office – dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence, ce qui la rend parfaitement adaptée à notre étude.

[6] D. J. GERBER, « Courts as Economic Experts in European Merger Law », *Fordham Corp. L. Inst.,* 2004, p. 475 et s., spec. p. 477, librement traduit par A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 45.

caractéristiques communes au raisonnement juridique[1]. Reste que le maniement des plus complexes de ces outils nécessite une formation, un savoir et une expérience particuliers dont justifie celui qui est communément qualifié « d'économiste ». Or, à la différence d'autres savoirs extérieurs auxquels il n'est jamais envisagé de former le juge, l'idée de le former à l'économie « se fait jour » ; signe que « l'économie n'intervient pas seulement dans la connaissance des faits ». En droit de la concurrence, l'analyse économique n'est pas « seulement un savoir d'expert, mais aussi un outil pour le juge lui-même »[2]. Illustrons.

b. L'analyse économique, outil de qualification

733. Un outil de définition et d'interprétation de notions indéterminées. Il a été vu que le droit de la concurrence repose sur des notions indéterminées, à contenu variable[3], qu'il appartient au juge – et, sous son contrôle, à toute autorité de concurrence – de définir et/ou d'expliciter en vue de leur application[4]. Nombre de ces notions sont inspirées – voire directement issues – du champ de l'économie[5] et il convient que le juge s'en imprègne, les interprète et les mette en œuvre en « observant une stricte orthodoxie »[6]. Pour ce faire, auteurs et praticiens avancent que c'est en mobilisant l'analyse économique qu'il doit procéder[7]. Or

[1] V. les conclusions de la démonstration proposée sur ce point par A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 220-223.
[2] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 15. Ici encore, l'auteur porte la focale sur le juge, mais l'observation est généralisable à l'ensemble des autorités appelées à faire application du droit de la concurrence.
[3] Que l'on peut encore qualifier, en se replaçant dans le schéma processuel de Motulsky, de « notions complexes » posées par la loi comme « présupposition » ou comme « élément générateur de droit » (autrement dit, comme condition d'application de la disposition en cause). Le juge est alors tenu de « décomposer » ces notions pour identifier les faits dont l'allégation est nécessaire à la mise en œuvre de la règle envisagée (sur la structure de la règle de droit telle que présentée par M. Motulsky et sur la notion de charge de l'allégation, v. *infra*). Or ce travail de décomposition, lorsqu'il a pour objet des notions d'ordre économique, requiert le recours à l'analyse économique. C'est la démonstration de A.-L. SIBONY, thèse précitée, spéc. Deuxième partie – Titre I.
[4] V. *supra*, n° 630 et s. et les références proposées.
[5] F. JENNY, « Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.,* n° spécial, 12-13 février 1997, p. 30 ; C. LE BERRE, « Les « fondements économiques » du droit de la concurrence », précité ; A.-L. SIBONY, thèse précitée, par ex. n° 652, qui évoque des hypothèses de « mise en droit » par le juge de « notions économiques ».
[6] À laquelle un commissaire du Gouvernement a invité le Conseil d'État dans le cadre de sa compétence en matière de concurrence : J.-H. STAHL, « Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif », concl. sur CE, sect., 26 mars 1999 *Sté Eda*, n° 202260, *AJDA*, 1999, p. 427.
[7] G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA*, 2005, n° 99, p. 23 : « si le droit économique impose de nouveaux raisonnements juridiques, s'il détermine un mode rationnel d'intégration de facteurs économiques dans la réalisation du droit, soit comme notions opératoires, telles celles de concurrence, de marché, d'entreprise, en droit de la concurrence, soit comme finalités de la loi, […] alors la méthode juridictionnelle est transformée. La démarche du juge créatrice de la jurisprudence prend une autre dimension en intégrant nécessairement et explicitement l'analyse économique ». V. aussi M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 670, « le choix du législateur d'introduire dans les textes des notions économiques sans en définir la substance laisse « *au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce* », ce qui se fera par l'adoption de l'analyse économique ».

dès lors que le travail d'interprétation requiert de recourir à l'analyse économique, celle-ci se trouve au cœur de l'activité du juge[1].

Étoffant ce constat, Madame Sibony a démontré que dans le champ de la concurrence, l'analyse économique pénètre pleinement la « méthode du juge »[2] et qu'elle constitue un outil nécessaire à l'opération de qualification à laquelle il doit procéder en vue de statuer sur les prétentions et trancher les litiges qui lui sont soumis[3]. L'étude des modalités par lesquelles il procède à l'opération de qualification d'un « marché pertinent » permettra d'illustrer le propos.

734. Illustration : la délimitation du marché pertinent. La notion de marché pertinent occupe une place fondamentale en droit de la concurrence[4]. Malgré la consécration d'une définition aux allures de précision et de clarté[5], sa délimitation donne lieu à nombre de débats et difficultés[6] et fait même l'objet d'une communication de la Commission qui a vocation à

[1] Comp. G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », article précité, qui observe qu'en « matière de concurrence, la règle ne peut être appliquée à une situation de fait sans l'analyse du contexte dans lequel elle est constatée […]. La mise en œuvre de ce droit qui rend nécessaire l'intégration de l'analyse économique dans la logique du raisonnement juridique suppose une étroite collaboration entre l'économiste et le juge ». V. déjà C. CHAMPAUD, « L'apport du droit de la concurrence au droit économique », *RTD eur.,* 1987, p. 557.

[2] Définie comme « la manière dont [le juge] conduit son examen des contestations pour parvenir à la solution du litige » (thèse précitée, n° 576). Pour l'étude de cette méthode, Mme Sibony se réfère aux travaux de Motulsky (spéc. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* Dalloz, réimp. 2002).

[3] Nous résumons, via ce recours à la notion de qualification, une analyse plus fine et détaillée. Reprenant le modèle de Motulsky – en l'amodiant quelque peu – Mme Sibony décortique les étapes de la démarche du juge et démontre que chacune requiert un recours « au raisonnement » économique. D'abord lors de *la recherche de la règle applicable* (n° 634-641) – laquelle implique l'identification des faits nécessaires ou pertinents en vue de *la détermination précise de la charge de l'allégation* (v. l'analyse renouvelée de cette notion proposée n° 605 et 642-646) – puis lors de *l'analyse des faits de la cause* (n° 647-648), de *la détermination de la charge de la preuve* (n° 654-655) et *même du contrôle de qualification et de motivation* au stade de la cassation (n° 656-660).

[4] Pour des études générales v. *Rapport Conseil de la concurrence,* 2001, étude thématique, « Le marché pertinent » ; L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, 2001.

[5] V. la définition proposée par le Conseil de la concurrence dans son rapport annuel de 2001 (précité), reprise puis consacrée par l'Autorité dans ses communications relatives au contrôle des concentrations en 2013 (§ 338) et en 2020 (§ 513) : « Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres […]. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande ». En simplifiant, la doctrine le définit comme « le lieu de rencontre entre l'offre et la demande de produits ou services substituables » (par ex. M. MALAURIE-VIGNAL, ouvrage précité, n° 184).

[6] Des économistes enseignent qu'il ne peut en être autrement : le droit de la concurrence serait « condamné à affronter [le] caractère nécessairement changeant du marché pertinent » (C. MONTET, « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? », *RLDA,* n° 2000/23).

évoluer[1]. Il s'agit pourtant d'une opération préalable indispensable, notamment dans la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles[2] ou du contrôle des concentrations[3].

Alors, pour procéder à cette délimitation ou pour apprécier celle suggérée par les parties, le juge n'a d'autre choix que de mobiliser des notions – telles que celle de « substituabilité » – et méthodes – telles que le « test du monopoleur hypothétique » – directement issues de l'analyse économique[4]. À l'appui de ce test, il cherche par exemple à délimiter le marché pertinent au « plus petit groupe de biens pour lequel une hausse de prix légère mais significative (généralement 5 à 10 %) et non transitoire serait profitable à une entreprise hypothétique qui contrôlerait l'ensemble des biens considérés »[5]. Schématiquement, le juge délimite d'abord le marché à un bien unique et cherche, à l'aide de critères prédéterminés, à répondre à la question suivante : « une entreprise imaginaire qui aurait un monopole sur la vente de ce bien [pourrait]-elle augmenter légèrement mais significativement et de manière durable le prix du bien profitablement ? »[6]. Dans l'affirmative, il en déduit qu'aucun bien n'est substituable à celui envisagé qui constitue alors, à lui-seul, un marché pertinent. Dans la négative, il intègre aux biens vendus de manière monopolistique par l'entreprise imaginaire le bien substituable le plus proche et réitère l'opération jusqu'à obtenir une réponse positive. Le marché pertinent est alors composé de tous les biens ainsi déterminés comme étant substituables[7].

---

[1] *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence,* JO, C 372, du 9 décembre 1997. Après avoir engagé, en décembre 2019, des réflexions et procédé à des consultations, la Commission a publié un document de travail le 12 juillet 2021 qui conclut au besoin de faire évoluer le texte. Cette communication définit le marché et a pour objet essentiel d'exposer les critères et méthodes (dont le test du monopoleur hypothétique) en application desquels les autorités de concurrence doivent procéder à la délimitation des marchés « en cause » ou « pertinents ».

[2] C. LUCAS DE LEYSSAC, « Délimitation du marché pertinent et ententes », *Gaz. pal.,* 2001, p. 1655 : qui observe qu'en matière d'ententes, la notion paraît « faire partie des éléments constitutifs de l'infraction » ; G. CANIVET, C. CHAMPALAUNE, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Le juge et le droit économique. Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard,* Montchrestien, 2002, p. 257, qui dressent un constat similaire concernant toutes pratiques anticoncurrentielles.

[3] Les modalités de délimitation du marché pertinent dans l'un et l'autre cas ne sont cependant pas identiques. En matière de contrôle des concentrations v. *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations,* 2020, précitées, § 511 et s.

[4] Bien qu'une différence fondamentale oppose le juriste et l'économiste : le premier considère que la délimitation du marché est toujours nécessaire à l'appréciation d'un pouvoir de marché et constitue un préalable indispensable à l'application du droit de la concurrence ; le second considère que l'appréciation du pouvoir de marché peut se faire sans une telle délimitation préalable (v. C. MONTET, article précité ; A.-L. SIBONY, thèse précitée, spéc. n° 432-434 et F. JENNY, préface à la thèse de L. BIDAUD, précitée).

[5] A. CHAPIN, « L'indispensable test du monopoleur hypothétique », *RLC,* n° 2016/47, p. 30.

[6] *Ibid*.

[7] Nous nous en tiendrons à cette présentation sommaire. Pour des présentations plus approfondies v. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 464-484 (au cours d'une analyse détaillée du test et de sa mise en œuvre par le juge, l'auteur relève plusieurs de ses limites, préconise sa circonscription à certaines hypothèses, suggère des pistes d'amélioration mais conclut à son réel bénéfice pour l'activité du juge) ; C. MONTET, article précité ; B. DURAND, « La définition des marchés pertinents : ne pas oublier le test du monopole hypothétique », *Concurrences,* n° 4-2010, art. n° 32772 et A. CHARPIN, article précité (ces auteurs, tous économistes, proposent une analyse technique approfondie au cours de laquelle ils insistent sur les critères et données à intégrer au test, sur les modalités de

La délimitation d'une notion centrale du droit de la concurrence implique ainsi le maniement d'outils empruntés à l'économiste. Si la mise en œuvre de ce test n'est pas systématique[1] ni exclusive d'autres méthodes, elle est approuvée et contrôlée par la Cour de cassation qui refuse d'abandonner l'opération de délimitation à la souveraine appréciation des juges du fond.

735. Étude de cas. La saga qui a vu s'opposer les opérateurs Orange et SFR sur le marché de la téléphonie fixe – dont l'épilogue semble avoir eu lieu[2] – offre une parfaite illustration. L'un des enjeux du litige[3] était la question de l'existence – avancée par SFR, réfutée par Orange – d'un marché de la téléphonie fixe destinée à l'équipement des résidences secondaires, distinct de celui de la téléphonie destinée à l'équipement des résidences principales.

La Cour de cassation a d'abord censuré l'arrêt par lequel la Chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris avait conclu à l'existence d'un marché unique intégrant les deux types de service[4]. La cassation est fondée sur un triple défaut de base légale. Les trois branches du moyen auquel il est fait droit relevaient des lacunes dans la mise en œuvre d'outils d'analyse économique tendant à l'appréciation de la substituabilité : du côté de la demande pour les deux

récolte de ces données et suggèrent des pistes d'amélioration) ; B. DEFFAINS, J. PELLEFIGUE, « Vraiment pertinent ? Une analyse économique des marchés pertinents », *RTD Com.,* 2018, p. 555 (ces auteurs doutent de l'efficacité du test dont ils relèvent le coût et la complexité élevés).

[1] Des auteurs préconisent d'ailleurs de la circonscrire à certaines hypothèses, Madame Sibony considère ainsi qu'elle ne présente de véritable pertinence que lorsqu'est en cause la question du pouvoir de marché d'un opérateur (thèse précitée, n° 468 et 472).

[2] La Cour de Paris s'est prononcée une troisième fois après un second renvoi après cassation (CA Paris. 24 septembre 2021, n° 20/14416). L'arrêt présente un moindre intérêt quant à la délimitation du marché, la Cour juge (§ 20) qu'il n'est pas nécessaire de revenir sur cette question déjà tranchée par les décisions antérieures.

[3] Dont n'a pas été saisie l'Autorité de la concurrence. Il s'agissait d'une action autonome par laquelle SFR réclamait réparation du préjudice qu'elle aurait subi du fait de l'abus de sa position dominante par Orange.

[4] Com., 12 avril 2016, n° 14-26815 qui casse CA Paris, 8 octobre 2014, n° 14/05766 (qui avait rejeté les résultats du test au terme duquel SFR avait conclu à l'existence de deux marchés distincts).

premières[1], du côté de l'offre pour la troisième[2]. Les juges du fond n'ayant pas suffisamment motivé leur remise en cause de la délimitation du marché suggérée par SFR à l'appui d'un test de substituabilité, leur arrêt est censuré[3]. Ces lacunes méthodologiques dans l'opération de la délimitation du marché pertinent justifient la cassation.

Saisis de l'arrêt rendu, sur renvoi, par la Cour de Paris autrement composée[4], les Hauts magistrats ont cette fois approuvé la décision par laquelle elle a constaté l'existence d'un marché autonome de la « téléphonie fixe résidentielle secondaire interruptible » en se fondant – notamment mais pas exclusivement – sur les résultats du test du monopoleur hypothétique[5].

---

[1] « Sur le premier moyen, pris en sa troisième branche : […] Attendu que pour dire que la société SFR n'établit pas l'existence d'un marché pertinent limité à l'offre de téléphonie fixe destinée aux propriétaires de résidences secondaires […], l'arrêt relève, s'agissant de la substituabilité entre biens ou services du point de vue de la demande, que le marché de la téléphonie fixe des résidences secondaires n'implique pas de besoins particuliers spécifiques puisqu'il apparaît que 90 % des propriétaires de résidences secondaires considèrent que les autres offres du marché sont substituables à l'offre RS ou que l'offre RS et le caractère "interruptible" de son abonnement ne présentent aucun intérêt ; Qu'en se déterminant ainsi, *sans distinguer, parmi les propriétaires de résidences secondaires n'ayant pas souscrit l'offre RS, ceux qui avaient opté pour une offre de téléphonie simple, ceux qui avaient choisi une offre fixe multiservices ou mobile et ceux qui n'étaient sensibles à aucune de ces offres*, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; Sur le même moyen, pris en sa quatrième branche : […] Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt relève, s'agissant de la substituabilité entre biens ou services du point de vue de la demande, que le marché de la téléphonie fixe des résidences secondaires n'implique pas de besoins particuliers spécifiques puisqu'il apparaît que 90 % des propriétaires de résidences secondaires considèrent que les autres offres du marché sont substituables à l'offre RS ou que l'offre RS et le caractère "interruptible" de son abonnement ne présentent aucun intérêt ; Qu'en se déterminant ainsi, *sans rechercher si, au sein de la clientèle résidentielle de téléphonie simple, il existait un groupe de consommateurs pour lesquels, en raison, notamment, de l'usage qu'ils en avaient et de son coût, la faculté de suspendre l'abonnement en faisait un produit unique, non substituable par un autre produit*, la cour d'appel a privé sa décision de base légale […] » (nous soulignons).

[2] « Et sur le même moyen, pris en sa huitième branche : […] Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt relève, s'agissant de la substituabilité du point de vue de l'offre, que l'offre RS présente des caractéristiques identiques aux autres offres de téléphonie fixe, à l'exception de la modalité tarifaire litigieuse, et retient que la différence de coût effectif avec l'offre classique qui résulterait du caractère "suspensible" de la prestation, n'est pas établie avec certitude dès lors que ce coût est calculé en fonction de la fréquence et de la durée des séjours, lesquelles sont variables dans les résidences secondaires ;

Qu'en se déterminant ainsi, *sans s'expliquer sur le test réalisé par la société SFR sur la base des hypothèses d'occupation des résidences secondaires retenues par la société Orange, ni préciser en quoi les éléments qu'il contenait ne permettaient pas d'établir une différence de coût, fût-elle variable, selon la fréquence et la durée des séjours, entre les offres classiques et RS*, la cour d'appel a privé sa décision de base légale […] » (nous soulignons).

[3] Commentant un autre arrêt (Com., 22 mai 2001, n° 99-14716), Mme Sibony remarquait déjà (thèse précitée n° 556 et 560) que « les allégations relatives à la délimitation du marché pertinent sont désormais appréhendées à travers la question que les économistes mettent en avant […]. L'adoption du raisonnement économique se traduit par une exigence de *motivation circonstanciée* ». C'est l'absence d'une telle motivation dans l'étape de délimitation du marché pertinent que la Cour de cassation reproche à la Cour de Paris dans son arrêt de 2016.

[4] CA Paris, 8 juin 2018, n° 16/19147 ; siégeaient alors des magistrats non spécialisés.

[5] Com., 16 septembre 2020, n° 18-21615 (§ 3 à 7), spéc. § 6 : « En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir qu'il résultait d'un faisceau d'indices, *et non* de la seule spécificité de l'offre ou *de la seule mise en œuvre du test du monopoleur hypothétique*, d'une part, que l'offre était spécifique contractuellement, techniquement et en termes de prix par rapport à l'offre classique et répondait à une demande elle-même spécifique, d'autre part, que compte tenu de son taux de marge, une augmentation faible mais significative et non transitoire du prix de l'offre RS restait profitable à la société Orange, a pu […] retenir qu'il existait, à l'époque des faits dénoncés, un marché pertinent de la téléphonie fixe résidentielle secondaire interruptible » (nous soulignons).

Au cœur du litige se trouvait donc un débat relatif aux modalités de mise en œuvre d'un outil d'analyse économique nécessaire à une opération de définition, de délimitation et *in fine* de qualification d'une notion fondamentale, elle-même importée du champ de l'économie[1]. L'analyse économique est ainsi nécessaire à l'opération de qualification, laquelle est au cœur de l'office du juge et de toute autorité appelée à faire application du droit de la concurrence. Là ne s'arrêtent pas ses fonctions.

c. L'analyse économique, outil d'évaluation

736. Analyse économique et évaluation en matière indemnitaire. La mise en œuvre des différents pans du droit de la concurrence requiert qu'il soit procédé à des évaluations dont les objets sont variés. Quelques illustrations offriront l'occasion d'aborder les difficultés posées par ces opérations et le besoin qu'elles créent de recourir à l'analyse économique.

En premier lieu, lorsqu'est en cause une action indemnitaire consécutive à la commission d'une pratique illicite, se pose inévitablement la question du montant de la réparation qui doit être allouée à la victime. Faute de règles substantielles dérogatoires au droit commun de la responsabilité civile, sa fixation doit intervenir en considération d'un unique élément : le préjudice que le demandeur démontre avoir subi du fait du comportement en cause, lequel doit par principe être évalué avec précision[2]. Le *dommage* ou le *préjudice concurrentiel*[3] constitue ainsi un premier objet d'évaluation. Or, bien souvent, cette opération requiert de recourir à des méthodes qui exigent « des compétences économiques »[4] et reposent « sur des projections nécessairement spéculatives »[5]. Prenons l'exemple du calcul du surcoût préalable à l'évaluation du préjudice résultant d'une entente anticoncurrentielle.

---

[1] V. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 451 et s. ; *contra,* L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 640 et s. : l'auteur distingue les notions de « marché pertinent » – qui serait véritablement un concept de la science économique – et de marché en cause – qui n'en serait qu'une transposition, à certains égards infidèle, dans le discours des juristes.

[2] On retrouve là le principe de la réparation intégrale qui gouverne le droit français de la responsabilité civile. La victime devant être replacée dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant la survenance du fait dommageable – ni plus, ni moins – l'évaluation de l'ensemble des pertes qui en ont résulté pour elle est primordiale. Pour une présentation concise du principe, de ses limites et de ses possibles aménagements v. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 10e éd., 2021, p. 152-159.

[3] V. sur ce sujet N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel,* précité (l'auteur explique, dans le premier titre de sa thèse, que la notion de dommage concurrentiel est polysémique tant dans son usage doctrinal que prétorien : parfois utilisée pour désigner l'atteinte à l'économie ou au fonctionnement du marché, elle l'est d'autres fois pour désigner le préjudice individuel subi par un opérateur) ; G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, *La faute lucrative en droit de la concurrence,* Concurrences, 2020. V. aussi, qui intègre des développements relatifs au « dommage à l'économie » ou au préjudice résultant d'une pratique de concurrence déloyale, M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Institut Universitaire de Varenne, 2017.

[4] R. AMARO, thèse précitée, n° 448 ; l'auteur précise que ces difficultés ne sont néanmoins pas exclusives de difficultés juridiques qui se posent, notamment au regard de l'exigence de certitude du dommage.

[5] *Ibid.,* on retrouve là la « fonction de projection » également remplie par l'analyse économique ; v. *infra.*

737. Illustration : le calcul du surcoût tendant à l'évaluation du préjudice résultant d'une entente anticoncurrentielle. La question est fondamentale : la majorité des actions indemnitaires consécutives à une entente illicite sont fondées sur l'invocation d'un « préjudice de surcoût » dont le montant « correspond à l'écart entre la somme effectivement payée par le client d'une entreprise membre d'une entente, et la somme qu'il aurait payée si cette entente n'avait pas existé » [1]. Le calcul de ce surcoût – nécessaire mais non suffisant à l'évaluation du préjudice[2] – requiert l'établissement d'un scénario contrefactuel. L'objectif est alors de « tenter de reconstruire le marché concurrentiel tel qu'il aurait été sans infraction »[3] afin de comparer le niveau de prix qui y aurait été pratiqué avec celui pratiqué sur le marché réel. La différence entre les deux constitue le surcoût, parfois qualifié de « surprix ».

Différents modèles et méthodes existent pour établir un tel scénario. Leur présentation exhaustive serait fastidieuse et superfétatoire. La Commission européenne[4] et la Cour d'appel de Paris[5] y ont consacré d'importants travaux auxquels viennent s'ajouter les études et commentaires doctrinaux[6]. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail[7], une observation

---

[1] S. CARVAL et J.-F. LABORDE, « L'évaluation du surcoût causé par une entente anticoncurrentielle : l'expérience française », *Gaz. Pal.,* 2016, n° 34, p. 11.

[2] Notamment car le préjudice subi par l'acheteur direct peut avoir été répercuté sur son propre client. C'est la pratique dite du « *passing-on* » sur laquelle v. R. DE NIJS, M. ARNOUX, « Passing-on et évaluation des préjudices économiques causés par des pratiques anticoncurrentielles », *RLC,* n° 2017/58, p. 32 et les orientations publiées par la Commission, *Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part de surcoût répercutée sur les acheteurs indirects,* JOEU C 267/4 du 9 août 2019. V. encore nos développements *infra.*

[3] R. AMARO, thèse précitée, n° 451.

[4] *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE,* 2013 (« guide pratique de la Commission »).

[5] Cour d'appel de Paris, *Fiches sur la « Réparation du préjudice économique »,* 2020, disponibles sur le site de la Cour et spéc. les fiches 3.a, 3.b et 3.c.

[6] V. notamment M. CHAGNY, B. DEFFAINS, *Réparation des dommages concurrentiels,* Dalloz, 2015 ; S. CARVAL, M. CHAGNY, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, C. MONNIER, J.-P. TROPÉANO, « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles,* IRJS, 2016, p. 149-192 ; R. AMARO, J.-F. LABORDE, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles,* précité, spéc. Chapitre 5 ; S. CARVAL, J.-F. LABORDE, article précité.

[7] Relevons simplement que ces méthodes sont distinguées en trois grandes catégories :
-Les méthodes « comparatives » : elles consistent, au moyen d'outils statistiques et économétriques, à comparer le marché affecté avec un autre marché. La comparaison peut être faite avec : le même marché mais avant ou après la commission de la pratique litigieuse (c'est la « comparaison dans le temps », v. guide pratique de la Commission, pts. 38-48), un autre marché géographique qui porte sur le même produit et qui n'est pas affecté par la pratique (c'est la « comparaison géographique », v. pts. 49-53), un même marché géographique qui porte sur un produit analogue (c'est la comparaison « entre produits », v. pts. 54-55). Une quatrième méthode comparative consiste à combiner les résultats obtenus au terme de la mise en œuvre des trois premières (c'est la « méthode des doubles différences », v. pts. 56-58). Toutes ces méthodes connaissent des modalités de mise en œuvre plus ou moins techniques et approfondies en fonction des données disponibles et des circonstances de l'espèce (v. première partie de la fiche n° 3c de la Cour d'appel de Paris intitulée « Quelles méthodes économiques pour évaluer un préjudice » et guide pratique de la Commission, pts. 59-95).
-Les méthodes « de simulation » ou « modélisation » : elles reposent sur la mise en œuvre de modèles théoriques issus de l'économie industrielle tendant à simuler les évolutions probables qu'aurait connues le marché sur lequel a été commis l'infraction si elle n'avait pas eu lieu (ces méthodes sont surtout mobilisées lorsqu'il n'existe aucun marché témoin pour procéder à l'analyse comparative). L'objectif est alors de répondre à des interrogations telles

générale peut être formulée : la technicité de ces outils directement issus des sciences économiques ne fait aucun doute et nécessite de recourir aux savoirs de l'économiste[1]. L'appréciation de la répercussion du surcoût sur ses propres clients par le demandeur à l'action en réparation renforce encore l'analyse ; les importants débats et difficultés dont a été source cette question dans les récentes affaires Cora et Carrefour en témoignent[2]. L'analyse économique est ainsi un outil d'évaluation, technique et complexe, indispensable dans le volet indemnitaire du contentieux de la concurrence. Elle l'est également dans son volet répressif.

738. Analyse économique et évaluation en matière répressive. En matière répressive, se pose notamment la question de l'ampleur de la sanction qui doit être infligée au contrevenant et, lorsqu'elle est d'ordre pécuniaire, de la fixation de son montant.

À ce sujet, les textes se contentent tout au plus de fournir des critères au regard desquels l'autorité compétente doit procéder et d'établir des plafonds au-delà desquels elle ne peut aller.

---

que : « est-ce que le marché se serait développé plus vite en l'absence du fait générateur ? Est-ce qu'un nouveau modèle aurait émergé ? Est-ce que la structure du marché aurait été différente ? » ; les réponses à ces questions permettent d'établir un marché contrefactuel à l'aune duquel on peut apprécier les conséquences qu'a eues l'infraction sur la situation de la victime ; la dernière étape consiste ainsi à comparer la situation de cette dernière avec celle qui aurait été la sienne sur le marché contrefactuel sur lequel n'a, par hypothèse, pas eu lieu l'infraction (v. fiche n° 3c de la Cour d'appel de Paris, précitée, partie 2 et guide pratique de la Commission, pts. 97-105).
-Les méthodes reposant sur une analyse des coûts qu'un auteur décrit sommairement comme « l'établissement d'un scénario contrefactuel prenant pour point de départ l'évaluation du coût unitaire de production, augmenté d'une marge bénéficiaire raisonnable » (R. AMARO, thèse précitée, note 1945, p. 462) ; l'évaluation du surcoût consiste alors à comparer le « prix unitaire concurrentiel » tel qu'estimé sur le marché contrefactuel établi au prix unitaire pratiqué sur le marché affecté par la pratique illicite (v. pts. 106-113).
Pour une présentation complète de ces méthodes, de leurs avantages, limites et inconvénients v. références *supra*, spéc. S. CARVAL, M. CHAGNY, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI *et al.*, article précité, not. p. 171-192 : les auteurs expliquent qu'en pratique, les économistes croisent les résultats obtenus au terme de la mise en œuvre de ces différentes méthodes. V. enfin G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, thèse précitée, n° 723-744.

[1] V. AMARO, J.-F. LABORDE, ouvrage précité (1ère éd.), n° 273, qui relèvent que sur 45 affaires recensées sur lesquelles une juridiction française s'est prononcée sur l'existence de surcoûts causés par une entente, 20 ont donné lieu à la nomination d'un expert judiciaire dont l'analyse vient alors compléter celles proposées par les économistes éventuellement consultés par les parties (ces chiffres sont donnés dans la première édition, dans la seconde, une cinquantaine d'affaires sont mentionnées et près de la moitié ont donné lieu à nomination d'un expert).

[2] Dans ces deux affaires, des économistes ont été sollicités, notamment au sujet de l'application de la théorie du *passing-on,* parfois sans que cela ne suffise à convaincre le juge. Ainsi dans l'arrêt CA Paris, 5 janvier 2022 *Vania c/ Carrefour*, n° 19/22293, la Cour, après avoir écarté l'application de l'art. L. 481-4 C. com. (qui fait peser sur le défendeur la charge de la preuve de la répercussion du surcoût sur ses propres clients par le demandeur à l'action en réparation) en raison de l'antériorité des faits à son entrée en vigueur, juge que nonobstant l'étude du cabinet de conseil qu'elles ont versée au débat, les entreprises du groupe Carrefour n'ont « produit aucun élément permettant de vérifier qu'elles n'ont pas répercuté le manque à gagner des marges arrière sur leurs marges avant en revendant aux consommateurs les produits de la société Vania » (pour un commentaire critique v. M. CHAGNY, note sous CA Paris, 5 janvier 2022, n° 19/22293, *Concurrences,* n° 4-2021, art. n° 104718). À l'inverse, dans l'arrêt CA Paris, 24 novembre 2021 *Cora,* n° 20/04265 (affaire du « cartel des produits laitiers ») la Cour privilégie la thèse soutenue par les experts de la demanderesse (alors que le Tribunal de commerce de Paris avait privilégié celle des experts mandatés par les défenderesses) et juge que la répercussion du surcoût par l'entreprise Cora n'est que très limitée (alors que le Tribunal l'avait jugée quasi-totale). V. sur cet arrêt R. AMARO, note sous CA Paris, 24 novembre 2021, n° 20/04265, *L'actu-concurrence Hebdo,* n° 47/2021, 13 décembre 2021.

Concernant la répression des pratiques anticoncurrentielles, l'abandon récent du critère du « dommage à l'économie »[1], s'il a été justifié par le souci d'accroître la prévisibilité et la sécurité juridique[2], ne règle pas toutes les difficultés. Le Code de commerce commande toujours que les sanctions soient « appréciées » au regard de « la gravité » de l'infraction et de sa « durée »[3]. Or il n'est pas certain que cet abandon formel – et pas davantage la volonté affichée d'adopter une méthode plus « objective » et « concrète » de détermination du montant des sanctions[4] – suffise à dispenser du recours à l'analyse économique, notamment pour apprécier la gravité de l'infraction[5] ou son « ampleur économique »[6] voire, *in fine*, pour déterminer le montant de la « sanction efficace »[7].

Des experts de l'OCDE ont relevé que les méthodes de quantification de « l'atteinte à la concurrence »[8] dans le cadre du *public enforcement* « sont plus ou moins les mêmes et rencontrent des problèmes équivalents » que celles utilisées dans le cadre du contentieux

[1] Consacré par l'Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 *relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 (...)* dite « directive ECN + ».

[2] L'appréciation de ce dommage à l'économie – auquel ne font aucune référence les textes européens – donnait lieu à de nombreuses analyses économiques aux résultats parfois totalement opposés. Lui était ainsi reproché son caractère trop imprécis ou incertain. V. C. PRIETO, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles,* précité, p. 9 ; M. NUSSENBAUM, « Quelques difficultés dans la détermination des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles », *in* G. CANIVET, F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, précité, p. 201 ; T. DAHAN, F. NINANE, V. MICHEL-AMSELLEM, G. DE MUIZON, « Qu'est-ce que le dommage à l'économie ? », *Concurrences,* Hors-série 2016-2017.

[3] Art. L. 464-2, II C. com. Doivent également être pris en compte: la situation de l'association d'entreprises ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient et l'éventuelle réitération de pratiques prohibées. Ainsi, plus que jamais, « la gravité de l'infraction constitue, avec sa durée, le principal critère de détermination du montant des amendes » (L. BERNARDEAU, « Amendes pour pratiques anticoncurrentielles en droits interne et européen – Montant de base : gravité de l'infraction selon la valeur des ventes », *JCl. Concurrence-consommation,* fasc. 308-5, n° 2).

[4] *Communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires,* 30 juillet 2021 (« Communiqué ADLC »), spéc. pts. 21 et 27.

[5] Universitaires et praticiens ont relevé qu'outre les difficultés qu'elle posait, la notion de dommage à l'économie était redondante avec la référence à la gravité de l'infraction (v. J.-M. FOLZ, C. RAYSSEGUIER, A. SCHAUB (dir.), *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles,* Rapport de 2014 consultable sur *www.vie-publique.fr*, spéc. p. 29). Nous rejoignons ce constat : nonobstant les critères proposés par la directive européenne et l'Autorité de la concurrence pour déterminer le montant de base de la sanction (v. Communiqué ADLC : valeur des ventes (pts. 21-26), gravité des faits (pts. 27-31), durée de l'infraction (pts. 32-34)) et procéder à l'appréciation de la gravité des faits (Communiqué ADLC, § 28 : suggère la prise en compte d'éléments tels que la nature de l'infraction ou des secteurs activités et marchés en cause) il nous semble que l'appréciation de la gravité de l'infraction rendra le plus souvent nécessaire un détour par une analyse contrefactuelle. Le résultat de l'infraction a vocation à demeurer un critère central dans l'appréciation de cette gravité et risque, le plus souvent, de continuer à être apprécié (sur les plans qualitatif et quantitatif) en comparaison de ce qu'aurait été l'état du marché en l'absence du comportement litigieux ; le tout au moyen d'analyses économiques.

[6] À laquelle se réfère l'Autorité dans son communiqué, v. pts. 21, 26 et 62.

[7] V. P. NASSE, « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, 2006, p. 341.

[8] Expression qui désignerait ce que le droit interne désignait par l'expression de dommage à l'économie, v. C. PRIETO, article précité, spéc. n° 24.

indemnitaire évoquées *supra*[1]. La modification de la lettre pourrait ne pas bouleverser des pratiques établies. En témoigne la référence faite par la Commission, dès le premier paragraphe d'une communication de 2013, au « préjudice important que causent à l'économie dans son ensemble » les infractions aux articles 101 et 102 du TFUE[2]. Si la législation française faisait figure d'exception en ce qu'y était expressément mentionné le dommage à l'économie, l'on perçoit bien qu'au-delà du choix des mots, cette atteinte « au marché » ou « à l'économie » innerve et est au fondement même du *public enforcement.* Dès lors, la mesure de son ampleur pourrait bien continuer à guider l'opération de fixation du montant de la sanction. L'évaluation par le recours à l'analyse économique conserverait alors toute sa place[3].

En outre, même lorsque les textes n'apportent aucune précision[4], le prononcé d'une sanction doit être motivé et son quantum conforme au principe de proportionnalité[5]. C'est alors encore le critère de « gravité du manquement reproché »[6] qui est au cœur de la détermination du montant de la sanction. Or la jurisprudence semble faire de l'évaluation des effets produits par

---

[1] W. FRIEDERISZICK, E. FUGGER, "Note de référence", *in* OCDE, *Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies, Competition policy roundtables,* 2011, p. 49. Les auteurs poursuivent : « Pour évaluer les atteintes à la concurrence ou les dommages et intérêts privés, les approches analytiques utilisées varient selon le secteur d'activités, les caractéristiques de l'infraction et les informations dont on dispose sur l'infraction. L'évaluation des effets néfastes (ou des dommages et intérêts) causés par une infraction peut en effet s'avérer compliquée : imaginer ce qu'aurait été la situation « en l'absence » d'infraction réclame souvent une analyse détaillée – analyse qui oblige les experts économiques à travailler dans un cadre juridique. Cela pose en retour le problème épineux de la compréhension par le juge de modèles et de techniques complexes ». Cette observation conforte parfaitement notre analyse.

[2] Communication de la Commission du 13 juin 2013 *relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE*. Il a pourtant souvent été relevé que les textes européens ne comportaient aucune mention du dommage (ou « préjudice ») à l'économie.

[3] Les récentes réflexions relatives à la faute lucrative, à la confiscation du profit illicite et au caractère dissuasif de la sanction ne font que renforcer ce sentiment : y sont intégrées de nombreuses notions économiques dont l'appréciation rendra bien souvent nécessaire le recours aux outils d'évaluation qu'offre l'analyse économique. V. récemment sur le sujet : G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, *La faute lucrative en droit de la concurrence,* précité et les réflexions et propositions de R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles,* précité, spéc. p. 725-743. Et en droit européen, N. PETIT, *Droit européen de la concurrence,* LGDJ, 3e éd., 2020, spéc. en matière de sanction des ententes n° 1775-1776.

[4] Ce que déplorent certains observateurs, v. M. CHAGNY, « Contribution sur le Titre IV du Livre IV du Code de commerce », *in* G. CANIVET et F. JENNY (dir.), rapport précité, proposition n° 15, p. 159, qui suggère d'ajouter dans le texte (art. L. 442-6, III anc., actuel art. L. 442-4 C. com.) des critères au regard desquels le juge devrait fixer le montant de l'amende civile en matière de pratiques restrictives.

[5] Toutes les sanctions administratives envisagées sont soumises à ce principe qui contraint à la fois l'autorité auteur de la norme et celle chargée d'en faire application (Cons. constit., décision n° 2011-99 QPC du 25 novembre 2011) ; sur ce principe v. M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives,* précité, p. 116-119. Concernant l'amende civile en matière de pratiques restrictives v. M. BANDRAC, « L'action donnée au ministre de l'Économie et des Fiances (art. L. 442-6-III c. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », *D.*, 2007, p. 2433 et M. BEHAR-TOUCHAIS, « Chronique d'une mort annoncée (À propos de l'action en nullité et en restitution de l'indu exercée par le ministre de l'Économie, après les arrêts des Cours d'appel de Versailles du 3 mai 2007 et d'Angers du 29 mars 2007) », *RLC*, n° 2007/12, n° 33, spéc. § 16 : l'auteur insiste sur la nécessité que le juge soit soumis, lorsqu'il prononce une telle amende, au principe de proportionnalité et suggère qu'il s'inspire des critères prévus en matière de pratiques anticoncurrentielles.

[6] V. *Le juge administratif et les sanctions administratives,* Dossier thématique du Conseil d'État, 9 janvier 2017, spéc. § 1-2-4.

l'infraction sur le marché – voire du « dommage à l'économie »[1] qui en résulte – un élément clef de l'appréciation de cette gravité. Cet élément (re)devient, par voie de conséquence, un critère central au regard duquel est fixé le montant de l'amende. Dans les situations les plus complexes, l'analyse économique pourrait donc encore constituer, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles[2], l'outil adéquat pour y procéder.

Outil de qualification, l'analyse économique permet également de procéder à des évaluations nécessaires à l'application du droit de la concurrence, tant en son volet répressif qu'indemnitaire. Elle constitue enfin un indispensable outil de projection.

d. L'analyse économique, outil de projection

739. Le contrôle des concentrations : un contrôle par la projection. Expression de la liberté des opérateurs économiques susceptible de produire des effets bénéfiques[3], une opération de concentration n'en présente pas moins des risques concurrentiels[4] justifiant que les plus importantes d'entre elles soient soumises à un contrôle[5]. L'objet de ce contrôle est d'« arbitrer entre les effets négatifs de la concentration, dus à l'accroissement du pouvoir de monopole de l'entreprise résultant de l'opération, et les effets positifs en gain d'efficacité »[6].

Étant exercé *a priori*, ce contrôle revêt nécessairement une dimension prospective : c'est en se projetant vers l'avenir que l'Autorité de la concurrence – et le juge s'il est saisi – doit procéder

[1] Dans deux affaires qui concernaient des pratiques illicites reprochées à la société Galec (Société Coopérative Groupement d'Achats des Centres Leclerc) sur fondement de l'art. L. 442-6, III C. com. ancien, la Cour d'appel de Paris fait référence, pour motiver le montant de l'amende infligée (2 millions d'euros), à « la gravité du comportement en cause » ainsi qu'au « dommage à l'économique » qui en a résulté.
Dans la première affaire, qui concernait une clause instituant un déséquilibre significatif dénué de contrepartie (clause par laquelle les fournisseurs de Galec renonçaient à leur droit d'action et à réparation résultant d'une condamnation du distributeur), le tribunal avait prononcé une amende civile de 1 million d'euros, la motivation de la Cour vient donc au soutien du doublement de ce montant (CA Paris, 18 septembre 2013, n° 12/03177).
Dans la seconde, qui concernait également un déséquilibre significatif (résultant, notamment, de clauses en application desquelles Galec bénéficiait de ristournes que la Cour juge dénuées de contrepartie réelle), le tribunal avait débouté le ministre de toutes ses demandes, y compris celles tendant au prononcé de l'amende. La motivation de la Cour vient donc au soutien de la fixation *ab initio* de son montant (CA Paris, 1er juillet 2015, n° 13/19251).
[2] La doctrine a relevé que la méthode utilisée par la Cour de Paris pour fixer le montant de l'amende civile dans les deux affaires qui viennent d'être présentées était semblable à celle utilisée par l'Autorité de la concurrence et, sur recours, par cette même Cour, pour fixer le montant de l'amende administrative en matière de pratiques anticoncurrentielles (M. CHAGNY, « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la Cour d'appel de Paris », *RTD Com.*, 2015, p. 492 ; G. DE MONCUIT DE BOISCUILLÉ, thèse précitée, n° 161-162).
[3] Telle qu'une réduction des coûts de transaction, de gestion et de production ou, d'un point de vue de la stratégie industrielle internationale, une meilleure résistance aux principaux concurrents étrangers.
[4] N. DORANDEU, thèse précitée, n° 21, « toute concentration, en réduisant le nombre des opérateurs sur le marché, réduit la concurrence potentielle et peut faciliter les comportements anticoncurrentiels ».
[5] Dont nous avons rappelé les modalités, v. *supra*, Partie I – Titre 2 – Chap. 1 – Sect. 2.
[6] N. DORANDEU, thèse précitée, n° 21.

à ce bilan coût/avantage en tenant compte de critères fournis par la loi et la jurisprudence[1]. Il en va de même en cas d'adoption de mesures correctives : qu'elles soient suggérées par les parties ou imposées par l'Autorité, l'appréciation de leur efficacité commande que l'Autorité et/ou le juge se projettent. Les interrogations sont conjuguées au futur et l'analyse économique constitue l'outil adéquat pour les traiter[2]. L'observation de la pratique le confirme.

740. L'analyse économique prospective : outil de mise en œuvre du contrôle des concentrations. Le Conseil d'État est clair quant à la méthode par laquelle il exige que soit opéré le contrôle : l'Autorité de la concurrence doit caractériser l'éventuelle atteinte à la concurrence qui résulterait de l'opération et les risques de réduction significative de concurrence qu'elle engendre « à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble de données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible »[3]. Elle doit, pour ce faire, tenir compte du fonctionnement du marché concerné au jour où elle statue mais également de ses « évolutions envisageables ». Au soutien d'une même analyse, il lui appartient d'évaluer et d'anticiper les « gains d'efficacité escomptés » qui pourraient profiter au consommateur afin de rechercher s'ils sont suffisants pour « compenser l'atteinte à la concurrence identifiée »[4].

Chaque étape de la démarche suivie par l'Autorité implique, outre l'interprétation de notions indéterminées, des analyses prospectives tendant à l'identification et la délimitation des marchés pertinents et concernés[5], à l'étude de leurs caractéristiques présentes et futures[6], à l'évaluation des effets qu'est susceptible d'y produire l'opération envisagée[7] ou encore à

---

[1] C'est à l'établissement d'un tel bilan que l'art. L. 430-6 C. com. invite l'Autorité et, par conséquent, le juge de recours : il leur confie la mission d'examiner, d'une part, si l'opération « est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique » et, d'autre part, si elle « apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ».

[2] Le contrôle des concentrations fait partie des champs dans lesquels la nécessité de recourir à l'analyse économique est communément observée et admise, ce qui a conduit à l'observation que « l'examen des effets sur la concurrence des opérations de concentration au moyen d'instruments d'analyse économique est généralement bien accepté et suscite peu de commentaires », G. CANIVET, F. JENNY (dir.), rapport précité, n° 186.

[3] CE, ass., 21 décembre 2012 *Sté Groupe Canal Plus et autres,* précité, § 95 ; formule reprise par l'Autorité de la concurrence dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations de 2020 (précitées), § 503.

[4] AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices*, précitées (version 2020), § 508.

[5] *Ibid.,* p. 131-145.

[6] Ce qui implique de nombreuses analyses intermédiaires : taille des principaux acteurs sur le marché, niveau de marge réalisé en moyenne, coûts et capacité de production des principaux acteurs, caractéristiques des produits et services concernés, comportement des clients et fournisseurs, difficultés pour un nouvel acteur d'entrer sur le marché etc. ; v. la liste non exhaustive proposée par l'Autorité de la concurrence (*Lignes directrices,* précitées, p. 146-161). L'objectif est *in fine* d'apprécier le « pouvoir de marché » que l'entité qui résultera de l'opération détiendra concrètement sur le marché considéré.

[7] V. les tests économiques détaillés par l'Autorité tendant à l'appréciation des effets (coordonnés ou non cordonnés) résultant d'une concentration (horizontale, verticale ou conglomérale) : *Lignes directrices,* précitées (version 2020), p. 161-215 ; par ex. n° 648-660, où sont exposés trois tests permettant d'évaluer le risque d'effet unilatéral

l'appréciation des gains d'efficacité susceptibles d'en résulter. Ces analyses présentent une nature économique et reposent sur le maniement d'outils – notamment de calcul et de modélisation – directement issus des sciences économiques. Le contrôle des concentrations et le traitement de son contentieux seraient ainsi, « par nature », économiques[1/2].

741. Défi actuel : adapter les outils économiques aux enjeux de l'économie numérique. Des réflexions sont en cours en vue de rendre ces outils plus efficaces et de les adapter aux difficultés et enjeux nouveaux soulevés par l'essor de l'économie digitale et de plateformes numériques d'envergure mondiale[3]. Le développement de cette économie numérique provoque l'émergence rapide d'acteurs particulièrement innovants et bouleverse d'autres marchés établis (par ex. ceux de la télévision numérique et de la publicité audiovisuelle) ainsi que les comportements des consommateurs. Le tout interroge quant à l'adéquation des critères et outils de projection traditionnels ainsi que sur le terme à l'aune duquel il convient de raisonner[4] : se projeter à moyen (3 ans) ou long terme (plus de 5 ans) pour apprécier les conséquences possibles d'une opération entre acteurs de l'économie digitale est-il pertinent ? Une telle projection est-elle raisonnablement possible et fiable dans un marché si mouvant et innovant ? Comment tenir compte de ces projections dans le cadre du contrôle d'opérations intervenant sur des marchés plus traditionnels directement affectés par l'émergence de ces nouveaux acteurs ?

Dans le cadre du projet de fusion entre TF1 et M6 – finalement avorté – ces questions ont été au cœur de l'instruction menée par l'Autorité de la concurrence : sur quel terme fallait-il raisonner ? Le marché de la publicité audiovisuelle doit-il encore être distingué de celui de la publicité digitale, sur internet ? Dans l'affirmative, en sera-t-il toujours de même dans un an ? Dans deux ? Dans cinq ans ? Le choix d'affecter trois rapporteurs issus du service économique

résultant d'une concentration horizontale (« *upward pricing pressure test* » ou « UPP Test » ; « *gross upward pricing pressure index* » - ou « indice GUPPI » et « *illustrative price rise test* » - ou « IPR Test »).

[1] En tout cas dans leur principe. Le droit d'évocation du ministre conduit à nuancer l'observation : il repose davantage sur des considérations politiques ou sociales (art. L. 430-7-1, II C. com.). Certains craignent d'ailleurs qu'un mouvement de « politisation » vienne perturber le caractère économique de ce contrôle, v. D. BOSCO, « La faute politique serait de politiser le contrôle des concentrations », *CCC,* n° 5, mai 2019, repère 5.

[2] C'est ce qui justifie que l'Autorité de la concurrence – première appelée à y procéder – comporte en son sein un service d'économistes que certains souhaiteraient voir renforcé (G. CANIVET, F. JENNY (dir.), rapport précité, n° 40 à 48 et n° 75).

[3] V. « Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de la concurrence et les enjeux numériques », 19 février 2020. Les réflexions concernent à la fois l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles (I.) et celui du contrôle des concentrations (II.). V. encore sur le sujet : D. FASQUELLE, « Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique », *CCC*, n° 7, juillet 2019, dossier 11 ; W. CHAIEHLOUDJ, « Quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ? », *CCC,* n° 3, mars 2020, étude 4 et les références citées.

[4] Pour une étude générale à ce sujet v. E. CLAUDEL, « La temporalité des règles de concurrence est-elle adaptée au numérique ? », *CDE,* n° 3, mai 2019, dossier 21.

de l'Autorité pour procéder à l'instruction de ce dossier[1] et la création récente d'un « service de l'économie numérique »[2] témoignent de la vigueur des réflexions en cours et de l'importance qu'y occupe l'analyse économique dans sa fonction d'outil de projection indispensable à la mise en œuvre du contrôle des concentrations et au traitement du contentieux auquel il donne lieu. À l'annonce de l'abandon du projet, les sociétés ont publiquement déploré que les services de l'Autorité aient insuffisamment tenu compte de « l'ampleur et de la vitesse des mutations du secteur de l'audiovisuel français »[3]. Preuve que les défis nouveaux sont de taille.

742. Bilan intermédiaire. Outil de qualification, d'évaluation et de projection, l'analyse économique est au cœur de l'activité et de l'office des autorités appelées à faire application du droit de la concurrence. Chargé d'opérer un contrôle approfondi des actes rendus par ces dernières et titulaire, pour ce faire, d'un large pouvoir de réformation, le juge de recours est, lui aussi, appelé à faire office d'autorité de concurrence. Il est par conséquent pleinement concerné par ce besoin de maîtriser cet outil. Il l'est également en sa qualité de juge de recours : l'analyse économique doit en effet constituer l'un des objets centraux de son contrôle.

B. L'analyse économique : objet central du contentieux juridictionnel de la concurrence

743. La Cour de la concurrence, l'analyse économique et le principe dispositif. L'importance que revêt l'analyse économique dans l'application, en « premier ressort », du droit de la concurrence produit d'inévitables conséquences au stade du recours dont peuvent faire l'objet les actes des autorités de concurrence. Que soient envisagées les procédures administratives ou juridictionnelles conduites au « premier degré », elles suivent une méthode similaire[4] qui repose sur trois opérations principales : une opération d'identification puis

[1] Ces économistes travaillent sur ce dossier aux côtés des quatre rapporteurs issus du service des concentrations. V. les déclarations du rapporteur général Stanislas Martin lors de son audition devant le Sénat au sujet de ce projet de concentration le 16 décembre 2021 (vidéo consultable sur le site du Sénat).

[2] Service d'instruction dont la création a été annoncée par l'Autorité de la concurrence le 9 janvier 2020. Pour la composition et les missions de ce service v. le site internet de l'Autorité.

[3] « Abandon du projet de fusion des groupes TF1 et M6 », communiqué publié le 16 septembre 2022 par les sociétés Bouygues, RTL Group, TF1 et le groupe M6. Le communiqué, bref, est ainsi conclu : « Les parties déplorent que l'Autorité de la Concurrence n'ait pas pris en compte l'ampleur et la vitesse des mutations du secteur de l'audivisuel français. Elles restent convaincues que la fusion des groupes TF1 et M6 aurait été une réponse appropriée aux défis découlant de la concurrence accélérée avec les plateformes internationales ».

[4] L'observation n'est pas surprenante si l'on a à l'esprit le mouvement de « juridictionnalisation » qui a concerné à la fois la répression administrative et la fonction contentieuse des autorités de régulation. Sur ce sujet, v. les développements complets de T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni,* précité, spéc. Chapitre 2 de la Seconde partie. Si l'auteur s'intéresse spécifiquement aux autorités de régulation sectorielles, ses développements relatifs à la répression administrative ont une vocation générale. Il relève par ailleurs que la jurisprudence « tend à orner ces organismes des habits de plus en plus ressemblants à ceux de la juridiction, aussi bien au niveau procédural qu'au niveau du fond » et précise que ce mouvement s'est surtout « concentré » sur l'autorité de la concurrence et sur celle des marchés financiers (p. 706).

d'interprétation de la règle applicable, une opération de qualification des faits[1] puis une opération d'application motivée de la première aux seconds[2]. Chacune de ces opérations étant, comme il vient d'être démontré, susceptible de nécessiter la mobilisation de l'analyse économique.

Au stade du recours, la partie mécontente de l'acte adopté en « premier ressort » tentera de démontrer que l'une au moins des étapes du processus au terme duquel il a été adopté est viciée. Dès lors que l'étape débattue a été appuyée sur un raisonnement économique, celui-ci a vocation à concentrer les moyens de contestation. Dans l'affaire ayant opposé les opérateurs SFR et Orange[3], l'une des critiques essentielles soumises aux juges concernait l'étape de délimitation du marché pertinent. C'est notamment en critiquant les méthodes d'analyse économique mobilisées et critères pris en compte dans cette opération de qualification qu'ils ont chacun tenté d'emporter la conviction des juges d'appel puis de la Cour de cassation[4].

L'analyse économique devient ainsi un enjeu majeur du recours : le juge se trouve saisi d'analyses complexes produites, non seulement, par les parties privées mais également par les autorités publiques, notamment dans le contentieux du *public enforcement* et du contrôle des concentrations[5]. Comme le relève Madame Sibony, « ce sont avant tout les contestations dont il est saisi qui [conduisent le juge] à aller plus ou moins loin dans l'analyse économique »[6]. Soumis au principe dispositif et à l'obligation de se prononcer sur les moyens et demandes qui lui sont valablement soumis, il n'a d'autre choix que de « connaître de raisonnements économiques allégués par les parties »[7]. C'est d'abord en raison de cet impératif procédural que la Cour de la concurrence aura, dans son office de juridiction de recours, à connaître d'analyses et raisonnements économiques parfois complexes et étoffés.

744. Analyse économique et fonctions spécifiques de la Cour. Il convient néanmoins que la Cour soit mise en mesure de faire davantage qu'exécuter formellement cette obligation

[1] De laquelle il est parfois possible de distinguer une opération « d'appréciation des faits ». La distinction est toutefois ténue et il ne serait pas d'un grand apport de nous y intéresser plus longuement. Pour une analyse détaillée de l'appréciation des faits u contentieux de la concurrence v. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 1007-1055.
[2] Il s'agit des étapes du raisonnement syllogistique qui caractérise – de manière quelque peu schématique mais non moins opératoire – le raisonnement judiciaire.
[3] Sur laquelle v. *supra.*
[4] Pour d'autres illustrations, v. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 1065-1071.
[5] L'hypothèse est également envisageable dans le cadre du contentieux des pratiques restrictives ou des autres dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce (v. *supra*, Partie I – Titre I – Chap. 2). Les pouvoirs confiés au ministère de l'Économie (mise en mouvement de l'action, injonction, astreinte et prononcé d'une amende) pourraient être l'occasion d'une production par ces derniers d'analyses tendant à la démonstration de la commission d'une infraction, à l'appréciation de sa gravité ou à l'évaluation d'un préjudice notamment.
[6] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 38 ; v. aussi G. CANIVET, préface à B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil,* LGDJ, 2002, p. 2.
[7] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 579.

procédurale. Le caractère indéterminé de notions cardinales du droit de la concurrence et la nécessité accrue de mobiliser un savoir extérieur sont susceptibles de constituer de nouvelles menaces pour la prévisibilité et la sécurité juridique des opérateurs[1]. Au titre des fonctions fondamentales d'harmonisation et d'unification qui ont vocation à lui échoir[2], la Cour devra conjurer ce risque en assurant, au moyen de décisions détaillées et pédagogiques, un contrôle approfondi et rigoureux des raisonnements économiques qui lui sont soumis.

Un tel contrôle œuvrera à la préservation d'une nécessaire sécurité juridique à un double titre. D'abord, il permettra de préciser les charges procédurales qui pèsent sur les parties impliquées dans un différend né de l'application du droit de la concurrence (1) ; ensuite, il sera l'occasion de leur préciser les méthodes par lesquelles elles peuvent et doivent supporter ces charges (2).

1. La précision des charges procédurales par le recours à l'analyse économique

745. Indétermination juridique, sécurité juridique et contrôle des qualifications. Le choix du législateur de recourir à des notions indéterminées peut poursuivre l'objectif que l'autorité tenue d'en faire application soit en mesure d'adapter la règle à « la variété infinie des circonstances » dont elle peut être saisie et qu'il ne peut anticiper[3]. Il se justifie aisément dans notre matière qui tend à réguler une réalité particulièrement complexe et mouvante. Cette indétermination ne saurait toutefois être sans limite, sauf à sacrifier la sécurité juridique pourtant, elle aussi, directement nécessaire à la protection de la concurrence et des marchés.

C'est pour éviter un tel sacrifice que nous avons suggéré la généralisation d'un contrôle juridictionnel approfondi des actes des autorités de concurrence. Un tel contrôle permet au juge, lorsqu'il est saisi, de canaliser cette indétermination et la marge de liberté qui en résulte pour les autorités de « premier ressort ». En termes procéduraux, il se matérialise par l'examen des arguments des parties – qu'il s'agisse de prétentions d'opérateurs économiques ou de la motivation et de la défense de leurs actes par les autorités de concurrence – et des analyses, notamment économiques, sur lesquelles elles les fondent. Ça n'est que par ce biais que le juge

[1] Lesquelles viendraient s'ajouter à d'autres déjà identifiées (v. Première partie) et notamment à celle résultant de la multiplicité des autorités appelées à faire application, en « premier ressort », du droit de la concurrence.

[2] Sur laquelle v. notre chapitre précédent. Le constat de l'importance de cette fonction du juge de recours est largement partagé, v. par ex. A.-L. SIBONY, thèse précitée, spéc. n° 981, qui explique qu'« en exerçant son contrôle sur une première décision, voire une seconde décision, le juge de recours exerce un office particulièrement important de construction, d'orientation et de légitimation du droit de la concurrence » ; G. CANIVET, « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », *Gaz. Pal.*, 20-21 janvier 2006, p. 3. Elle peut être rapprochée de ce qu'un auteur a identifié comme nouvel office confié au juge : l'office de « régulation » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *in Mélanges J. Foyer,* 1997, p. 463).

[3] C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *in* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, p. 365.

peut être amené à contrôler les qualifications juridiques qui lui sont soumises et à apporter des précisions à leur sujet[1]. On retrouve là l'un des objets essentiels de la fonction juridictionnelle : celle de « dire le droit » et d'interpréter la règle[2].

Du point de vue des parties, ce travail du juge offre des précisions quant à leurs charges procédurales. En indiquant les faits qu'il leur revient d'alléguer et d'établir en vue de la mise en œuvre de la règle qu'elles invoquent, le juge leur précise l'objet et le contenu de ces charges. Or pour ce faire, dès lors que sont en jeu des notions économiques indéterminées, le juge est souvent conduit à puiser dans l'analyse économique. Illustrons ce point.

746. Analyse économique et détermination du contenu de la charge de l'allégation. La sécurité juridique implique que, dans le cadre judiciaire, les parties sachent ce qu'il leur revient d'établir en vue d'obtenir l'avantage qu'elles sollicitent[3]. L'enjeu, qui dépasse la défense d'intérêts subjectifs[4], porte donc essentiellement sur les charges de l'allégation et de la preuve qui pèsent sur elles et sur la détermination de leur contenu. Intéressons-nous à la première de ces notions pour démontrer le rôle joué, ici encore, par l'analyse économique.

Motulsky décrit la charge de l'allégation comme « la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit »[5]. Le raisonnement est le suivant : chaque règle de droit se compose d'une hypothèse légale – une qualification – et d'un effet de droit qui lui est associé[6] – « l'impératif ». Toute personne qui souhaite voir produire l'effet de droit prévu par une règle doit non seulement justifier d'un « droit subjectif » qui lui offre « la faculté de [le] déclencher »[7], mais également établir l'existence, dans les

[1] Car il lui est fait interdiction de se prononcer par voie de disposition générale et règlementaire (art. 5 C. civ.).
[2] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges,* LGDJ, 1994, spéc. p. 28-44.
[3] Qu'il s'agisse de la reconnaissance d'un droit subjectif, de l'annulation d'un acte ou simplement du rejet des prétentions adverses.
[4] Dans le cadre du *public enforcement* ou du contrôle des concentrations, l'une des parties sera bien souvent une autorité administrative en charge d'une mission de protection de la concurrence (elle interviendra alors à l'instance au moyen de la « personnalité contentieuse fonctionnelle » que nous préconisons de consacrer, v. *supra*, n° 668 et s. L'enjeu dépasse donc largement la protection de leurs intérêts privés par les opérateurs économiques.
[5] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, précité, n° 85.
[6] À titre d'exemple – que nous simplifions volontairement – toute action concertée, convention, entente expresse ou tacite qui a ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreinte ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché (hypothèse légale) est « prohibée » (art. L. 420-1 C. com.) et sa commission est passible de sanctions (art. L. 464-2 C. com. ; cette prohibition et la sanction encourue sont les effets juridiques qui découlent de l'hypothèse légale). Un autre effet juridique peut découler de la même hypothèse légale : c'est la nullité de tout engagement qui se rapporte ou constitue le support d'une telle entente (art. L. 420-3 C. com.).
[7] H. MOTULSKY, ouvrage précité, n° 24 et s., spéc. n° 26. L'auteur retient une conception particulière du droit subjectif ; Mme Sibony explique que dans son propos, « être titulaire d'un droit subjectif, c'est simplement être habilité, dans l'ordre juridique, à faire jouer l'effet d'une règle de droit » (thèse précitée, n° 592). On peut ainsi y voir une forme de « droit d'action » au sens des art. 30 et 31 CPC.

circonstances de sa cause, de l'hypothèse légale à laquelle est subordonnée la production de cet effet : c'est la charge de l'allégation. En somme, pour que le juge fasse jouer l'effet contenu dans la règle invoquée, l'auteur de la prétention doit établir que les circonstances qui correspondent à l'hypothèse légale qu'elle contient – ce que Motulsky qualifie « d'éléments générateurs »[1] et que d'autres proposent de qualifier « d'éléments de la qualification »[2] – sont réunies. Encore faut-il que ce justiciable en ait connaissance.

C'est là que le caractère indéterminé de notions de droit de la concurrence produit son effet perturbateur. Faute pour le législateur d'avoir prévu les critères et éléments au regard desquels une qualification doit être retenue, les parties sont dans l'incertitude[3]. Alors, lorsque l'hypothèse légale comporte des notions complexes ou indéterminées, il revient au juge d'éclairer les parties en leur indiquant les faits dont l'établissement est nécessaire ou simplement pertinent[4]. S'il s'abstient, l'effet néfaste est double : les parties demeurent dans l'incertitude jusqu'à ce qu'il se prononce et les autorités, notamment administratives, de « premier ressort », se voient *de facto* déléguer ce pouvoir de déterminer les faits nécessaires ou pertinents pour chaque qualification. Or ce pouvoir, qui n'est autre que celui d'interpréter et de dire le droit, est au cœur de la fonction juridictionnelle[5] et il convient qu'il le reste[6].

---

[1] H. MOTULSKY, ouvrage précité, p. 73 et s.

[2] La notion d'éléments de qualification est plus large car elle intègre les faits nécessaires mais également les faits pertinents pour parvenir à une qualification. V. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, réimp. 2014, n° 9-14 et A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 667.

[3] Pour s'en tenir, à ce stade, à un exemple volontairement simplifié, prenons l'hypothèse d'un opérateur qui engage une action en responsabilité contre un concurrent en invoquant le préjudice qu'il a subi du fait d'un abus de position dominante qu'il lui impute. Si aucune précision n'est donnée quant aux éléments qui permettent de parvenir à la qualification de « position dominante » ou à celle « d'abus », le requérant est dans l'incertitude totale quant à ses chances de succès : il ignore le contenu de la charge de l'allégation qui pèse sur lui.

[4] Motulsky n'avait pas fait cette distinction et considérait que la charge de l'allégation était systématiquement composée de faits dont l'établissement est nécessaire. Plusieurs auteurs ont poursuivi sa démonstration en insérant cette nuance et en expliquant que pour certaines règles, la charge de l'allégation comporte des circonstances de fait dont l'établissement peut être *pertinent* mais pas forcément *nécessaire* ou *suffisant* à la démonstration que les faits de la cause correspondent à l'hypothèse légale exposée par la règle. V. en droit de la concurrence : L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique,* thèse précitée, s'intéressant, dans une première partie, à la qualification de concentration, l'auteur explique que certaines circonstances de fait désignées par des notions économiques sont pertinentes en ce qu'elles peuvent contribuer à répondre à la charge de l'allégation sans toutefois être suffisantes. V. aussi A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 601 et s., ce constat conduit l'auteur à redéfinir la notion de charge de l'allégation comme « *un schéma de raisonnement qui structure la qualification au moyen d'une distribution de pertinence* » et explique qu'un tel schéma peut « soit désigner les faits nécessaires à l'application d'une qualification, soit identifier les faits pertinents et préciser (dans une mesure variable) les modalités auxquelles leur pertinence est, le cas échéant, subordonnée (…) ».

[5] V. D. D'AMBRA, thèse précitée, spéc. p. 28 et s.

[6] Nous rejoignons un auteur qui avance que l'on ne peut se satisfaire d'une telle délégation « donnée par le juge à l'autorité de la concurrence pour la détermination des faits nécessaires » ou pertinents « car elle est incompatible avec l'exigence de sécurité juridique » (A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 644) : elle conduit à ce que les autorités de « premier ressort » soient parfaitement libres de tenir compte ou non, au gré des espèces, de telles ou telles circonstances de fait pour parvenir à une qualification et, *in fine*, fonder leurs décisions. En outre, « c'est l'office même du juge qui est en cause, car ce dernier n'a pas seulement le pouvoir de dire quels faits doivent être allégués,

Dans le champ du droit de la concurrence, Madame Sibony formule une hypothèse. Observant que le recours à la théorie économique y est parfois inéluctable pour identifier les faits nécessaires à la qualification d'une notion indéterminée – telle que celle de position dominante collective sur laquelle nous reviendrons – elle avance que cette délégation de pouvoir aux autorités spécialisées pourrait s'expliquer par un sentiment éprouvé par le juge qu'il serait moins bien placé qu'elles pour « prendre connaissance de la théorie économique et tirer parti de ses enseignements »[1]. La réappropriation de son plein office par le juge commande donc qu'il s'empare *de la théorie* et *de raisonnements* issus de l'analyse économique.

747. La théorie économique au soutien de l'identification des faits pertinents. Qu'il s'empare de la théorie d'abord car des économistes consacrent des travaux à la décomposition de notions économiques en différentes catégories, typologies et éléments pertinents qui les composent. C'est notamment ce qui les a conduits à distinguer, au sein des abus de position dominante, l'abus-exploitation et l'abus-exclusion, lesquels reposent sur des éléments pertinents différents[2]. Ces dernières années, c'est davantage la distinction entre les pratiques d'éviction « fondées sur les prix » (ou « tarifaires ») et celles non fondées sur les prix (« non tarifaires ») qui a retenu l'attention de la doctrine et des praticiens ; l'enjeu étant, notamment, de savoir quand le « test du concurrent hypothétique aussi efficace » trouve, ou non, à s'appliquer pour apprécier les conséquences d'une telle pratique[3].

Dès lors que les notions ainsi décomposées sont des qualifications juridiques, le juge pourrait consacrer les éléments et/ou tests pertinents identifiés par les économistes comme autant d'éléments de qualification et veiller à ce que les autorités de « premier ressort » les intègrent

---

il a aussi le devoir de dire le droit, ce qui suppose de préciser, autant que possible, la charge de l'allégation pour chaque qualification » (*ibid.*), y compris lorsqu'elle repose sur une notion complexe.

[1] *Ibid.*, n° 644.

[2] La proposition issue de l'analyse économique peut d'ailleurs aller encore plus loin car par ex., les économistes distinguent au moins trois types d'abus-exclusion selon le type de marché dont la pratique emporte exclusion, v. A. PERROT, « Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises », *in* D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence,* La Documentation française, 2006, p. 257.

[3] V. qui propose déjà cette distinction et restreint l'application d'un tel test (dit « AEC test ») aux pratiques tarifaires : Comm. CE, 3 décembre 2008, *Orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 aux pratiques d'exclusion abusives*, spéc. § 23. V. plus récemment les débats et interrogations relatives à cette distinction auxquels a donné lieu « l'affaire Intel » ; parmi une littérature abondante : A.-L. SIBONY, « Analyse économique : La Cour de justice de l'Union européenne, en Grande Chambre, ouvre le prétoire à l'analyse économique jugeant que, en matière de rabais fidélisants aussi, il faut prendre au sérieux l'analyse des effets d'éviction (*Intel*) », *Concurrences,* n° 4-2017, art. n° 84985 ; F. MARTY, « Rabais de fidélité : le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission européenne sur le caractère anticoncurrentiel de rabais de fidélité dans le domaine des microprocesseurs sur la base d'erreurs dans la démonstration de la capacité de ces derniers à éviter un effet d'éviction anticoncurrentiel (*Intel*) », *Concurrences,* n° 2-2022, art. n° 106487. V. en dernier lieu : CJUE, 12 mai 2022, aff. C-377/20 sur lequel A. RONZANO, « Concurrent aussi efficace : La Cour de justice de l'Union européenne précise les critères à retenir pour qualifier l'« exploitation abusive » d'une position dominante caractérisée par des pratiques d'éviction mises en œuvre par un opérateur historique dans le contexte de la libéralisation d'un marché (*Servizio Elettrico Nazionale*) », *Concurrences*, n° 2-2022, art. n° 106768.

à leurs appréciations[1]. En droit positif, de telles consécrations ont déjà eu lieu[2]. En s'appropriant plus avant l'analyse économique, le juge pourrait en envisager de nouvelles. Il serait ainsi conduit à imposer de nouvelles « grilles de qualification » aux autorités du « premier degré », offrant dans le même temps davantage de prévisibilité et de sécurité au justiciable.

748. Le raisonnement économique comme structure de l'opération de qualification. Il convient également que le juge s'empare de raisonnements issus de l'analyse économique. En exigeant que certains d'entre eux soient mobilisés aux fins de conduire l'opération de qualification des faits, il pourrait renforcer, encore davantage, la sécurité juridique.

Certains raisonnements économiques permettent en effet d'identifier et de formuler différentes questions intermédiaires qu'il est nécessaire de traiter en vue de procéder à l'étape ultime de qualification. C'est le cas de ce que la doctrine qualifie parfois de « test de qualification »[3/4] et définit comme « *une suite de questions articulées entre elles et telle que la suite des réponses à ces questions permet de trancher la question de qualification juridique et de justifier la solution qui lui est donnée* »[5]. Lorsque ce type de raisonnement est abouti et transposable à

---

[1] V. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 670-689. L'auteur illustre son propos par l'exemple de la pratique de prédation : en reprenant une typologie par laquelle les économistes distinguent trois types de comportement de prédation, le juge pourrait consacrer, pour chacun, des éléments de qualification pertinents, précisant ainsi la charge de l'allégation d'une partie qui invoque la commission d'une telle pratique ou, à l'inverse, de celle qui se défend de l'avoir commise.

[2] C'est le cas pour la distinction opérée entre ententes verticales et horizontales : cette subdivision suggérée par la théorie économique permet, notamment, de préciser les éléments pertinents à prendre en compte dans l'opération de qualification selon le type d'entente envisagé. Pour une présentation détaillée v. L. VOGEL, *Code de la concurrence. Droits européen et français,* Bruylant, 3e éd., 2021, n° 545-801.

[3] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 721 et s., l'auteur note que si la notion est d'un usage plus répandu dans la doctrine de droit communautaire qu'au plan interne, il n'en demeure pas moins qu'elle désigne une réalité qui existe tant sur les deux plans et ce bien au-delà du champ du droit et de l'analyse économiques. Elle prend ainsi l'exemple du « test de proportionnalité » qui relève de cette catégorie (v. n° 723) : « le test qui correspond au principe de proportionnalité consiste à se demander successivement si la mesure examinée, premièrement, vise un objectif légitime, deuxièmement, est de nature à atteinte cet objectif et, troisièmement, ne porte pas une atteinte disproportionnée à d'autres objectifs légitimes ».

[4] Ce concept peut être rapproché de ce qu'un économiste qualifie de « règle de raison structurée », qu'il décrit comme la démarche consistant « à organiser la confrontation des arguments et l'examen des éléments empiriques au moyen d'un processus séquentiel, en définissant des filtres successifs qui permettent de décider du traitement de certaines affaires sans avoir à évaluer la totalité des éléments empiriques » et précise que l'objectif est « de limiter autant que possible le nombre d'affaires dans lesquelles les autorités de concurrence [et donc, *in fine*, le juge] sont amenées à effectuer l'exercice de *balancing* ». L'auteur précise que « cette structuration définit aussi, à chaque étape, l'allocation de la charge de la preuve ». Enfin, est proposé un exemple relatif à l'appréciation des accords horizontaux comportant des restrictions de concurrence : « dans une première étape, il s'agit de déterminer si l'accord examiné est équivalent à la fixation des prix ou à un partage du marché. En cas de réponse positive, l'accord est interdit sans plus d'investigation. En cas de réponse négative, la deuxième étape de la procédure s'applique : il s'agit de déterminer les éventuelles justifications proconcurrentielles. Pour cette étape, la charge de la preuve incombe aux parties à l'accord, et l'absence de justifications proconcurrentielles suffisamment étayées conduit à l'interdiction de l'accord. En présence de telles justifications, l'autorité de concurrence passe à la troisième étape de la procédure, qui consiste à mettre en balance les différents effets » (D. SPECTOR, « L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, #11/2011, p. 237-246, spéc n° 22-24).

[5] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 724.

l'opération de qualification, sa consécration par le juge est facteur d'une importante sécurité juridique. Chaque fois qu'est débattue la qualification d'une notion à laquelle un test est applicable, le juge tranche le débat en recherchant si les parties – dans l'accomplissement de leur charge de l'allégation – ou les autorités compétentes – dans la motivation de leurs décisions – ont correctement observé les différentes étapes imposées.

Avant de proposer une illustration et sans qu'il soit nécessaire d'approfondir davantage, notons que ces tests issus de l'analyse économique sont susceptibles de connaître des degrés de précision variables et que leur consécration n'est pas sans poser difficulté[1]. Elle implique en tout état de cause – et c'est là le cœur de notre propos – que le juge ait une parfaite connaissance et une pleine maîtrise de ces outils. À défaut, il ne saurait enrichir sa jurisprudence de nouveaux tests pourtant bénéfiques au renforcement d'une sécurité juridique parfois battue en brèche[2].

Une bonne illustration de la consécration prétorienne d'un test de qualification issu de l'analyse économique concerne la notion de « position dominante collective » dans le cadre du contrôle des concentrations. Par un arrêt du 31 juillet 2009[3], le Conseil d'État – reprenant une solution adoptée par les juridictions européennes[4] – importe la théorie de l'oligopole ainsi que les critères et méthodes d'identification d'une telle pratique suggérés par l'analyse économique pour consacrer un test de qualification[5]. Ce test décompose l'opération de qualification en trois étapes intermédiaires formulées par l'arrêt[6]. Il doit, selon le Conseil d'État, servir de structure

[1] V. les développements, exemples et références proposés par A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 727-809.
[2] M. Canivet a ainsi expliqué que « la sécurité juridique du droit de la concurrence réside tout autant dans la prévisibilité de la méthode d'application que dans la permanence des concepts » (G. CANIVET, « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.,* 26-28 janvier 2003, p. 86). V. encore D. SPECTOR, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, ouvrage précité, p. 271 et s.
[3] CE, 31 juillet 2009 *Sté Fiducial audit et Fiducial expertise*, n° 305903.
[4] Lesquelles avaient aussi été saisies du risque de création d'une position dominante collective résultant d'une opération de concentration alors que les textes n'y faisaient aucune référence. Arrêts après arrêts, elles ont analysé la question à travers le prisme de la théorie économique de l'oligopole et ont intégré les critères et méthodes qui en sont issus comme autant d'éléments de définition et de qualification de la notion de position dominante collective (v. CJCE, 31 mars 1998 *Kali et Salz*, aff. C-68/94 et C-30/95 ; TPICE, 25 mars 1999 *Gencor Ltd*, aff. T-102/96 ; TPICE, 6 juin 2002 *Airtours,* aff. T-342/99 ; CJCE, 10 juillet 2008 *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America / Impala*, aff. C-413/06). Pour un commentaire, sous le sceau du « dialogue du juge et de la doctrine économique », de ce processus v. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 737 et s. et F. MARTY, « Sécurité juridique et recours à l'analyse économique dans le cadre du contrôle des concentrations », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique,* Larcier, 2008, p. 249 et s., spéc. p. 260-266.
[5] Sur la théorie économique de l'oligopole, du « problème de l'oligopole » ou encore de la « collusion tacite » v. F. JENNY, « Economic Analysis, Antitrust Law and the Oligopoly Problem », *European Business Organisation Law review,* 2000, p. 41-57 ; A-L. SIBONY, thèse précitée, n° 738-739 ; N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence,* Bruylant-LGDJ, 2007 (l'auteur propose une « genèse » complète de la théorie économique de la collusion tacite et de l'oligopole et de ses modalités de contrôle au plan communautaire).
[6] Le Conseil commence par consacrer la définition économique de la collusion tacite (« Considérant que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs ») avant de poursuivre par la présentation des trois étapes

au raisonnement de toute partie qui prétend qu'un projet de concentration présente le risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective sur un marché ainsi qu'à toute autorité qui entend motiver la décision par laquelle elle considère qu'un projet de concentration comporte, ou non, le risque de créer une telle situation.

Davantage que des notions ou critères de qualification, c'est ici une véritable méthode – une « démarche de qualification structurée »[1] – que le juge puise dans le raisonnement économique. Cet import est vecteur d'une importante sécurité juridique pour le justiciable – qui dispose de la marche à suivre pour accomplir la charge procédurale qui lui incombe – et d'une plus grande prévisibilité quant à la méthode par laquelle les autorités de « premier ressort » seront amenées à appréhender les notions faisant l'objet d'un tel test. De nouveau, une bonne connaissance et une pleine maîtrise de l'analyse économique et des raisonnements qu'elle comporte par le juge sont nécessaires à la consécration prétorienne d'autres tests de ce type.

2. La précision des méthodes probatoires par le contrôle de l'analyse économique

749. La précision et l'harmonisation jurisprudentielles des méthodes d'évaluation du préjudice. Par-delà la fonction pédagogique qui peut être confiée au juge, la sécurité juridique implique encore que les parties soient en mesure d'identifier les méthodes par lesquelles elles peuvent et doivent accomplir la charge probatoire qui leur incombe. Un exemple topique, qui couvre l'ensemble des pans du droit de la concurrence, concerne les méthodes d'évaluation du préjudice résultant d'une pratique illicite – qu'il s'agisse d'une pratique anticoncurrentielle, d'une pratique restrictive de concurrence, ou encore de la violation d'une obligation relative à la transparence tarifaire, à la facturation ou aux délais de paiement.

Les méthodes et critères suggérés par l'analyse économique pour l'évaluation du préjudice dans le contentieux de la concurrence sont nombreux[2] ; nous en avons donné une brève illustration à travers l'étude de l'évaluation du surcoût résultant d'une pratique anticoncurrentielle. Dans

---

que comporte le test de qualification de la notion juridique de position dominante collective : « l'identification d'une telle position dominante collective suppose […] que *chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres*, qu'il *existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous* et que *les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite* » (nous soulignons). Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement invitait expressément le Conseil à la « transposition juridique du concept économique de collusion tacite » (E. GLASER, concl. Sur CE, 31 juillet 2009 *Sté Fiducial audit et Fiducial expertise*, n° 305903, *RJEP,* n° 670, décembre 2009, comm. 51, § 6.1) en se référant à la théorie économique du « dilemme du prisonnier répété » dégagée « par la théorie des jeux ». Les différentes étapes de ce test sont aujourd'hui reprises par l'Autorité de la concurrence (*Lignes directrices* précitées*,* 2020, pts. 737-751).

[1] A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 720.

[2] V. la présentation générale de M. NUSSENBAUM, « L'évaluation des préjudices économiques », *RDBF,* n° 3, mai 2013, étude 13.

cette diversité, la fonction d'unification qui échoit au juge de recours – parfois qualifiée « d'office de régulation »[1] – est fondamentale. La Cour d'appel de Paris en a pleinement pris conscience, ce qui l'a conduite à consacrer des fiches méthodologiques à la question. Il est utile que la Cour de la concurrence poursuive cet effort ; ce qui requiert déjà la collaboration d'économistes. Reste que, comme le précise la Cour de Paris, ces fiches « ont une vocation pédagogique et ne sauraient – en aucun cas – engager leurs auteurs ni les institutions ou organisations auxquelles ils appartiennent »[2]. Elles n'ont en outre aucune vocation à l'exhaustivité. Les critères et méthodes présentés ne sont par conséquent ni limitatifs, ni impératifs. Enfin, ces fiches ne proposent aucune hiérarchisation de la force probante des différentes méthodes. Il est pourtant établi que selon les circonstances, certaines fournissent des résultats dont le degré de certitude est plus fort que d'autres. Leur apport est réel mais limité.

Dès lors, il est nécessaire qu'au gré des recours, la Cour de la concurrence, davantage que de se contenter d'assurer le respect du contradictoire, se saisisse pleinement des analyses et méthodes d'évaluation proposées par les parties à travers la voix de leurs experts et qu'elle y réponde de manière pédagogique et motivée. C'est par ce seul biais qu'elle permettra à ces dernières d'identifier les méthodes et moyens d'évaluation recevables et éventuellement d'apprécier et de comparer leur efficacité respective selon les circonstances. « Pour améliorer la prévisibilité des décisions, il ne suffit pas de développer des nomenclatures et des méthodologies. Il faut des prises de position jurisprudentielles sur les méthodes d'évaluation appliquées dans différents contextes qui puissent servir de guide »[3]. Cela requiert encore un degré supplémentaire de maîtrise de ces outils.

---

[1] Sur cette fonction du juge v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », précité ; A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 981 ; G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *RJC*, 1992, p. 184 ; « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », précité.

[2] Présentation des « Fiches sur la réparation du préjudice économique » disponible sur le site de la Cour.

[3] M. NUSSENBAUM, « Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice », précité. L'auteur poursuit, « pour répondre à l'objectif de prévisibilité des décisions en matière de préjudice économique, la motivation du juge, dans les décisions de justice, doit aller au-delà, de l'analyse juridique et de l'analyse des faits de l'espèce ayant conduit à la qualification juridique. Elle doit non seulement prendre en compte l'analyse des méthodes d'évaluation employées par les parties et les experts mais aussi exposer de manière détaillée les critiques qu'elle leur adresse et les arguments qu'elle retient. C'est la condition pour que les méthodologies validées puissent servir de références dans d'autres espèces à la fois aux parties et aux experts ». V. aussi N. RÉGIS, « Le préjudice économique des entreprises », *BICC,* n° 781, 1er mai 2013, p. 6 et P. STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice économique : propos introductifs », *Journal des sociétés,* n° 44, 2007, p. 22 : l'auteur avance que le recours à des méthodes d'évaluation identifiées et pertinentes peut suffire à rétablir une prédictibilité raisonnable des décisions en la matière. Des vœux similaires sont formulés en contentieux administratif : O. MATUCHANSKY, M. GUYOMAR, M. NUSSENBAUM, partie présentée *in Les limites de la réparation du préjudice,* Dalloz, 2009, p. 315 et s., spéc. p. 335-351 ; M. KARPENSCHIF, « Pratiques anticoncurrentielles et préjudice économique des pouvoirs adjudicateurs : de l'intérêt et des difficultés de saisir la juridiction administrative », *JCP A,* 2012, 2203 ; J. MARTIN, « Solidarité des participants et recours à la méthode comparative pour indemniser le préjudice issu d'une entente dans un marché public », comm. sous CE, 27 mars 2020, n° 420491, *Sté Signalisation France*, *JCP A,* 2020, 2153 (qui approuve une précision apportée par l'arrêt).

750. Constat. En charge du contrôle de la légalité des actes des autorités nationales de concurrence, la Cour de la concurrence sera également amenée, du fait de son large pouvoir de réformation, à faire acte d'autorité de concurrence. Or l'analyse économique constitue un outil indispensable à l'exercice de ces fonctions : « sans théorie économique, pas de droit de la concurrence »[1].

Elle l'est d'une part pour procéder aux opérations d'interprétation, de qualification, de projection et d'évaluation nécessaires à une application efficace des différentes composantes du droit de la concurrence. Elle l'est d'autre part pour opérer un contrôle juridictionnel approfondi[2], éclairé et constructif des actes adoptés en « premier ressort ». D'abord car, étant bien souvent au cœur de l'argumentaire des parties, l'analyse économique doit être pleinement appréhendée par le juge afin qu'il tranche de manière éclairée les débats qui se nouent entre elles au stade du recours[3]. Ensuite car la fonction d'harmonisation confiée au juge de recours implique qu'il accorde une attention particulière à cet outil au fort potentiel perturbateur : en consacrant aux raisonnements qui lui sont soumis des décisions motivées de manière détaillée et pédagogique, il développe à l'égard de l'analyse économique une jurisprudence facteur de renforcement d'une sécurité juridique parfois battue en brèche dans le contentieux envisagé.

Davantage qu'un savoir extérieur parmi les autres, l'analyse économique est ainsi un outil directement nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions par la Cour de la concurrence. Il faut dès lors envisager les modalités par lesquelles assurer qu'elle en ait une pleine maîtrise.

§ II – La spécialisation de la Cour de la concurrence par l'intégration d'économistes

751. Pistes possibles. Pour assurer que la Cour de la concurrence dispose d'une compétence technique suffisante pour manipuler l'analyse économique chaque fois et dans les proportions

[1] L. VOGEL, « L'économie : serviteur ou maître du droit ? », précité, p. 606.

[2] Sur la relation entre l'intensité du contrôle opéré et la compétence technique dont dispose le juge en matière d'analyse économique v. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 1225-1227 : l'auteur formule l'hypothèse – empruntée à la doctrine spécialiste du contentieux administratif – selon laquelle « le juge étendrait son contrôle aussi loin qu'il en a la possibilité » (sous-entendue « technique »).

[3] Comme le note M. Canivet, « il n'est pas admissible [que le juge] puisse tirer des conséquences juridiques d'une démarche, fût-elle scientifique, qu'il ne comprend pas. Il n'est pas davantage possible que la sanction soit déduite d'une théorie dont la vérification au cas par cas lui échappe. Le recours à l'analyse économique dans le mécanisme judiciaire ne peut qu'être une application raisonnée, discutée et compréhensible de la science économique. En définitive, le concours logique de l'analyse économique au raisonnement juridique n'est concevable que si l'homme de l'art est suffisamment assuré de la science qu'il pratique pour en faire, au cas d'espèce, une application, compréhensible, claire, constante et évidemment comparable dans des situations juridiques identiques. Alors seulement seront réunies les conditions, d'accessibilité, de sécurité et de prévisibilité qui doivent caractériser les normes régulatrices de la vie économique » (G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise,* Dalloz, 1995, p. 61).

qu'exigera l'exercice de son office, plusieurs pistes sont envisageables. Nous en distinguerons trois. Deux ne seront que brièvement abordées car la première, qui consiste à faire du juge un économiste, paraît illusoire (A) et la deuxième, qui consiste pour le juge à s'en remettre au savoir d'un protagoniste extérieur, est au cœur du droit positif et fait l'objet de nombreux travaux dont l'observation et l'analyse conduisent à un constat d'insuffisance (B). Nous nous consacrerons plus longuement à la troisième qui, bien qu'originale, est la plus prometteuse : elle consiste à intégrer des économistes au sein-même de la juridiction de recours (C).

A. L'illusion du juge économiste

752. Dépassement possible de la résistance idéologique à « l'économisation du droit ». De nombreux travaux font état d'une méfiance, voire d'une opposition idéologique forte des juristes français – et de la plupart de leurs homologues européens – à l'égard du mouvement « d'économisation » par lequel l'analyse économique pénètre tant la règlementation que le raisonnement juridique et, par voie de conséquence, l'activité juridictionnelle[1]. Leurs auteurs observent souvent qu'une meilleure formation des juristes en économie contribue à atténuer, voire à éliminer cette attitude de méfiance et de rejet[2].

Une meilleure formation des juges à l'économie est donc nécessaire pour accompagner ce mouvement d'économisation de la matière, favorisé aux plans national et communautaire et même au-delà[3]. Il faut dès lors approuver et encourager l'effort produit par les écoles de formation des magistrats, par les juridictions et autres institutions qui organisent des

[1] Une illustration de cette méfiance peut être trouvée dans les travaux du Professeur Supiot dont le propos n'est cependant jamais limité au droit de la concurrence ; l'auteur décrit une évolution de l'ensemble du droit et même de la société. V. par ex. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, précité (notamment Chapitres 5 : « L'essor des usages normatifs de la quantification » et 7 : « Calculer l'incalculable : la doctrine Law and Economics »). V. aussi les développements circonspects que M. Zevounou consacre à la question de « l'économisation » du droit de la concurrence : L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* thèse précitée. V. encore Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision,* 2013/1-2 (n° 202-2013), p. 1 ; G. CANIVET, « La place des économistes dans les organes d'application du droit de la concurrence – Retour sur un malaise existentiel », précité (qui relève cette « résistance idéologique ») ; T. KIRAT, L. VIDAL, « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *Annales de l'Institut André Tunc,* 2005 ; B. DU MARAIS, « Quand des juristes rencontrent des économistes… », *in Mélanges M. Bazex*, précité, p. 109 ; P. CAHUC, S. CARCILLO, *Les Juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, 2012 (l'étude a pour objet principal le licenciement pour motif économique ; les auteurs ont toutefois consulté de nombreux magistrats et ont mené d'importantes études et statistiques sur la question plus large du rapport qu'entretiennent les juges français à l'économie) ; A. GARAPON, S. PEDRIOLLE, B. BERNABÉ, C. KADRI, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIe siècle,* Rapport de l'IHEJ, mai 2013, spéc. p. 55. La méfiance est réciproque, le juge se méfie du monde économique autant que le monde des affaires se méfie de lui, v. B. WARUSFEL, « Le droit économique et ses juges », *Rue Saint-Guillaume,* n° 152, octobre 2008, p. 24.

[2] V. *idem* et les résultats des études statistiques menées par P. CAHUC et S. CARCILLO, article précité.

[3] *Recours à l'analyse économique dans les affaires de concurrence. Étude du secrétariat de la CNUCED*, 2009.

manifestations auxquelles sont conviés des universitaires et professionnels issus des champs de l'économie et du droit. Il convient toutefois de ne pas nourrir d'espoirs démesurés.

753. De la difficulté de faire du juge un économiste. Les formations qui combinent l'enseignement du droit et de l'économie se multiplient au sein des universités et écoles de commerce. Leurs lauréats sont réputés maîtriser les fondamentaux des deux matières et seraient une illustration de ce que la figure du « juriste économiste » existe bel et bien. Reste qu'ils sont peu nombreux et que ces formations conservent, pour la plupart, une dominante dans l'un ou l'autre champ[1]. De plus, les épreuves des concours d'accès au corps de la magistrature ne sont pas favorables à ces profils[2] qui, lorsqu'ils ne font pas le choix de s'orienter vers le privé, seraient plutôt enclins à intégrer d'autres corps de la fonction publique dont les modalités de recrutement leur sont plus adaptées. L'on songe notamment aux autorités de régulation.

Il n'est guère plus raisonnable d'attendre de la formation – initiale ou continue – des magistrats, ou de leur mobilité professionnelle qu'elles aboutissent systématiquement à en faire des experts de l'économie. Que la première intègre, comme cela semble être de plus en plus le cas[3], des enseignements aux théories et outils d'analyse issus des sciences économiques nécessaires à l'appréhension et à la mise en œuvre de tout un pan du droit est indispensable. Les détachements de magistrats qui aspirent à siéger au sein de juridictions spécialisées peuvent s'avérer tout autant nécessaires[4]. Reste que ces initiatives doivent poursuivre l'objectif plus modeste – mais non moins fondamental – de « rendre capable [le juge] d'un dialogue avec les économistes »[5]

[1] Il s'agit alors d'enseigner à des étudiants issus de cursus juridiques les fondamentaux de la théorie économique ou d'enseigner à ceux issus de cursus économiques les fondamentaux du droit. En résulte « l'émergence d'une culture partagée du droit et de l'économie » (G. CANIVET, article précité), ce qui est déjà beaucoup.

[2] Aucun des trois concours d'entrée à l'ENM ne comporte d'épreuve d'économie ou de « droit économique ». Tout au plus les épreuves d'admission comportent elles, au choix du candidat, un oral de droit commercial pour lequel peut être tiré un sujet relatif au droit commercial ou au droit des entreprises en difficulté.
Un constat similaire peut être fait quant aux épreuves du concours de magistrat administratif (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel). Seul le concours d'accès à l'ENA (devenue INSP) comporte une épreuve d'économie et des épreuves dont le programme peut conduire le candidat à raisonner sur des questions de droit économique (relatives au droit administratif ou aux finances publiques notamment). Les juristes justifiant d'une formation en économie tirent ainsi peu avantage de leur double cursus au stade du recrutement par concours. V. sur le sujet M. DOBKINE, M.-J. LOTTE, B. JACTEL, *Proposition pour améliorer la formation des magistrats en matière économique et financière,* La Documentation française, 1995.

[3] En témoigne la mise en place, au sein de l'ENM, d'un « pôle vie économique et sociale » (dont la direction avait été confiée, en 2019, au Professeur Martine Lombard, spécialiste du droit de la régulation) récemment remplacé par le « pôle économique, social et environnemental » (dont la direction est assurée par Mme Stéphanie Fougou, laquelle a multiplié les expériences au sein d'entreprises opérant dans des secteurs régulés).

[4] V. J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », précité, qui relève que le détachement de magistrats au sein de services du Conseil (actuelle Autorité) de la concurrence permet d'ajouter à leurs connaissances théoriques une maîtrise pratique des outils de l'analyse économique nécessaire à l'appréciation de faits complexes et à l'application du droit de la concurrence.

[5] G. CANIVET, article précité.

car bien que n'étant pas économistes et n'ayant pas vocation à l'être[1], de nombreux juges – au premier rang desquels ceux qui siégeront à la Cour de la concurrence – ont inévitablement pour interlocuteurs réguliers des économistes avec lesquels ils doivent *a minima* pouvoir dialoguer. Cela rend nécessaire le renforcement de tels procédés par lesquels est assurée leur formation à l'économie. Mais l'on ne doit guère en espérer bien davantage et ne pas nourrir l'espoir que tous se fassent économistes. La solution est ailleurs.

B. L'insuffisance du recours systématique à des protagonistes extérieurs

754. Risques et limites. Une solution consiste à permettre au juge de s'en remettre au savoir d'un protagoniste extérieur au litige. C'est la voie préconisée par le droit positif : plusieurs protagonistes sont susceptibles de lui apporter, par des modalités et sur des éléments différents, un éclairage sur les difficultés techniques qu'il rencontre. Toutes ont déjà été évoquées au cours de notre recherche, il est inutile d'y revenir trop longuement. Le propos aura pour seul objet de relever les limites que présente chacun de ces outils pour en arriver à la conclusion suivante : si tous sont susceptibles d'être la source d'importants apports pour le juge, aucun ne permet de satisfaire pleinement son besoin de disposer d'une maîtrise absolue des outils de l'analyse économique aux différents stades de son raisonnement et de mise en œuvre de son office. Après nous être intéressé à l'expertise (1), il nous faudra envisager la voie de l'*amicus curiae* (2) puis celle de la consultation d'autorités administratives spécialisées (3).

1. L'expertise et le risque de délégation du pouvoir judiciaire

755. Expert judiciaire et expert mandaté par les parties. La notion d'expertise économique est polysémique[2]. Nous désignerons par cette expression deux hypothèses : celle dans laquelle une partie à la procédure décide de s'offrir les services d'un économiste pour enrichir son arsenal probatoire et produire des rapports et études destinés à convaincre le juge et celle dans laquelle le juge décide souverainement d'ordonner la désignation d'un technicien en vue d'être éclairé sur les faits dont il est saisi. Dans le premier cas, le choix du sachant, la forme et les modalités de son intervention bénéficient de la souplesse qui résulte du principe de liberté de la preuve[3] – nous désignerons cette hypothèse par l'expression d'expertise à l'initiative des

[1] G. CANIVET, « La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique « pertinente » », *Les échos,* 1er mars 2004.
[2] L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 728 et s. qui expose les différentes significations ; R. POSNER, « The Law and Economics of the Economic Expert witness », *Journal of Economic Perspectives,* vol. 13, n° 2, p. 91.
[3] Dans cette configuration l'économiste, qui peut être issu d'un bureau d'études économiques ou de l'université, « peut intervenir tant dans la préparation du procès qu'au cours du procès. Il peut être précepteur de l'avocat, l'assister dans le traitement des données quantitatives, participer pleinement au choix de l'argumentation ou encore témoigner à l'audience » (A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 905).

parties. Dans le second, il s'agit à proprement parler d'une expertise judiciaire qui, à l'instar de toute mesure d'instruction, est soumise à un régime précis[1].

756. L'expert mandaté par les parties : apport et limites. Concernant l'expertise à l'initiative des parties, quelques remarques générales peuvent être formulées. Elle est un mode de preuve qui, à condition de l'être dans les délais et formes requis et en conformité au principe du contradictoire, peut être librement soumis au juge qui reste souverain quant à la valeur probatoire qu'il décide de lui reconnaître[2]. Dès lors que l'enjeu économique de l'affaire le justifie, les parties en font un usage fréquent ; tant dans le contentieux indemnitaire qu'en matière de *public enforcement* ou de contrôle des concentrations[3]. Nonobstant son caractère partial – l'expert est désigné par une partie qui le mandate[4] en vue de convaincre le juge de la justesse de son raisonnement et du bienfondé de ses prétentions – elle peut être d'une grande utilité pour l'avancement du procès et l'identification des éléments au cœur du litige. N'étant pas soumis au régime de l'expertise judiciaire, l'expert mandaté par les parties peut développer des arguments de droit et, par exemple, suggérer une qualification juridique.

Son intervention fait ainsi avancer le débat et nourrit le contradictoire. Elle est l'occasion pour le juge d'être éclairé sur les circonstances qui encadrent le litige et d'identifier ce qui en constitue le nœud. Pour ces raisons et parce qu'elle est une expression du principe de liberté de la preuve, sa pratique doit être encouragée. Elle présente toutefois plusieurs limites. D'abord, le juge n'a, par hypothèse, aucune maîtrise de son principe et de son objet. En outre, l'éventuelle disparité entre la situation financière de chacune des parties en litige est exacerbée par le recours à cet outil : un petit producteur local n'a souvent pas les mêmes moyens à investir dans la rémunération d'un économiste que le groupe de grande distribution auquel il peut être opposé. Enfin, lorsque les deux parties en ont les moyens, la production d'un rapport d'économiste par l'une emporte bien souvent le mimétisme de l'autre. Le juge est alors susceptible de se trouver face à deux rapports aux conclusions parfaitement opposées que seule une solide maîtrise des

[1] V. art. 143 à 154, 232 à 248 et 263 à 284-1 CPC et art. R. 621-1 à R. 621-14 CJA.
[2] Il ne peut cependant fonder une condamnation exclusivement sur une expertise unilatérale réalisée et diligentée par l'une des parties à la procédure (Ch. mixte, 28 septembre 2012, n° 11-18710).
[3] Souvent, les opérateurs ont à combattre l'argumentaire de l'Autorité de la concurrence et/ou du ministère de l'Économie, lesquels disposent de services économiques aptes à produire, au stade du recours, des analyses économiques d'ampleur. En outre, dès le stade administratif de la procédure, le rapporteur général de l'Autorité peut, à la demande d'une partie ou du rapporteur, faire appel à des experts (art. L. 463-8 C. com.).
[4] Et le rémunère, seuls les frais relatifs à l'expertise judiciaire sont compris dans les dépens énumérés par l'art. 695 CPC et en principe mis à la charge de la partie qui succombe (art. 696). La rémunération de l'expert désigné par une partie entre donc dans les frais irrépétibles soumis au régime de l'art. 700 CPC.

outils d'analyse économique peut permettre de départager de manière éclairée et motivée. Ainsi, le débat est susceptible de progresser mais le juge reste dépendant des initiatives des parties[1].

757. Le constat étonnant d'un rare recours à l'expertise judiciaire. À rebours de ce qui vient d'être relevé, des auteurs se sont étonnés de ce que l'économisation du droit de la concurrence ne s'est pas accompagnée d'un recours plus systématique à l'expertise judiciaire sur les questions dont le traitement nécessite le recours à l'analyse économique[2]. La désignation par le juge d'un expert économique est étonnamment peu courante[3].

Plusieurs hypothèses explicatives ont été avancées : elles s'étendent de la réticence culturelle déjà évoquée à l'existence de contraintes procédurales qui rendent l'expertise judiciaire souvent trop longue, coûteuse et source de conclusions incertaines[4], voire fragiles[5]. Pour compléter l'analyse, nous nous focaliserons sur un élément qui nous semble constituer la limite majeure d'un recours trop systématique à l'expertise judiciaire dans le contentieux étudié. Il s'agit du risque que le juge soit, *de facto*, trop souvent contraint de s'en remettre aux conclusions de l'expert et de déléguer à celui-ci un pouvoir de décision dont il est pourtant seul titulaire.

758. Délicate délimitation de la mission de l'expert et risque de délégation de pouvoir. Le risque de voir, dans les contentieux techniques, le juge dépossédé de son pouvoir de dire le droit au profit de l'expert est une thématique classique[6]. Seuls nous retiendrons les éléments pertinents et principaux facteurs de ce risque dans le contentieux à l'étude.

---

[1] Sur ces limites et risques v. L. IDOT, « Law and economics: why bother with economists ? (New frontiers of antitrust, 15 juin 2015, Paris) », *Concurrences,* n° 3-2015, art. n° 74821.

[2] D. FASQUELLE, « Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle », *Rev. conc. consom.,* n° 115, mai-juin 2000, p. 14 ; M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anti-concurrentielles », *LPA*, 2005, n° 14, p. 37 ; A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 912-917 ; L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 740-743.

[3] Dans une étude de 2018, des économistes se sont même étonnés de la faible présence de leurs paires sur les listes d'experts judiciaires et indiquent n'avoir identifié qu'un seul économiste sur la liste établie par la Cour de Paris et aucune affaire au cours de laquelle un économiste serait intervenu comme sapiteur ou expert judiciaire (M. DESCHAMPS et B. JEANDIDIER, « Expertise économique et droit français de la concurrence », précité).

[4] L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », précité, p. 609.

[5] V. L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 756. Posant l'hypothèse que le rôle de l'expert judiciaire « ne relève pas de la simple neutralité factuelle, mais qu'au contraire, elle est pleinement intégrée au processus d'interprétation » des faits et, par voie de conséquence, des catégories juridiques ; l'auteur avance que « le recours à l'expert se comprend comme un mode de justification à part entière » de sa décision par le juge. Or ces éléments (méfiance à l'égard de l'économie et crainte que les conclusions de l'économiste ne soient pas suffisamment certaines et solides pour fonder une qualification et un raisonnement juridiques) « expliquent sans doute la réticence du juge à faire appel à l'expert en droit de la concurrence. Une explication possible viendrait de ce que les interprètes ne considèrent pas les modèles ou théories économiques comme des discours d'autorités capables d'apporter un degré de certitude suffisant à la justification de leurs décisions ».

[6] Pour des études générales v. *Les rôles respectifs du Juge et du Technicien dans l'administration de la preuve,* X^e^ colloque des IEJ, Poitiers, 26-28 mai 1975, PUF, 1976 ; J.-P. PASTOREL, *L'expertise dans le contentieux administratif : contribution à l'étude comparative de l'expertise en contentieux administratif et en procédure civile*, LGDJ, 1994 ; M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise,* Dalloz, 1995 ; O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science,* LGDJ, 2005 ; A. LEDOUX, *L'Administration, le juge et l'expert. Droits et devoirs des experts,* Éd. universitaires européennes, 2011 ;

D'abord, comme en toutes matières, le juge qui décide de confier une mission d'expertise à un technicien doit en définir et en délimiter avec précision le contenu[1], ce qui implique la formulation de questions précises relatives à des faits qu'il peine à appréhender. Dans notre champ, cela requiert une connaissance minimum de l'analyse économique, ne serait-ce que pour identifier les questions auxquelles il est nécessaire de répondre et qui relèvent du savoir de l'économiste. De surcroît, la complexité des faits donnant naissance aux contentieux économiques peut rendre délicates l'identification et la formulation desdites questions au stade de la décision d'ordonner une expertise où le juge n'a, par hypothèse, qu'une connaissance encore superficielle du dossier[2]. Si une meilleure collaboration entre le juge et l'expert pourrait pallier ce risque[3], elle est aléatoire, requiert du temps et provoque un allongement des procédures ; ce qui explique son insuccès en droit positif. Nous avons formulé la proposition d'un recours plus régulier à ces modalités d'échanges directs entre les protagonistes de la procédure, notamment par voie orale[4]. Reste qu'il serait illusoire d'en préconiser la systématisation eu égard aux contraintes – notamment de temps et de coût – qu'elles emportent.

Ces difficultés ne sont pas sans conséquence. Lorsque le juge ne parvient pas – faute de temps ou de moyens – à délimiter avec précision la mission de l'expert, plusieurs dangers pèsent sur la procédure. Outre le risque d'enlisement et de multiplication des contestations des parties, celui de voir l'expert empiéter sur l'office et les pouvoirs du juge est accentué. Une mission mal définie est une mission que l'on outrepasse, consciemment ou non, plus facilement. Enfin, quand bien même il parviendrait à un degré de précision satisfaisant, d'autres facteurs l'exposent au risque de ne pouvoir se départir des conclusions de l'expert et de méconnaître ainsi l'interdiction qui lui est faite de se dépouiller de son pouvoir de dire le droit[5].

S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », *in* M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés,* Dalloz, 2015, p. 111 et s., spéc. n° 23 et s.

[1] O. LECLERC, thèse précitée, n° 84-89 ; S. GUINCHARD, « L'expertise judiciaire civile : l'expert, le juge et les parties », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), ouvrage précité, p. 69 et s., spéc. p. 73-74.

[2] Ainsi, lorsque l'expertise a pour objectif d'éclairer le juge sur l'ampleur du préjudice résultant d'un comportement illicite, il doit être en mesure d'indiquer à l'expert les différents éléments sur lesquels il est pertinent de faire porter l'évaluation (coûts supplémentaires engendrés, pertes directes subies, perte de chance de réaliser des gains ou économies…). V. les exemples proposés par M. NUSSENBAUM, « Le rôle de l'expert économique », *RJC*, 2002*,* p. 112 et s., spéc. en matière de droit des pratiques anticoncurrentielles, p. 116-120.

[3] Notamment par l'organisation plus régulière de conférences (prévues par l'art. 266 CPC) au cours desquelles la mission confiée au premier est précisée par le second, le cas échéant à l'appui des observations des parties (v. la proposition de M. NUSSENBAUM, article précité, qui relève toutefois des difficultés procédurales).

[4] V. *supra*, n° 681 et s.

[5] V. art. 238, al. 3 CPC qui fait interdiction à l'expert de porter des « appréciations d'ordre juridique » et, dans le même temps, interdiction au juge de charger l'expert de se prononcer sur toute question de droit. La solution vaut en contentieux administratif (v. CE, 10 décembre 1975 *Sté générale de construction industrielle*, n° 94162). Sur cette interdiction v. O. LECLERC, thèse précitée, n° 85 et s.

759. Le difficile cantonnement de l'expert à sa mission factuelle. Le principal de ces facteurs résulte de ce que la porosité de la distinction entre le droit et le fait[1] – sur laquelle devrait reposer la délimitation des missions du juge et de celle de l'expert[2] – est, en droit de la concurrence, encore davantage consommée qu'ailleurs[3]. En faisant reposer la législation sur des notions indéterminées à coloration technique et économique, le législateur – parfois suivi par le juge – a confié un rôle capital au détenteur du savoir nécessaire à l'identification, à l'analyse et à la pleine appréhension des faits pertinents[4].

Ainsi, l'expert qui dispose des outils nécessaires à l'appréciation de ce qui constitue un prix prédateur joue un rôle déterminant dans l'opération de qualification de l'abus de position dominante. Dès lors, bien que formulant une question réputée relever du domaine des « faits bruts » et appelant une analyse objective, le juge obtient une réponse inévitablement teintée de subjectif[5], à fortes conséquences juridiques – au moins indirectes, notamment sur le terrain de la qualification – et de laquelle il lui est délicat de se départir car bien souvent, il ne dispose pas « des clés permettant de l[a] réfuter »[6]. Le risque est alors grand que survienne un « glissement de pouvoir » du juge vers l'expert[7] : si l'établissement du rapport d'expertise a impliqué des

[1] La porosité de cette distinction et, conséquemment, de celle entre le rôle du juge et celui de l'expert ont de longue date été relevées, sans que le constat ne soit propre à notre champ d'étude (v. par ex. G. CORNU, « Rapport de synthèse », *in Les rôles respectifs du Juge et du Technicien dans l'administration de la preuve,* précité, p. 121).
[2] V. les développements et références proposés par O. LECLERC, thèse précitée, Première partie – Titre 2.
[3] « En réalité, en droit de la concurrence, une fois les critères de droit déterminés, la qualification des faits se confond presque complètement avec leur établissement, tant les critères juridiques sont concrets et techniques » (J.-Y. CHÉROT, article précité).
[4] Comme le relève Mme Sibony, « dès lors que la règle de droit fait dépendre la solution de données factuelles nécessitant une appréciation technique, l'expertise détermine dans une large mesure la solution du litige » (thèse précitée, n° 918).
[5] À rebours de ce qu'a longtemps enseigné la doctrine, il est aujourd'hui observé que « le discours de l'expert n'est pas neutre d'un point de vue axiologique : ce sont les normes qui le font passer pour neutre. Le regard que porte l'expert sur le réel, les catégories qu'il emploie pour l'interpréter influencent grandement le juge » (L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 750 et les références proposées). En effet l'opération d'appréciation des faits, notamment par l'économiste, comporte une part de choix (des méthodes, des critères etc.). À titre d'illustration, il a été relevé que l'identification d'une pratique de prédation ou encore la conception d'un scénario contrefactuel requièrent de faire des choix qui, bien qu'étant d'ordre scientifique, n'en demeurent pas moins subjectifs.
Sur la manière dont le droit opère une « démodélisation des énoncés auxiliaires » provenant de sciences extérieures en vue de les cantonner dans le domaine des faits et de l'objectivité v. O. LECLERC, thèse précitée, n° 123 et s. ; l'auteur explique que « lorsque le système juridique s'efforce d'intégrer les apports d'une autre discipline, il procède à une stabilisation de cette dernière : les éléments qui en proviennent sont considérés comme « factuels ». Ces « faits », dont l'expert fournit une explication, sont considérés comme étant des données extérieures, solides, qu'il n'est pas envisageable de modifier […]. Or il n'est pas exclu que ces faits soient eux-mêmes controversés dans la discipline d'où ils proviennent. Pourtant, en cantonnant l'expert dans le domaine du fait brut, les règles relatives à l'expertise font de ces faits des données extérieures qui ne sont pas soumises à controverse ».
[6] G. DEHARO, « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », *Gaz. Pal.,* n° 265, 22 septembre 2005, p. 3.
[7] M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », *Justices*, n°1, Janvier 1995, p. 97.

choix et prises de positions que le juge n'est pas en mesure de réfuter de manière motivée et socialement acceptable[1], la répartition des rôles et des pouvoirs est brouillée.

760. Le recours à l'expert : apports potentiels, limites certaines. L'expertise présente des avantages indéniables. Lorsqu'elle est à l'initiative des parties, elle est l'occasion de préciser l'objet de leurs prétentions et contestations et est de nature à procurer au juge des éléments permettant de mieux saisir l'environnement factuel du litige. Lorsqu'il s'estime insuffisamment éclairé par les éléments produits par cette première voie ou qu'il ne dispose pas du savoir nécessaire à leur bonne appréciation, le juge peut recourir à l'assistance de l'expert judiciaire. Toutefois, ce dernier n'est pas juge ; il n'en présente pas les garanties et ne doit pas le devenir. Sa mission ne doit comporter aucune analyse juridique et le juge doit être totalement libre de se départir de ses conclusions. Si ses principes sont établis[2], la pratique atteste de ce qu'ils sont battus en brèche, notamment dans les contentieux économiques où le juge est souvent démuni des moyens et du temps nécessaires à en assurer une parfaite observation[3].

Le besoin de la Cour de la concurrence de disposer d'une maîtrise absolue des outils d'analyse économique aux différents stades d'exercice de son office ne peut être systématiquement satisfait par le recours à l'expertise. D'une part parce qu'elle ne permet pas de l'éclairer, de manière impartiale, sur le terrain du droit ; d'autre part car un usage trop fréquent créerait, dans certaines hypothèses, le risque d'une délégation illicite du pouvoir de juger[4]. Enfin, parce que, pour s'emparer pleinement les résultats d'une expertise économique, le juge peut parfois se trouver démuni. Le recours au savoir d'un autre protagoniste extérieur doit alors être envisagé.

---

[1] G. DEHARO, article précité, note que « le scientifique ne se borne pas à conclure en application de règles abstraites et universelles préétablies : il fait des choix, apprécie, évalue » et, plus loin, « qu'il est plus facile pour le juge de suivre les conclusions scientifiques : s'il ne s'appuie pas sur celles-ci, il se prive d'une « pré-légitimation » établie par le technicien et doit accorder encore plus d'attention à la motivation de sa décision ».

[2] Et préservés par un élément ultime : le monopole que conserve le juge, quelles qu'aient pu être les « délégations intermédiaires », de rendre un acte juridictionnel. « L'intervention finale du juge a pour effet de réputer sienne la décision prise, bien que l'expert ait pu jouer un rôle non négligeable dans l'appréciation portée par le juge. Des « délégations » sont possibles au cours de l'instance […]. Mais en aucun cas le pouvoir d'effectuer des actes juridictionnels […] ne peut être donné à l'expert » (O. LECLERC, thèse précitée, n° 198).

[3] V. la mise en garde de R. PERROT, « Rapport général », *in Le rôle du juge en présence de problèmes économiques,* Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXII, 1975, p. 260 et s., spéc. p. 271 : « on peut également s'interroger sur le développement croissant de l'expertise qui, souvent, n'est que la conséquence des missions économiques confiées au juge. Trop souvent, tout cela aboutit à un système de double délégation qui n'est guère satisfaisant : le législateur délègue au juge le pouvoir d'apprécier un concept économique qui, à son tour, se décharge de cette mission sur un expert ». L'observation a encore été faite, plus récemment, à l'égard de tout le contentieux indemnitaire en matière économique par F. BÉLOT, « Pour une reconnaissance en droit français de la notion de préjudice économique », *LPA*, 2005, n° 258, p. 8 : « le juge se retrouve très dépendant de l'avis de l'expert qu'il nomme pour l'éclairer sur le calcul du montant du préjudice économique. Et alors que cet avis ne saurait s'imposer à lui, la pratique laisse apparaître que, souvent, le rôle de l'expert est devenu déterminant ».

[4] D'autant plus que la Cour de cassation semble admettre que les juges du fond s'approprient l'avis du technicien quand bien même il aurait outrepassé sa mission en livrant un avis juridique (Civ. 3ème, 5 mars 2003, n° 00-21931).

2. Le champ d'intervention limité de l'*amicus curiae*

761. Liberté quant au choix de l'ami, de l'objet et des modalités de son intervention. Le recours à l'*amicus curiae* est aujourd'hui consacré par le droit commun, tant en contentieux administratif[1] qu'en droit judiciaire privé où il est circonscrit à un champ plus restreint[2]. La pratique judiciaire[3] avait toutefois devancé l'intervention législative[4] et nonobstant cette consécration, le recours à l'*amicus curiae* demeure marqué par un important principe de liberté qui s'illustre sur plusieurs plans.

En premier lieu, l'ami n'est pas l'expert[5]. Il ne figure sur aucune liste préétablie et ne fait l'objet d'aucune catégorisation[6]. Peut dès lors être sollicitée toute personne physique ou morale justifiant d'une autorité morale, scientifique et/ou humaine « unanimement reconnue » dans des champs aussi variés que la régulation économique, la bioéthique, la médecine, la philosophie ou encore la sociologie. Professeur, bâtonnier, président d'un comité national consultatif, représentant d'autorité de régulation, association de consommateurs, ministre, ancien président d'une juridiction internationale…, les figures de l'ami déjà invité dans les prétoires sont variées et la liste pourrait s'étendre encore.

[1] Art. R. 625-3 CJA, ce texte figure dans les dispositions générales relatives à l'instruction.

[2] Cette consécration y est récente. Ça n'est que depuis 2017 que les textes octroient au juge de cassation – et à lui seul – le pouvoir d'inviter « toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur des points qu'[il] détermine » (art. L. 431-3-1 COJ et 1015-2 CPC).

[3] Encouragée par les interventions de Hauts magistrats. Ainsi Pierre Drai, Premier président de la Cour de cassation a plaidé, dès la fin des années 1980, pour que la Cour ouvre les débats présentant un haut degré de technicité ou de spécificité « aux apports de l'extérieur dès lors que les compétences sollicitées sont incontestables et de haute valeur morale et humaine » (P. DRAI, Discours prononcé lors de l'Audience solennelle du début d'année judiciaire à la Cour de cassation le 6 janvier 1989, v. aussi « Le monde des affaires et le juge », *RJC*, 1990, p. 329). Notons que M. Drai présidait la Cour d'appel de Paris lorsque celle-ci a eu, pour la première fois, recours aux savoirs d'un « ami extérieur » au courant de l'année 1988 (v. les deux arrêts mentionnés *infra*).

[4] La Cour d'appel de Paris, saisie sur recours d'une décision du Conseil de l'ordre des avocats du barreau d'Evry au cours duquel était posée une question relative à l'application des règles encadrant la profession d'avocat a, dès 1988, invité le bâtonnier de Paris « en qualité d'*amicus curiae* » à « fournir, en présence de toutes les parties intéressées, toutes observations propres à éclairer les juges dans leur recherche de la solution du litige » (CA Paris, 21 juin 1988, sur lequel v. Y. LAURIN, « La notion d'*amicus curiae* », *Gaz. Pal.,* 18 octobre 1988, p. 700 et quelques jours plus tard, CA Paris, 6 juillet 1988 ; Y. LAURIN, *D.,* 1989, p. 341 ; R. PERROT, *RTD Civ.,* 1989, p. 138). Et pour la Cour de cassation v. Ass. pl., 31 mai 1991, n° 90-20105 et Ch. mixte, 23 novembre 2004, quatre arrêts sur lesquels v. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.,* 2005, p. 73).

[5] Pas plus qu'il n'est partie ou témoin, v. Y. LAURIN, « Les notions d'amicus curiae et de partie dans la procédure », *Gaz. Pal.,* 9 octobre 2012, n° 283, p. 13. Il n'est dès lors pas soumis aux règles de récusation applicables à l'expert (CA Paris, 6 juillet 1988, précité). V. encore F. MELLERAY, « La réforme de l'expertise », *AJDA,* 2014, p. 1364 ; L. CADIET, « Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil », *in La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat,* PUF, 2001, p. 3 et s., spéc. p. 8-9.

[6] Sur l'établissement des listes d'experts judiciaires et les modalités par lesquelles le juge peut décider de désigner un expert hors liste v. E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve,* précité, n° 718-727.

La liberté caractérise, en deuxième lieu, l'objet de son intervention. Contrairement à l'expert, l'*amicus curiae* peut donner son avis sur tous les « points » déterminés par le juge qui le sollicite ; qu'il s'agisse d'éléments juridiques ou factuels[1]. De prime abord, l'ami de la Cour pourrait ainsi livrer son avis sur tout élément dont est saisi le juge. « Surgit alors, tout naturellement, le spectre de la délégation de son pouvoir juridictionnel par le juge à un tiers »[2]. Nous verrons néanmoins que cette liberté peut et doit être encadrée.

La liberté caractérise enfin la forme par laquelle l'*amicus curiae* intervient : son avis peut être produit par écrit ou livré par voie orale lors d'une audience à laquelle sont conviées les parties[3/4]. L'encadrement ne résulte ici que du respect des principes fondamentaux du procès et des droits de la défense[5], à commencer par le contradictoire. Que l'avis soit produit par écrit ou livré par voie orale, les parties doivent être mises en mesure d'en prendre connaissance en temps utile et de formuler des observations à son sujet[6]. Cette pleine liberté apparente ne doit toutefois pas demeurer sans limite.

762. Nécessaire limitation du champ d'intervention de l'ami : un avis général et informatif. Ce sentiment de grande liberté est source d'inquiétudes quant à la capacité du juge à se départir de l'avis livré, dans ces conditions, par une personnalité requise en raison de son autorité scientifique, humaine et/ou morale[7]. Les textes, bien que laconiques, comportent des éléments permettant de fonder quelques limites salvatrices[8].

Le premier élément est la précision du caractère général des observations qu'est appelé à produire le sachant requis en qualité d'*amicus curiae*[9]. Alors que l'expert judiciaire reçoit pour

---

[1] La jurisprudence l'a confirmé, tant en procédure civile qu'en contentieux administratif (v. par ex. CE, ass., 23 décembre 2011 *Kandyrine de Brito Païva,* n° 303678 : Monsieur Gilbert Guillaume, conseiller d'État honoraire et ancien président de la Cour internationale de justice, est appelé à répondre à une question relative à un conflit de normes entre différentes conventions internationales ; sur cet arrêt v. F. MELLERAY, article précité).

[2] D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae », in* M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise,* précité, p.114.

[3] V. art. R. 625-3 CJA (spéc. al. 2 et 3) et art. 1015-2 CPC. Sur l'opportunité de faire participer, dans les affaires les plus complexes, l'*amicus curiae* aux audiences orales de type « enquête à la barre » ou « conférence » v. *supra*, n° 681 – 682.

[4] Cette liberté permet au sachant de conserver les formes d'exposé usuelles propres à son champ (l'économiste n'a pas recours aux mêmes formes d'exposé scientifique que le biologiste, le médecin ou le philosophe). La possibilité d'emprunter la voie orale permet, lorsque c'est nécessaire, de rendre l'avis plus accessible aux parties et au juge ainsi que de le soumettre à des échanges directs qui peuvent permettre de lever certaines zones d'ombre. Dans le cadre d'une étude comparative, un auteur semble retenir que l'oralité est la forme naturelle d'intervention de l'ami de la cour : G. CANIVET, « L'*amicus curiae* en France et aux États-Unis », *RJC*, mars-avril 2005, n° 2, p. 99 et s., spéc. p. 102, qui explique que son rôle est de « donner un avis oral à la formation de jugement en aidant celle-ci à prendre l'attitude nécessaire pour replacer le litige particulier dans un contexte plus général ».

[5] S. MENÉTREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?,* thèse précitée, n° 482-493.

[6] Ce que prévoient l'art. 1015-2 CPC et l'art. R. 625-3, al. 2 et 3 CJA.

[7] Avis consultatif qui, comme celui de l'expert, ne lie pas le juge (S. MENÉTREY, thèse précitée, n° 525-531).

[8] Sur les débats relatifs à l'impartialité ou au caractère désintéressé de l'*amicus curiae,* v. *infra* (3).

[9] Les art. R. 625-3 CJA et 1015-2 CPC visent tous deux des « observations d'ordre général ».

mission d'éclairer le juge sur les faits dont il est saisi, l'ami de la cour est appelé, à titre subsidiaire[1], à lui fournir *un avis d'ordre général non spécifique aux faits de la cause*. Dans le contentieux de la concurrence, une personnalité pourrait ainsi être requise pour éclairer le juge sur les spécificités d'un type de comportement ou d'un secteur économique au sein duquel est né le litige sans toutefois livrer d'analyse précise des faits de l'espèce.

Le second élément, lié au premier, est le caractère nécessairement informatif de la mission de l'*amicus curiae* et de l'avis qu'il livre. Qu'il soit relatif au droit, au « contexte général de l'affaire » ou aux intérêts susceptibles d'être affectés par la décision à venir, l'avis de l'ami doit permettre au juge de disposer d'une information rapide et générale, sans en passer par de longues mesures d'investigation[2]. Il est davantage informatif qu'éminemment technique, général et contextuel davantage que précis et circonstancié.

Sur ces deux éléments, la jurisprudence du Conseil d'État comporte des signaux rassurants. Par un arrêt du 6 mai 2015, la Haute juridiction a notamment rappelé que la demande formulée par la juridiction « ne peut porter que sur des observations d'ordre général qu'elle détermine, lesquels peuvent être des questions de droit, *à l'exclusion de toute analyse ou appréciation de pièces du dossier* »[3]. Dans cette affaire, il a été reproché aux juges du fond d'avoir directement interrogé l'*amicus curiae* sur la qualification juridique d'un acte litigieux[4]. Reste que la sanction est peu dynamique : le dépassement de fonction de l'ami n'entache pas la décision du juge d'irrégularité s'il s'en tient « aux observations d'ordre général, juridique ou factuelles » que l'avis contient. L'appréciation de la prise en compte – ou non – d'une information qui figure dans l'avis d'une personne requise pour son savoir et ses compétences est délicate[5]. Nous sommes favorable à ce qu'une certaine rigueur soit rétablie sur ce plan afin d'assurer que

[1] D. MAZEAUD, article précité, relève que « le prestige attaché à cette institution implique que le juge ne puisse y avoir recours que dans les seules hypothèses où une expertise et, *a fortiori*, des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer sa lanterne ». F. MELLERAY (article précité) qualifie, lui, l'*amicus curiae* de « procédure d'exception ».
[2] D. MAZEAUD, article précité, p. 117.
[3] CE, 6 mai 2015 *M. X,* n° 375036 (nous soulignons).
[4] La juridiction d'appel avant consulté un professeur de droit afin qu'il lui indique si un « aveu et dénombrement » du 1er mai 1542 dont se prévalait le requérant était susceptible de constituer un titre de propriété antérieur à l'édit de Moulins de 1566, ce qui aurait eu pour effet d'empêcher l'application du principe d'inaliénabilité du domaine public. Sur cet arrêt v. D. CONNIL, « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *AJDA,* 2015, p. 1545.
[5] Dans l'affaire évoquée, la juridiction d'appel s'était directement et exclusivement fondée sur l'analyse juridique produite par le sachant pour motiver la qualification retenue. Avec davantage de prudence rédactionnelle, le juge peut échapper à la censure en ne se référant qu'aux éléments valables de l'avis, dissimulant ainsi l'influence qu'a pu avoir sur son jugement l'analyse produite par l'*amicus curiae* en dépassement de ses fonctions.

l'*amicus curiae* s'en tienne à une mission générale d'information, sans intervenir dans le processus d'appréciation du fond[1].

763. Un interlocuteur inapproprié pour répondre au besoin de maîtrise de l'analyse économique. Il résulte de ces observations que *l'amicus curiae* ne permet pas de répondre au besoin de la Cour de la concurrence de disposer d'une maîtrise suffisante de l'analyse économique. En premier lieu, le caractère exceptionnel du dispositif empêche d'en envisager une mise en œuvre trop régulière alors que le besoin pour la Cour de mobiliser ces outils techniques est de plus en plus fréquent. En outre, l'*amicus curiae* doit rester éloigné des faits dont est saisi le juge. Or c'est bien souvent pour apprécier ces faits ou procéder à leur qualification que le recours à l'analyse économique est nécessaire. Dès lors, nonobstant l'utilité qu'elle peut présenter dans les affaires les plus complexes ou pour anticiper les effets que produirait, sur un secteur donné, une décision ou un revirement de jurisprudence, cette voie ne peut être retenue. Reste à envisager une dernière modalité d'intervention d'un protagoniste extérieur en soutien de la Cour : celle des autorités administratives spécialisées.

3. La consultation mesurée d'autorités administratives spécialisées

764. Recours à l'avis des autorités de régulation : utilité admise, régime incertain. La consultation, par les juridictions de droit commun, d'autorités administratives spécialisées – notamment celles chargées d'une mission de régulation – a fait l'objet de nombreuses réflexions en doctrine. Son utilité est largement admise et l'étude de la jurisprudence conduit au constat d'un usage de plus en plus régulier de cet outil[2].

Pourtant, ses fondements ne sont pas toujours clairs. Si en certaines matières, les juridictions ont recours à l'avis desdites autorités sur la base de textes spécifiques[3], les fondements juridiques de cette consultation sont parfois incertains[4]. Il est courant que la doctrine l'envisage

---

[1] Comp. S. MENÉTREY, thèse précitée, par ex. n° 464-469 ; l'auteur explique notamment que « *l'objet de la participation de l'*amicus curiae *ne saurait en aucun cas porter sur les faits de l'espèce* » ; celui-ci doit s'en tenir à éclairer « le tribunal sur le contexte social, économique et politique dans lequel s'inscrit l'affaire pour qu'il puisse apprécier les conséquences de sa décision ».

[2] Pour un exposé transversal v. M. CRESPY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, précité, n° 159 et s.

[3] Par ex. v. art. L. 466-1 CMF concernant l'AMF (v. aussi le pouvoir offert au Président de l'Autorité de déposer des conclusions en application de l'art. L. 621-20 CMF) ; art. 8, I, 2°, e) de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* concernant la CNIL et art. L. 462-3 concernant l'Autorité de la concurrence (v. E. CLAUDEL, « L'amicus curiae : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences*, n° 4-2012, art. n° 49314, qui recense les demandes d'avis adressées à l'Autorité avant 2012).

[4] V. les développements et illustrations proposées par M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 159 et s. (spéc. n° 161, 162 et 166). L'auteur relève qu'en dehors de la mobilisation des dispositions spécifiques, les juridictions qui ont recours aux avis d'autorités de régulation le font parfois sans mentionner aucun fondement précis et, plus rarement, en invoquant des dispositions de droit commun pas toujours adaptées (par ex. l'art. 27 CPC qui est en

à travers le prisme de l'*amicus curiae*[1]. L'analyse mérite toutefois quelques nuances en raison desquelles nous distinguons les deux procédés[2].

Sous cette réserve, nous rejoignons le constat de l'utilité de cette voie procédurale. Elle permet au juge, par des modalités souples et souvent dans de brefs délais, de bénéficier des savoirs et de la légitimé de ces autorités spécialisées lorsqu'il est saisi de questions afférentes à leur champ de compétence. Toutefois, notre proposition d'installer une juridiction de recours spécialisée en matière de concurrence commande de renouveler et d'affiner l'analyse à son égard.

765. La consultation des autorités administratives de concurrence par la Cour de la concurrence : champ limité, questions d'impartialité et doutes quant à l'opportunité. Cet affinement de l'analyse concerne le seul recours à l'avis des autorités administratives nationales de concurrence par la Cour de la concurrence. Lorsqu'elle éprouvera le besoin de consulter une autorité de régulation sectorielle[3] ou la Commission européenne, elle devra pouvoir le faire dans les mêmes conditions que toute autre juridiction. Ainsi, saisie du recours contre l'acte adopté par une autorité de concurrence dans un secteur régulé – tels que celui de l'énergie, des marchés financiers, des transports ou des télécommunications – la Cour pourra solliciter l'intervention de l'autorité sectorielle compétente pour être éclairée sur les difficultés et spécificités dudit secteur[4]. Dans un tel cas de figure, la légitimité et les compétences du

principe réservé à la matière gracieuse). V. aussi, qui dresse déjà un constat similaire, R. GODET, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA,* 2002, p. 957.

[1] V. par ex. R. GODET, article précité et E. CLAUDEL, article précité.

[2] Pour au moins deux raisons. D'abord car, selon la conception française de l'*amicus curiae*, l'ami requis par le juge est un « informateur désintéressé » (D. MAZEAUD, article précité). Or dès lors que l'autorité requise a déjà eu à se prononcer, dans le cadre de sa compétence, sur les faits dont est saisi le juge, on peut douter du fait qu'elle soit véritablement désintéressée à la solution du litige : celle-ci risque d'affecter sa mission, voire le sens de sa propre décision si une analyse et/ou une qualification différentes sont adoptées par le juge (comp. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 166). Ensuite car les questions que le juge pose à l'autorité sont souvent relatives à l'analyse des faits et parfois même à leur qualification (ce dont convient R. GODET, article précité, qui suggère pourtant la qualification d'*amicus curiae ;* v. par ex. CA Paris, 10 mai 1990 *Sacem,* n° 87/17060 où la Cour consulte le Conseil de la concurrence sur le point de savoir si des conventions dont il était saisi étaient « constitutives d'ententes prohibées »). Or il a été vu que la mission confiée à l'ami de la cour devait conserver un caractère général et informatif, sans jamais porter directement sur l'analyse ou la qualification des faits.

[3] Ce qui pourrait être de plus en plus fréquent, notamment en raison des nouvelles difficultés posées par la réglementation relative à la protection des données et les conséquences que sa mise en œuvre peut produire sur le terrain concurrentiel ; v. à ce sujet I. DE SILVA, « Un mandat placé sous le signe de l'action et du numérique » (interview réalisée par N. Charbit et S. Schrameck), *Concurrences,* n° 1-2022, art. n° 104078.

[4] Qu'il s'agisse des différentes étapes et modalités d'ouverture d'un marché à la concurrence, des obligations qui peuvent peser sur une entreprise du fait de sa qualité d'opérateur historique et/ou de fait qu'elle dispose d'infrastructures essentielles à l'exercice d'une activité… V. par ex. CA Paris, 31 octobre 2014 *Sté GDZ Suez,* n° 2014/19335 : saisie du recours contre des mesures conservatoires adoptées par l'Autorité de la concurrence dans le secteur de l'énergie, la Cour a bénéficié d'un éclairage fourni par la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE). Alors que cette dernière souhaitait se voir reconnaître la qualité d'intervenant, la Cour a rejeté cette demande mais a admis qu'elle formule des observations orales en application de l'art. 27 CPC dont l'alinéa second permet au juge « d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer » (ce texte n'étant en principe applicable qu'en matière gracieuse, des auteurs se sont étonnés de son application en l'espèce, v. M. CRESPY-

régulateur demeurent plus grandes que celles de la Cour et le premier ne relève pas du contrôle de la seconde[1]. La consultation est par conséquent tout à fait opportune.

La situation est différente lorsqu'est envisagée la consultation par la Cour des autorités administratives nationales de concurrence. D'abord, chaque fois que c'est l'un de leurs actes qui fera l'objet du recours, ces autorités se seront par hypothèse déjà prononcées sur la situation litigieuse et ne pourront être présentées comme des tiers désintéressés aptes à livrer un avis informatif et objectif. Dans une telle situation, seule une « personnalité contentieuse » assimilable à la qualité de partie – et les obligations qui en découlent – doit leur permettre de soutenir leur position devant la Cour[2] . Elles ne doivent bénéficier d'aucun moyen plus favorable que les autres parties pour ce faire, il en va du respect de l'égalité des armes[3].

Même lorsque le recours envisagé est un appel interjeté contre un jugement et qu'il n'a alors pas directement pour objet l'acte de l'une de ces autorités, on peine parfois à leur reconnaître la qualité de « véritable tiers » parfaitement impartial, extérieur et désintéressé[4]. Une telle

---

DE CONINCK, thèse précitée, n° 166). Pour être complet, précisons que la CRE avait déjà été consultée par l'Autorité de la concurrence préalablement à l'adoption des mesures provisoires litigieuses.

[1] L'analyse serait différente si était proposée la création d'un « tribunal de la régulation » (v. T. PERROUD, « Faut-il créer un tribunal de la régulation ? », communication lors d'une conférence à l'Université Aix-Marseille en janvier 2016, consultable sur Hal-archives-ouvertes.fr).

[2] Sur la proposition de conférer une « personnalité fonctionnelle contentieuse » à ces autorités v. *supra*, n° 668 et s.

[3] La Cour EDH exige « qu'aucune partie ne se voie conférer une position privilégiée, y compris s'il s'agit de l'État ou d'un service public » (J.-P. DINTILHAC, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », *in* COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2003*, p. 131, qui se réfère à CEDH, 22 septembre 1994 *Hentrich c. France*, n° 13616/88). V. en droit interne Civ. 3ème, 2 juillet 2003, n° 02-70047, qui, dans le cadre d'une procédure d'indemnisation consécutive à une opération d'expropriation, juge que le commissaire du Gouvernement occupe, en application de dispositions du Code de l'expropriation et du Code civil, une position « d'expert et partie à cette procédure » et qu'en résulte « un déséquilibre incompatible avec le principe d'égalité des armes ».
En matière disciplinaire, la solution semble différente. La Cour de cassation juge que la faculté offerte au président d'une instance disciplinaire (chambre de discipline des notaires en l'espèce) de formuler des observations dans le cadre du recours dont fait l'objet une sanction prononcée par ladite instance ne contrevient pas aux garanties du procès équitable dès lors, d'une part, que ces observations sont formulées « en qualité de sachant », qu'elles ont « un caractère technique et visent à informer le juge sur les spécificités de la profession » en cause et, d'autre part, que la partie poursuivie est mise en mesure de répondre auxdites observations. La faculté de répondre aux observations serait de nature à empêcher toute atteinte à l'égalité des armes, principe que la Cour vise expressément dans son dispositif (Civ. 1ère, 15 mars 2017, n° 16-10046). Cette solution peut laisser dubitatif.

[4] Ainsi, lorsque l'Autorité de la concurrence et/ou les services du ministère de l'Économie sont intervenus et se sont prononcés sur les faits dont est saisi le juge, leur fonction répressive, voire même le sens de leur décision sont susceptibles d'être affectés par la décision à venir. L'exemple topique est celui du recours indemnitaire tendant à la réparation du préjudice ayant résulté d'un comportement que le demandeur estime anticoncurrentiel et sur lequel l'Autorité ou les services du ministère se sont déjà prononcés. Si le droit positif limite la contrariété de décisions par des règles que nous avons rappelées (sur les effets de la décision d'une autorité de concurrence dans le cadre du recours indemnitaire v. *supra*, n° 545) leur champ est limité : « l'autorité de chose décidée » ne joue que pour les décisions constatant la commission d'une infraction et les décisions adoptées par la DGCCRF concernant les « micro-PAC » n'en bénéficient pas. En tout état de cause, la présomption ne jouant qu'à propos de la matérialité des faits, il reste au juge à se prononcer sur le lien de causalité et surtout sur l'évaluation du préjudice. Pour ce faire, il peut avoir besoin des lumières d'un sachant. Or dans de telles circonstances, il est douteux que l'Autorité soit la mieux à même de lui fournir un avis strictement informatif, désintéressé et impartial (comp. T. D'ALÈS,

qualité nous semble pourtant devoir être exigée de toute personne requise par le juge pour l'éclairer de ses compétences dans le cadre d'une procédure contentieuse.

En adoptant un point de vue plus large, rappelons que la Cour de la concurrence deviendrait la seule véritable autorité de contrôle des autorités administratives nationales de concurrence auxquelles sont confiés des pouvoirs de plus en plus nombreux et importants. Dès lors, il n'est pas opportun de préconiser que, pour exercer son office, le premier s'en remette trop systématiquement au savoir et à l'appréciation des secondes. Si ces modalités de consultation peuvent s'avérer utiles sur des questions dont la nouveauté ou l'extrême complexité commandent qu'un véritable dialogue s'instaure entre ces autorités et leur juge de contrôle, leur mise en œuvre doit rester exceptionnelle.

Enfin, à l'instar de ce qui a été observé à propos de l'*amicus curiae*, la sollicitation par le juge d'une autorité administrative spécialisée devrait avant tout poursuivre l'objectif d'obtenir un avis d'ordre informatif et général sur les spécificités d'un secteur ou d'un type de comportement dont le juge n'est pas familier. Cet avis ne doit aucunement s'apparenter à une consultation juridique au terme de laquelle l'autorité suggère une analyse précise des faits et difficultés de l'espèce, s'emparant par-là de pouvoirs réservés au juge.

Cette voie ne permet donc pas davantage que les autres précédemment envisagées de répondre au besoin de la Cour de disposer d'une maîtrise suffisante des outils d'analyse économique dans les situations de plus en plus nombreuses où le plein exercice de son office l'exige. Reste alors à envisager une dernière piste : celle de l'intégration d'économistes au sein même de la Cour.

C. L'intégration d'économistes au sein de la Cour de la concurrence

766. Besoin d'innover. L'illusion que constituerait le projet de faire du juge un économiste et l'insuffisance des outils offerts par le droit positif conduisent à envisager une solution qui, bien qu'innovante, semble seule à même d'assurer que la Cour de la concurrence disposera, chaque fois qu'elle en aura besoin, des connaissances suffisantes à l'appréhension et à la pleine maîtrise des outils d'analyse économique. Elle consiste en l'intégration d'économistes en son sein.

Après avoir présenté les fonctions qu'auront vocation à exercer les économistes placés au service de la Cour (1), il faudra appréhender les modalités de leur intégration à celle-ci (2).

A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP E,* 2014, étude 1306, spéc. n° 28-31).

1. Fonctions des économistes intégrés à la Cour de la concurrence

767. Une fonction générale d'assistance du juge dans l'exercice de son office. En tant que juridiction, la Cour de la concurrence sera avant tout composée de juges dont la fonction première consistera à « dire le droit et trancher les litiges »[1]. Membres d'une juridiction de recours, leur office supposera plus spécifiquement de trancher les recours dont ils seront saisis. L'intégration d'économistes au sein de la Cour n'a évidemment pas pour objet de le modifier. Dès lors, c'est à l'exercice de cet office que les économistes devront apporter leur contribution : leur fonction sera d'assister les juges qui en ont la charge.

Classiquement, cet office a vocation à être mis en œuvre à travers une procédure qu'un découpage de droit processuel permet de scinder en deux temps : celui de l'instruction puis celui du jugement. Les économistes auront vocation à assister le juge dans chacune de ces phases. En outre, notre proposition d'instaurer un rapporteur public au sein de la Cour[2] commande de prévoir que le titulaire de cette fonction pourra aussi, chaque fois qu'il le jugera nécessaire, solliciter leur assistance.

768. Assister le juge en charge de l'instruction. Nous reviendrons au chapitre suivant sur les modalités d'instruction des affaires devant la Cour de la concurrence. Retenons à ce stade, sommairement, que l'instruction désigne à la fois une phase de l'instance – celle qui se déroule entre « la saisine du juge […] et qui précède sa clôture, l'audience des plaidoiries, le délibéré et le jugement » – et son objet, qui est la mise en état de l'affaire dont est saisie une juridiction[3]. Cette phase, parfois confiée à un juge spécialisé, tend à « préparer l'affaire » et à la purger de toutes difficultés d'ordre procédural en vue de la présentation à la formation de jugement d'un dossier en état d'être débattu puis jugé sur le fond[4].

Le règlement des incidents et exceptions de procédure[5] et la mission de veiller au déroulement loyal de la procédure[6] sont d'ordre strictement juridique et n'appellent aucun besoin particulier d'assistance du juge. Elle ne nous retiendra donc pas davantage à ce stade.

---

[1] L'on aura reconnu l'expression empruntée à D. D'AMBRA, thèse précitée.
[2] V. *supra*, n° 671.
[3] L. MINIATO, « L'évolution du rôle du juge de la mise en état », *in* C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges,* LGDJ et Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 35.
[4] La « rationalisation de la phase de l'instruction » a ainsi pour objectif que « la phase suivante des débats soit dédiée à une discussion fructueuse sur le seul fond des dossiers qui auront été préalablement mis en état » (L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* précité, n° 922).
[5] Sur lesquels v. notamment, en procédure civile, art. 789, 1° et 6° et art. 907 CPC pour la procédure d'appel.
[6] L'art. 780, al. 2 CPC confie au juge chargé de la mise en état devant le Tribunal judiciaire la mission générale de « veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces » (v. pour l'appel le renvoi de l'art. 907 CPC).

La mission d'instruction de l'affaire appelle une analyse différente. Si l'on prend pour modèle le procès civil[1], le juge chargé de la mise en état dispose de pouvoirs dont l'exercice peut nécessiter, dans le contentieux envisagé, qu'il porte une appréciation sur des analyses économiques produites par les parties, voire qu'il amorce lui-même de telles analyses. Ainsi en est-il de ses pouvoirs d'ordonner des mesures conservatoires[2] et de rétablir l'exécution provisoire d'un jugement pour lequel elle avait été écartée[3]. Pour évaluer la nécessité d'ordonner une telle mesure, déterminer la mesure adéquate ou apprécier les conditions du rétablissement de l'exécution provisoire, le juge chargé d'instruire une affaire complexe dont est saisie la Cour devrait parvenir, dans de brefs délais, à un bon niveau de compréhension des circonstances de l'espèce. Or il a été démontré que cela peut requérir la maîtrise d'outils dont le juge n'est pas nécessairement familier[4]. L'analyse est la même à propos de son pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction utile[5].

Enfin, le juge chargé de la mise en état doit, lorsqu'une audience des plaidoiries a lieu devant la formation de jugement[6], faire un rapport oral par lequel il expose « l'objet de la demande et les moyens des parties » et « précise les questions de fait et de droit soulevées par le litige »[7]. La préparation d'un tel rapport nécessite une bonne compréhension du litige et des circonstances qui l'entourent. La maîtrise de ces mêmes outils peut encore s'avérer nécessaire. Pour tous ces éléments, l'intervention d'économistes doit être rendue possible dès la phase d'instruction et de mise en état des affaires dont sera saisie la Cour de la concurrence.

---

[1] Au sein duquel l'instruction fait l'objet d'une règlementation précise. V. art. 780 à 797 CPC (instruction devant le juge de la mise en état du Tribunal judiciaire) et le renvoi opéré par l'art. 907 CPC applicable à l'appel.
[2] Art. 789, 4° CPC.
[3] Art. 514-4 CPC : « lorsque l'exécution provisoire de droit a été écartée en tout ou partie, son rétablissement ne peut être demandé, en cas d'appel, qu'au premier président ou, dès lors qu'il est saisi, au magistrat chargé de la mise en état et à condition qu'il y ait urgence, que ce rétablissement soit compatible avec la nature de l'affaire et qu'il ne risque pas d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». V. aussi l'art. 514-7 concernant l'exécution provisoire facultative.
[4] Il peut en être de même pour l'identification de pièces dont il a le pouvoir d'enjoindre la communication et/ou la production aux parties (v. art. 788 CPC : dans le procès civil, lorsqu'il est désigné, le juge de la mise en état « exerce tous les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production des pièces »). Une bonne compréhension des faits et une bonne maîtrise de ces outils peuvent ainsi s'avérer précieux, par ex., pour identifier les documents comptables, financiers ou contractuels permettant d'établir des faits ou de procéder à des évaluations nécessaires dans le cadre d'un test de qualification (sur les tests de qualification v. *supra*).
[5] Art. 789, 5° CPC. Sur ce plan il a été vu *supra*, au sujet de l'expertise, que l'organisation d'une mesure efficace commande que le juge soit en mesure d'identifier les difficultés sur lesquelles il entend être éclairé et de formuler des questions précises à destination du technicien ; ce qui peut requérir un degré minimum de maîtrise de l'analyse économique.
[6] Ce qui n'est plus nécessairement le cas en procédure civile, v. devant le Tribunal judiciaire art. 799 CPC et 212-5-1 COJ qui envisagent des procédures sans audience de plaidoiries. En outre, lorsque les avocats ne s'y opposent pas, cette audience peut avoir lieu devant ce seul juge de la mise en état (art. 805 CPC).
[7] V. art. 804 CPC.

769. Assister la formation de jugement. Le besoin de la formation de jugement d'être assistée d'économistes est plus flagrant encore. Nous avons consacré d'importants développements à la maîtrise des outils d'analyse économique que requièrent la mise en œuvre du droit de la concurrence et le traitement de son contentieux. Il serait redondant d'y revenir. L'office de la Cour de trancher les débats à l'occasion desquels les parties ont pu s'adjoindre les services d'économistes et l'important pouvoir de réformation dont il convient de la doter ne font que renforcer l'analyse.

Plus encore, c'est cette formation qui sera chargée de l'établissement d'une jurisprudence devant constituer le support de mise en œuvre des missions de pédagogie, d'unification et d'harmonisation confiées à la Cour[1]. De telles missions ne peuvent être efficacement menées qu'à l'appui de décisions soigneusement motivées et rédigées. Chaque fois qu'elle approuvera ou rejettera l'analyse économique produite par une partie – opérateur économique ou autorité administrative spécialisée – ou menée par une juridiction de premier ressort, la Cour ne pourra convenablement se contenter de renvoyer à celle produite par une autre partie ou un protagoniste qu'elle a requis pour l'éclairer (expert, *amicus curiae*, autorité spécialisée). Son office implique qu'elle développe les arguments, notamment méthodologiques, qui l'auront conduite au rejet ou à l'approbation car il ne serait pas satisfaisant que la finesse d'analyse et de traitement d'une affaire dépende des moyens qu'y ont investis les parties[2]. Dans les dossiers complexes, ce travail impliquera un maniement approfondi des outils d'analyse économique dont la Cour devra se saisir. Or elle ne pourra efficacement y parvenir qu'à condition que ses juges soient accompagnés d'économistes.

770. Assister le rapporteur public. À l'instar de ses homologues des juridictions administratives, le rapporteur public près la Cour de la concurrence devra intervenir, chaque fois que nécessaire, afin d'exposer à la formation de jugement « les questions que présente à juger chaque recours », de lui faire connaître son appréciation impartiale sur les faits de l'espèce et les règles applicables puis de livrer « son opinion sur la solution qu'appelle, suivant sa

[1] Sur ces fonctions et missions confiées à la Cour, v. *supra,* notre chapitre précédent.

[2] Ce qui est pourtant, en pratique, trop souvent le cas. V. l'analyse récente du professeur Amaro commentant un arrêt de la Cour d'appel de Paris se prononçant sur la réparation des conséquences d'une pratique illicite préalablement sanctionnée par l'Autorité de la concurrence (R. AMARO, note sous CA Paris, ch. 5-4, 24 novembre 2021, n° 20/04265, *L'actu-concurrence Hebdo,* n° 47/2021, 13 décembre 2021). « En l'absence d'expertise judiciaire, le niveau de précision d'une décision sur le préjudice dépendra étroitement de la pertinence des éléments matériels (factures, contrats etc.) et des analyses économiques que les parties seront en mesure de communiquer. *On peut le déplorer mais il est probable qu'à l'avenir la qualité de l'évaluation dépende beaucoup des enjeux financiers du litige et des moyens que les parties seront prêtes à déployer pour l'emporter* » (nous soulignons). Prenant acte des seules possibilités offertes par le droit positif, l'auteur vise l'expertise judiciaire. Nous en avons démontré les limites et pensons que l'intégration d'économistes au sein de la Cour offrira aux juges qui y siègent, de manière plus pérenne, les conditions pour mener à bien leur mission sur ce plan.

conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient »[1]. En somme, le rapporteur public a pour mission particulière de « stimuler la réflexion des juges »[2]. Pour ce faire, il « dresse un ultime état des lieux de l'objet du litige » puis propose « la solution qu'il estime devoir être retenue […] après avoir développé les raisons de droit et d'opportunité qui la fondent »[3]. Sauf à ce que l'objet du recours soit d'ordre strictement juridique, formel ou procédural, cette mission le conduit donc à se saisir et à appréhender le fond des affaires en vue de la rédaction de conclusions parfois assimilables à un projet de décision.

Alors, chaque fois que le traitement d'un recours nécessitera de mobiliser l'analyse économique, le rapporteur public devra s'en saisir pour mener à bien son office[4]. Sa fonction de représentation de l'intérêt général ne change rien sur ce plan : si la résolution des difficultés d'une affaire commande de procéder à des analyses complexes et, *a fortiori*, si l'analyse économique est au cœur des contestations des parties, le rapporteur public devra « éclairer » et « stimuler la réflexion » de la formation de jugement à leur égard. Cela requiert une parfaite maîtrise qui, ici encore, sera rendue possible par l'assistance d'économistes dont il convient désormais d'envisager les modalités.

2. Statut des économistes intégrés à la Cour de la concurrence

771. L'économiste assistant, l'économiste juge. Par principe, seuls les juges professionnels appelés à composer la Cour seront titulaires de la fonction juridictionnelle. L'économiste a vocation à endosser un rôle d'assistant chargé d'une partie du travail préparatoire mais *in fine* ce seront les juges, et eux seuls, qui rendront et signeront les actes relevant de leur office. L'économiste fera ainsi figure d'assistant spécialisé (a). Toutefois, il est des affaires dans lesquelles l'analyse économique est susceptible d'occuper une importance telle qu'il

[1] C'est la formule par laquelle le Conseil d'État a eu à décrire la fonction du rapporteur public (ancien commissaire du Gouvernement ; v. CE, 29 juillet 1998 *Esclatine,* n° 179635) avant qu'elle ne le soit, en droit positif, par l'art. L. 7 CJA qui dispose que le rapporteur public « expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent ».
[2] C. BROYELLE, *Contentieux administratif,* précité, n° 355. Le Conseil d'État introduit, lui, sa présentation du rôle du rapporteur public en indiquant qu'il « intervient pour éclairer la formation de jugement » (v. « Quel est le rôle du rapporteur public ? », consultable sur le site du Conseil d'État).
[3] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 346.
[4] Ce que confirme l'observation de la jurisprudence. La lecture des conclusions de certains rapporteurs publics sur des affaires de concurrence dont a été saisi le Conseil d'État confirme que la bonne conduite de leur mission impose de prendre position sur des analyses économiques approfondies, voire de proposer eux-mêmes de telles analyses. V. par ex. V. DAUMAS, concl. sur CE, ass., 21 décembre 2012 *Canal Plus,* n° 362347, 363542 et 363703 : M. Daumas consacre d'importants développements aux effets potentiels de l'opération en cause, à l'appréciation du caractère suffisant d'engagements proposés par les parties puis à l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité d'injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence (spéc. p. 21 et s.). Reste qu'il se contente, sur bien des éléments, de s'en remettre à l'analyse de cette dernière, parfois à l'appui de formules très prudentes (par ex. : « l'argumentation est sérieuse et peut faire hésiter »).

conviendra de permettre à l'économiste de participer pleinement à la fonction juridictionnelle. Devra alors être envisagée la figure de l'économiste-juge (b).

a. L'économiste, assistant spécialisé

772. Inscrire la Cour de la concurrence dans le projet d'entourer les magistrats d'une équipe. Des réflexions, propositions[1] et réformes récentes[2] ont engagé un mouvement général tendant à « recentrer le juge [principalement judiciaire] sur son cœur de métier »[3]. Cela impliquait de constituer autour de lui une équipe de protagonistes chargés de l'assister et/ou de le soulager de missions annexes. Pour ce faire, le législateur a d'abord peu à peu fait du greffier un véritable assistant du juge qui l'accompagne dans la mise en état des dossiers, les recherches juridiques, pendant les audiences et jusqu'à la rédaction de certains actes[4]. Puis lui ont été adjoints des « assistants temporaires »[5], d'abord par la création du statut d'assistant de justice[6] puis de celui de juriste assistant[7].

Toutes ces membres de l'équipe constituée autour du juge sont juristes : aux côtés des greffiers, les assistants de justice justifient, *a minima*, d'une formation de quatre années en droit et sont, en pratique, majoritairement des étudiants de Master 2, des doctorants ou des jeunes diplômés préparant le concours d'entrée à l'École de la magistrature. Les juristes assistants sont quant à

[1] V. S. GUINCHARD (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 2008 ; P. DELMAS-GOYON (dir.), *Le juge du 21e siècle », Un citoyen acteur, une équipe de justice,* La Documentation française, 2013 ; IHEJ, *La prudence et l'autorité. L'office du juge du XXIe siècle,* précité ; F. AGOSTINI, N. MOLFESSIS (réf.), *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, 2018.

[2] V. les lois et décrets cités au fur et à mesure des présents développements.

[3] L'expression est d'un usage répandu, elle est utilisée dans la communication même du ministère de la justice, v. T. ANDRIEU, « Loi du 23 mars 2019 : une réforme majeure de la procédure civile », 2 mai 2019, interview disponible sur le site du ministère de la Justice.

[4] V. spéc. décret n° 2015-1275 du 13 octobre 2015 *portant statut particulier des greffiers des services judiciaires*. Le mouvement a été jusqu'à l'expérimentation, dans certaines juridictions, de « greffier assistant du magistrat » et différents rapports ont suggéré que certaines fonctions du juge soient confiées au greffier (par ex. S. GUINCHARD (dir.), rapport précité, p. 173-180 : proposition de créer un statut de « greffier juridictionnel » auquel serait confié, notamment, l'injonction de payer et P. DELMAS-GOYON (dir.), rapport précité, proposition similaire de création d'un greffier juridictionnel auquel serait notamment confié le traitement du divorce par consentement mutuel, v. proposition 49 et plus largement p. 102 et s.). Les réserves exprimées par certains et le manque de personnel semblent avoir eu raison de ces projets. Reste que le greffier est un auxiliaire qui assiste le juge de la préparation de ses dossiers jusqu'à la rédaction des jugements (E. JEULAND, L. VEYRE, *Institutions juridictionnelle,* précité, n° 396-412 qui traitent également des fonctions d'authentification des actes et d'accueil des justiciables).

[5] Expression empruntée à E. JEULAND, L. VEYRE, ouvrage précité, n° 417.

[6] Loi n° 95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, spéc. art. 20 (pour les juridictions judiciaires) et loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la Justice* (pour les juridictions administratives).

[7] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle* puis décret n° 2017-1618 du 28 novembre 2017 (pour les juridictions judiciaires) et loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (pour les juridictions administratives).

eux soit docteurs en droit, soit des titulaires d'un Master 2 en droit justifiant d'une expérience professionnelle de deux années dans le domaine juridique[1].

La mission de ces assistants est décrite en des termes généraux par les textes[2], ce qui permet au juge d'adapter les tâches qu'il leur confie à ses besoins et aux profils dont il dispose. Jeunes diplômés, les assistants de justice se voient souvent confier des recherches juridiques, la rédaction de courriers, voire la préparation de projets de décision. Davantage experts dans un champ précis – du fait de leur expérience doctorale et/ou professionnelle – les assistants de justice peuvent se voir confier des tâches d'analyse plus poussées sur des dossiers techniques comportant des éléments d'une complexité particulière. Tous sont recrutés en qualité de contractuel pour une durée maximale de six ans[3], les premiers en temps partiel, les seconds en temps partiel ou complet.

Il convient d'inscrire la Cour de la concurrence dans cette dynamique de travail collectif. Ses juges – qu'ils soient chargés de l'instruction, du jugement du fond ou rapporteur public – doivent disposer des moyens de constituer une équipe autour d'eux dont certains membres seront recrutés en raison de leurs compétences et de leur expertise particulière en droit de la concurrence. En outre, il est nécessaire que des profils non-juristes viennent compléter l'équipe.

773. Recruter des assistants spécialisés près la Cour de la concurrence. Entourer les juges de la Cour de juristes spécialistes du droit de la concurrence constituerait un véritable apport mais ne suffirait pas à assurer qu'ils trouveront l'assistance suffisante sur le terrain technique du raisonnement et de l'analyse économiques[4]. Il faut pour ce faire leur adjoindre les services d'économistes spécialistes des champs dont la maîtrise est nécessaire à l'application du droit

[1] V. art. L. 123-4 et R. 123-30 COJ (juridictions judiciaires) et art. L. 228-1 CJA (juridictions administratives).
[2] Pour les assistants de justice : art. 1er du décret n° 96-513 du 7 juin 1996 *relatif aux assistants de justice* et art. R. 227-1 CJA qui prévoient qu'ils « apportent leur concours aux travaux préparatoires réalisés » par les magistrats. Pour les juristes assistants : l'art. R. 123-30 COJ dispose qu'ils contribuent « à l'analyse des dossiers techniques ou comportant des éléments de complexité qui leur sont soumis par les magistrats sous la direction desquels ils sont placés. Ils ne participent ni à la procédure ni aux audiences. Ils ne peuvent assister aux délibérés ». L'art. R. 122-33 CJA vise, lui, un « concours à l'analyse juridique des dossiers nécessitant une expertise particulière ». Un auteur a relevé le risque de confusion et d'empiètement entre ces missions (L. BELFANI, « La création des juristes assistants : entre utilité et questionnements », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2018, p. 10). En pratique, il est rare qu'un même juge soit entouré de ces différents protagonistes.
[3] Trois ans, renouvelable une fois pour les juristes assistants (art. L. 123-4 COJ et art. L. 228-1 CJA) ; deux ans, renouvelable deux fois pour les assistants de justice (loi du 8 février 1995 précitée, art 20 et art. L. 227-1 CJA).
[4] Car rares sont en effet les juristes qui parviennent à se faire économistes (v. *supra*). Comp. la proposition – à certains égards peu précise – de la sous-direction des affaires économiques et financières du ministère de la Justice de 1995 (Rapport public intitulé *Propositions pour améliorer la formation des magistrats en matière économique et financière*). « Proposition n° 12 : affectation d'assistants de justice auprès des formations spécialisées ».

de la concurrence et au traitement de son contentieux[1] ; à l'instar de ce qui est pratiqué au sein de l'Autorité de la concurrence[2] ou des juridictions européennes[3].

En droit interne, le statut d'assistant spécialisé[4] pourrait offrir un cadre propice à l'intégration d'économistes au sein des équipes chargées d'assister les juges de la Cour dans leurs différentes fonctions. Ces assistants sont des professionnels ayant acquis une spécialisation dans des domaines techniques[5] qu'ils décident de « mettre à la disposition de l'autorité judiciaire »[6]. Reste qu'ils ne sont, en droit positif, que des personnages du procès pénal[7] et plus précisément de l'instruction et de l'exercice des poursuites dans ce cadre. Si leur champ de compétence peut être celui de l'économie ou de la finance, ces assistants spécialisés ne sont recrutés qu'au sein de juridictions pénales pour assister les juges d'instruction ou du parquet.

Notre proposition consiste à ouvrir la possibilité pour les différents juges de la Cour de la concurrence de recruter des assistants spécialisés experts en économie. Les modalités de

---

[1] Par ex. l'économétrie, l'économie industrielle ou encore l'économie numérique.

[2] Parmi les services d'instruction, l'Autorité de la concurrence comporte deux services économiques : un service général et un service de l'économie numérique créé en janvier 2020. Chaque fois que l'instruction d'un dossier le requiert, des membres de ces services sont affectés au traitement d'une affaire à l'initiative du Rapporteur général.

[3] Au sein des juridictions de l'UE, chaque juge est entouré d'un cabinet composé, notamment, de référendaires qui l'aident dans son travail juridictionnel (à la CJUE, trois référendaires par juge et quatre par avocat général). Bien que ces derniers soient majoritairement juristes, il semble s'y trouver des profils variés, parmi lesquels des experts en économie. V. J. LOTARSKI, *Droit du contentieux de l'Union Européenne,* LGDJ, 5e éd., 2014, p. 31 ; M. WATHELET, J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen,* Larcier, 2010, p. 58 et C. LUCAS DE LEYSSAC, « Rapport de synthèse », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, LPA,* 2005, n° 14, p. 65. En droit interne, le statut de référendaire est réservé à des juges professionnels (par ex. les conseillers référendaires à la Cour de cassation sont des magistrats nommés pour dix ans à la Haute juridiction).

[4] Art. 706 CPP, ce texte, qui figure dans un titre relatif à la procédure applicable aux infractions en matière économique et financière :

-détermine les candidats éligibles (« fonctionnaires de catégories A ou B ainsi que les personnes titulaires, dans des matières définies par décret, d'un diplôme national sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années après le baccalauréat qui remplissent les conditions d'accès à la fonction publique et justifient d'une expérience professionnelle minimale de quatre années »), lesquels reçoivent une formation obligatoire ;

-fixe la mission de ces assistants (« participent aux procédures sous la responsabilité des magistrats sans pouvoir toutefois », sauf exceptions, « recevoir délégation de signature » et accomplissent les tâches qui leur sont confiées telles que : assister les juges d'instruction dans les actes d'information, assister les magistrats du parquet, remettre aux magistrats des documents de synthèse ou d'analyse qui peuvent être versés au dossier de la procédure…).

En pratique, ceux qui interviennent en matière économique et financière se voient notamment octroyer pour missions : le calcul du bénéfice retiré d'une infraction, l'analyse de mécanismes économiques et financiers d'une grande technicité mis en œuvre par les auteurs d'infractions, la préparation de synthèses et de notes techniques. V. *Observations de l'USM auprès de la mission d'inspection aux fins d'évaluation du dispositif des assistants spécialisés,* 3 octobre 2013, consultable sur le site de l'Union Syndicale des Magistrats, p. 2-3.

V. encore art. R. 50 bis et s. CPP qui fixent la durée du contrat des assistants (trois ans renouvelable) et les modalités de recrutement selon leur statut antérieur (détachement ou mise à disposition pour les fonctionnaires, agent contractuel avec période d'essai de trois mois pour les non-fonctionnaires).

[5] On retrouve notamment : des agents de la Banque de France, des inspecteurs des impôts, des agents de la DGCCRF, de l'ancienne COB et des douanes et des professionnels du secteur privé experts, notamment, dans les domaines de la comptabilité, de la finance et de la banque.

[6] USM, rapport précité, p. 4.

[7] A. GALLOIS, « Des personnages méconnus du procès pénal : les assistants spécialisés », *Procédures,* n° 12, décembre 2009, alerte 58.

recrutement et le statut de ces assistants seraient similaires à ceux de leurs homologues des juridictions pénales[1]. Afin d'assurer leur correcte répartition entre les différents services, certains devraient être recrutés pour assister les juges chargés de l'instruction et de la mise en état des affaires, d'autres pour rejoindre le service des rapporteurs publics et d'autres, enfin, pour accompagner les juges siégeant au sein des formations de jugement de la Cour[2]. Notons toutefois que l'attractivité de cette fonction peut souffrir, notamment pour les professionnels issus du secteur privé, du statut précaire qui résulte de sa durée limitée. Des réflexions doivent par conséquent être menées sur ce plan ; plusieurs pistes sont envisageables[3].

Sans se voir déléguer un quelconque pouvoir de juger, ces assistants experts de l'économie de la concurrence apporteraient aux juges de la Cour un soutien continu dont il résulterait un gain de temps et d'efficacité non négligeable. Il est toutefois des situations dans lesquelles l'analyse économique prend une importance telle dans l'opération de juger qu'il convient d'y faire participer l'économiste. C'est alors la figure de « l'économiste-juge » qui doit être envisagée.

b. L'économiste-juge

774. La participation de l'économiste au travail de motivation et de rédaction du jugement. Tous les recours dont a vocation à connaître la Cour ne réservent pas la même place aux développements et contestations relatifs à l'analyse économique et n'appellent pas le même degré d'expertise et d'engagement du juge sur ce plan. Même lorsque l'analyse économique s'invite au débat, voire en constitue le cœur, un certain nombre de difficultés peut être résolu par la mise en œuvre d'outils et méthodes consacrés[4] et/ou régulièrement mobilisés par le juge tels des tests de qualification[5]. Alors, lorsqu'il s'agira pour la Cour de veiller à la justesse méthodologique du raisonnement proposé par une partie, à la correcte délimitation d'un marché qui ne soulève pas – en raison de sa nouveauté ou de caractéristiques spécifiques– de difficulté

[1] Cette proposition rejoint l'une des préconisations du rapport établi par le Club des Juristes (G. CANIVET et F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence,* précité, spéc. n° 98 et propositions n° 13 et 16).
[2] Nous rejoignons ainsi M. Gallois qui invite à adjoindre les services d'assistants spécialisés aux magistrats des formations de jugement (A. GALLOIS, article précité).
[3] Le cadre de notre recherche se prête mal à une analyse exhaustive sur ce plan. Relevons toutefois que la proposition a été faite d'allonger à quatre ans la durée du contrat offert aux assistants spécialisés non issus de la fonction publique voire de leur proposer, à l'issue de cette période, un contrat à durée indéterminée (USM, rapport précité, p. 6). S'il n'est peut-être pas opportun de permettre à un assistant spécialisé de rester en fonction, au sein d'une même juridiction, sur une période trop longue, un allongement de la durée maximale du contrat peut constituer une première piste pour améliorer l'attractivité. Peut aussi être envisagé l'accès par des voies privilégiées à certains concours de la fonction publique au terme du contrat, voire le recrutement en CDI ou la titularisation dans un corps de l'administration avec une obligation de mobilité à la charge des agents.
[4] Notamment par le biais de lignes directrices publiées par les autorités nationales ou européenne ou de fiches telles que celles publiées par la Cour de Paris en matière de réparation du préjudice économique (v. *supra,* § I).
[5] Sur lesquels v. *supra,* § I de la présente section.

particulière ou encore à la prise en compte de l'ensemble des éléments pertinents dans l'opération d'évaluation d'un préjudice ; l'assistance d'économistes au stade du travail préparatoire et les outils offerts par le droit commun seront le plus souvent suffisants.

Mais la vie économique et le monde des affaires sont complexes et en constante évolution. Il en résulte que la Cour pourra être saisie de difficultés et questions relatives à l'analyse économique qui, du fait de leur importance, de leur complexité et/ou de leur nouveauté, commanderont qu'elle y consacre une attention et une motivation particulières. Les circonstances d'une affaire ou les évolutions qu'a connues un marché peuvent ainsi conduire à préciser ou adapter les modalités de mise en œuvre d'une méthode d'évaluation, d'un test de qualification, voire à intégrer au raisonnement des évolutions issues de travaux d'économistes. Les spécificités, évolutions ou la nouveauté d'un secteur – que l'on songe au secteur du numérique ou à celui des crypto-monnaies – peuvent conduire aux mêmes besoins d'adaptation, d'affinement voire de modification des méthodes traditionnelles.

En somme, il est des questions relatives à l'analyse économique qui, du fait de leur grande complexité, de leur importance singulière ou de leur nouveauté, justifieront que la Cour y consacre un intérêt et un traitement particuliers ; que les juges prennent à leur égard une position affirmée et présentée avec pédagogie et détails au moyen d'un jugement soigneusement motivé et rédigé. Dans de telles circonstances, il est opportun d'envisager l'intégration à la Cour d'économistes chargés d'accompagner la formation de jugement et de participer à ce travail méticuleux. Ce regain de qualité dans la motivation et la rédaction des décisions adoptées sur le terrain de l'analyse économique serait favorable au respect du principe du contradictoire et assurerait que la Cour soit en mesure de mener à bien les missions de pédagogie, d'harmonisation et de renforcement de la sécurité juridique qui lui échoient[1].

Cette participation de l'économiste à l'activité juridictionnelle ferait de lui un « économiste-juge », ce qui implique de consacrer quelques réflexions spécifiques au statut qu'il devrait endosser pour ce faire ainsi qu'aux modalités de son intégration à la Cour.

775. Intégration d'économistes-juges par le détachement et la nomination de conseillers en service extraordinaire. Bien qu'innovante, la proposition de permettre que des économistes

[1] Comp. A.-L. SIBONY, thèse précitée, n° 951-954, v. aussi n° 652 : prenant l'exemple de la notion de barrières à l'entrée, l'auteur avance que si le juge faire l'effort d'expliquer les raisons pour lesquelles il considère, dans chaque affaire où la question se pose, si tel ou tel coût constitue, ou non, une barrière à l'entrée sur un marché, il développe, sans s'enfermer dans une conception unique de la notion, une jurisprudence sur la base de laquelle la doctrine peut procéder à un travail de systématisation afin de « dégager la notion jurisprudentielle de barrières à l'entrée ». L'intégration d'économistes au sein de la formation de jugement favorise le développement d'une telle jurisprudence bénéfique au renforcement de la sécurité juridique des opérateurs.

soient intégrés à la formation de jugement de la Cour de la concurrence chaque fois que cela paraîtra nécessaire[1] n'est ni parfaitement isolée ni techniquement impraticable. En témoignent, sur le plan interne, le passage d'un professeur d'économie dans les rangs de la Cour de cassation en qualité de conseiller en service extraordinaire[2] et, sur le plan européen, l'exemple du *Competition Appeal Tribunal* britannique qui compte, en qualité de « membres ordinaires », des économistes issus de l'Administration, de l'université ou du privé, appelés à siéger au sein de cette juridiction spécialisée dont les compétences sont nombreuses[3/4].

Au regard des outils offerts par le droit positif, deux voies sont envisageables[5] pour recruter des spécialistes de l'économie[6] en qualité de juge : la nomination en qualité de conseiller en service extraordinaire au sein de la Cour de la concurrence[7] et le détachement judiciaire.

La première commanderait d'étendre le champ du statut de conseiller en service extraordinaire aujourd'hui réservé au recrutement à la Cour de cassation[8]. Elle présente l'intérêt de permettre le recrutement de tout professionnel, issu du public ou du privé et justifiant de vingt-cinq années d'exercice, dans des conditions qui assurent au candidat de retrouver, après cessation de ses

---

[1] Sur les formations de jugement de la Cour et les modalités de désignation d'économistes v. *infra,* chapitre suivant.
[2] F. JENNY, « Un économiste à la Cour », *Concurrences,* n° 1-2005, art. n° 12077 (interview réalisée par Nicolas Charbit). Frédéric Jenny, professeur d'économie, a été rapporteur de la Commission de la concurrence puis du Conseil de la concurrence avant d'en être nommé vice-président. De septembre 2004 à août 2012, il a été nommé conseiller en service extraordinaire à la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation. À notre connaissance, aucun économiste n'y a, depuis, plus jamais été nommé en cette qualité.
[3] V. la présentation proposée, en français, par C. BELLAMY, « Le juge contrôleur du régulateur », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* Dalloz et Presses de Sciences po, 2004, p. 174-178 et, plus récemment, T. PERROUD, thèse précitée, n° 1383-1407.
Sur le site de la juridiction (en anglais) sa composition est ainsi décrite : "Cases are heard before a Tribunal consisting of three members: either the President or a Chairman and two Ordinary Members. The Chairmen are certain judges of the High Court of England and Wales (and equivalent courts in Scotland and Northern Ireland) and other senior lawyers. The Ordinary Members have expertise in law, business, accountancy, economics and other related fields". Ainsi, sur une formation de trois juges, un seul est magistrat de profession, les autres (« ordinary members ») sont des professionnels, pour la plupart juristes, mais pour certains issus d'autres champs dont celui de l'économie. M. Perroud explique qu'on y retrouve notamment « les professeurs d'économie les plus distingués » (n° 1399), la liste des membres ordinaires consultable sur le site du CAT en témoigne.
[4] En résumé, la compétence de cette juridiction comprend le traitement des recours contre les actes des autorités de concurrence et de celles chargées d'une mission de régulation sectorielle, notamment dans les secteurs de l'énergie, des télécommunications et des transports. Elle couvre également les actions indemnitaires fondées sur le droit de la concurrence (*Competition act* de 1998 complété par le *Consumer Rights act* adopté en 2015).
[5] Nous nous en tiendrons à en présenter les grands traits. Elles mériteraient de plus amples approfondissements auxquels le cadre de cette thèse se prête mal.
[6] Il pourrait s'agir d'universitaires, de professionnels issus du privé (par ex. cabinets de conseil, grandes entreprises comportant un service économique) et de tout professionnel ayant été membre d'autorités spécialisées nationales ou européennes (par ex. Autorité de la concurrence, DGCCRF et ses démembrements territoriaux, Commission européenne, Cour des comptes), voire internationales (par ex. OCDE).
[7] Comp. la proposition faite de créer un corps de conseillers à la Cour d'appel de Paris en service extraordinaire *in* G. CANIVET, F. JENNY (dir.), rapport précité, p. 60 et s., proposition n° 15.
[8] V. art. 40-1 à 40-7 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature* (ajoutés par la loi n° 92-189 du 25 février 1992).

fonctions, sa situation professionnelle antérieure[1]. Leur nomination, pour une durée de cinq ans[2], devrait suivre les mêmes modalités que celle des juges professionnels de la Cour[3].

La seconde, celle du recrutement par la voie du détachement judiciaire, est plus commune[4]. Elle n'est toutefois envisageable que pour des experts de l'économie déjà fonctionnaires de certaines administrations et/ou appartenant à certains corps[5]. La nomination interviendrait, ici encore, pour une durée de cinq ans non renouvelable[6].

Dans l'un ou l'autre cas, les candidats devraient justifier d'une expertise particulière en économie de la concurrence et disposer de connaissances minimums en droit. Là se trouvent les critères essentiels sur la base desquels leur recrutement devrait intervenir. En outre, ayant vocation à siéger dans une juridiction aux pouvoirs importants, il est impératif de les astreindre à une formation obligatoire ainsi qu'à la réalisation d'un stage en juridiction préalablement à leur entrée en fonction. Cette formation initiale, à laquelle pourraient s'ajouter des obligations de formation continue, pourrait être assurée par l'École nationale de la magistrature et/ou par l'Institut national du service public. Sans nourrir l'illusion d'en faire de redoutables juristes, cela assurerait qu'ils disposent des fondamentaux nécessaires pour se faire juges, notamment sur le terrain des garanties du procès équitable et des grands principes du droit processuel.

776. Le choix de l'échevinage. Le mouvement d'économisation du droit de la concurrence rend indispensable la manipulation d'outils et méthodes complexes d'analyse économique par toute autorité chargée de faire application de cet arsenal législatif. Le plein exercice de son office par la Cour de la concurrence implique par conséquent qu'elle dispose d'une parfaite maîtrise desdits outils et méthodes dont le juge n'est pourtant pas toujours familier.

Ayant soutenu que l'espoir de faire du juge un économiste était un vœu pieux puis démontré que le recours au savoir de protagonistes extérieurs ne permettait pas toujours de satisfaire ce besoin ; l'intégration d'économistes au sein même de la Cour, bien qu'originale, est alors apparue comme la solution adéquate. Si la plupart de ces économistes ont vocation à compléter l'équipe d'assistants dont il convient d'entourer chaque juge de la Cour ; il est des affaires dans

[1] Il conviendrait alors de reprendre le dispositif des art. 40-5 et 40-6 de l'ordonnance précitée qui organisent le détachement des fonctionnaires recrutés comme conseillers en service extraordinaire et la suspension du contrat de travail des salariés recrutés pour cette fonction jusqu'au terme de celle-ci.
[2] Il est opportun de conserver la durée et l'impossibilité de renouvellement prévues par l'art. 40-2 précité.
[3] Sur lesquelles v. *infra,* section suivante.
[4] Et règlementée : v. art. 41 à 41-9 de l'ordonnance précitée (détachement au sein des juridictions judiciaires) et art. L. 233-5 CJA (au sein des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel).
[5] La liste, commune aux deux ordres, vise les membres de corps recrutés par la voie de l'ENA (ou appartenant à des corps et cadres d'emploi de même niveau) et les professeurs et maîtres de conférences des universités.
[6] Art. 41-5 ordonnance précitée.

lesquelles les interrogations relatives à l'analyse économique sont susceptibles de prendre une importance telle qu'il conviendra d'en faire siéger certains dans la formation de jugement pour participer à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Lui assurant d'être en mesure de pleinement exercer son office, l'économiste-juge permettra en outre à la Cour, dans les affaires qui le justifient, de renforcer la qualité et la motivation de ses décisions[1].

Les spécificités techniques du contentieux envisagé justifient, voire commandent, ce recours à un échevinage original. Ses spécificités juridiques appellent, elles, le recours au paritarisme.

Section 2 : Une juridiction paritaire

777. Démarche. Le choix du modèle de la juridiction paritaire[2] est motivé par le besoin que la Cour de la concurrence soit composée de juges appartenant aux deux ordres de juridictions. Sa justification devra être exposée avant que les modalités de sa mise en œuvre soient envisagées.

D'abord, nous nous attacherons à démontrer que le droit de la concurrence présente un caractère hybride qui remet en cause les fondements du dualisme juridictionnel et les justifications de son maintien en droit positif. Il en résulte que cette organisation est inadaptée au traitement du contentieux qui naît de son application (§ I).

Poursuivant l'entreprise de réorganisation, il nous faudra ensuite tirer les conséquences de cette démonstration en recherchant les modalités par lesquelles il peut être assuré que le contentieux étudié soit, au stade du recours, traité en dehors de ce cadre dual inapproprié. Un rapide tour d'horizon conduira à conclure que la voie de la réunion de juges judiciaires et administratifs au sein de la juridiction de recours est préférable à toute autre. Elle implique et justifie le recours au paritarisme auquel la Cour de la concurrence offre un cadre propice (§ II).

---

[1] Se poserait alors la question de savoir qui, du juge professionnel ou de l'économiste-juge, devrait « avoir le dernier mot » en cas de désaccords. Sur ce plan, le principe doit être celui du maintien du secret du délibéré qui gouverne le droit processuel français. Par ailleurs, les règles de composition des formations de jugement de la Cour que nous suggérons (v. *infra*) assurent que les juges professionnels seront toujours majoritaires. Il en résulte qu'en cas d'accord entre eux, leur point de vue l'emportera.

[2] Dans l'acception juridique, est partiaire tout « organisme […] dans lequel diverses catégories de personnes ayant des intérêts distincts (employeurs, employés ; fermiers, bailleurs) ont un nombre égal de représentants ». Au sens général, cet adjectif désigne « ce qui est divisé en parts égales ou composé à égalité d'éléments divers » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* précité, *v°* « paritaire »).
C'est l'acception juridique que nous retenons en premier lieu ; reste que la définition proposée est formulée en considération de l'existant. Or les magistrats judiciaires et administratifs n'ont à proprement parler pas « d'intérêts distincts ». Ils sont toutefois réputés défendre, à travers leur office, des intérêts différents (en simplifiant : d'ordre principalement privé pour le premier, l'intérêt général pour le second). Nous qualifions par conséquent la Cour de la concurrence de juridiction paritaire en ce qu'elle est composée de magistrats issus des deux ordres de juridictions. C'est d'ailleurs pour cette même raison qu'est ainsi qualifié le Tribunal des conflits (v. J.-L. GALLET, « La parité et le paritarisme au sein du Tribunal des conflits sont absolument essentiels », *AJDA,* 2013, p. 2116).

§ I – L'inadaptation du dualisme juridictionnel à l'hybridité du droit de la concurrence et de son contentieux

778. Objectif. Les présents développements tendent à démontrer que le droit et le contentieux de la concurrence présentent un caractère hybride[1] qui rend vaine toute tentative de classification et d'insertion dans le dualisme caractéristique de l'organisation juridictionnelle française. Pour ce faire, il conviendra en premier lieu de démontrer que l'hybridité de cette branche du droit économique rend inopérante la *summa divisio* au moyen de laquelle sont traditionnellement distingués le droit public et le droit privé et qui constitue la justification principale du maintien du dualisme juridictionnel en droit positif (A). En résulte une inévitable conséquence : faute de pouvoir convenablement inscrire le droit de la concurrence dans cette *summa divisio*, l'insertion du contentieux qui naît de son application dans l'organisation juridictionnelle duale dont elle constitue le fondement devient, elle aussi, impossible (B).

A. Caractère hybride du droit de la concurrence et inopérance de la *summa divisio* droit public/droit privé

779. Droit économique et perte de pertinence de la distinction droit privé/droit public. Les travaux consacrés à la délimitation du « droit économique » ou à l'étude de « l'économisation » du droit[2] ont souvent été l'occasion de dresser un constat commun : ce mouvement qui accorde une place toujours plus grande à l'économie et au raisonnement économique, tant dans l'élaboration des règles de droit que dans leur mise en œuvre, concerne de nombreux champs et fait fi de la *summa divisio* droit public/droit privé dont il réduit par conséquent l'intérêt.

Le constat est ainsi fait d'une « logique d'effacement de la vieille division droit public-droit privé » qui résulte de ce qu'étant « soumis tout entier à la surdétermination économique, l'ordre juridique se charge de valeurs communes irriguant pareillement chacune des deux composantes »[3]. La banalisation[4] du droit administratif et le recul de son caractère exorbitant[5]

---

[1] Que l'on s'intéresse à la définition retenue en biologie, en médecine ou dans le langage commun, l'hybridité sert à qualifier un objet dont la caractéristique principale est d'être composé d'éléments disparates d'espèces, voire de natures différentes (CNTRL, *v°* « hybridité »). Dans le propos qui suit, cette hybridité s'appréciera au regard de la distinction droit privé/droit public : sera donc qualifiée d'hybride une branche du droit (l'objet) dont la caractéristique est d'être composée d'éléments disparates de natures juridiques différentes : publique ou privée.

[2] Dont nous avons déjà proposé de nombreuses références dans notre section précédente. V. par ex. G. FARJAT, *Droit économique,* PUF, 1971 ; F.-C. JEANTET, « Aspects du droit économique », précité ; M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grands problèmes du droit économique. Introduction et documents,* PUF, 2005.

[3] J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008, p. 267.

[4] J.-B. AUBY, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *in Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992, p. 3.

[5] Sur laquelle v. F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s),* LGDJ, 2004.

trouvent dans ce droit économique un terrain de prédilection. « Le dépassement de la distinction public-privé prend le visage d'une progressive hybridation des ordres et régimes juridiques et des institutions, qui traduit une redistribution des pouvoirs »[1]. En somme, quelles que soient la qualité de son auteur ou les modalités de sa mise en œuvre, toute activité économique reste une activité économique ; le droit qui lui est applicable accorde une importance très secondaire à ces éléments car il se construit « en prenant ses qualifications directement de l'économie »[2].

En outre, l'origine souvent supranationale du droit économique accélère ce recul de l'intérêt de la *summa divisio.* Le droit interne y est largement inspiré, sinon directement issu de normes adoptées par des institutions qui n'accordent tout au plus qu'une place secondaire à la distinction public/privé. Que l'on songe au droit et aux institutions de l'Union Européenne[3].

« Droit économique par excellence »[4], directement issu ou largement inspiré de législations communautaires, le droit de la concurrence s'inscrit parfaitement dans ce constat d'un dépassement de la *summa divisio* droit public/droit privé. Il est à cet égard un « droit hybride » ou « mixte »[5] ; ce que confirme l'étude tant de son objet que de ses acteurs et sujets.

780. Objet et acteurs du droit de la concurrence : dominance publique, dimension privée accessoire. Historiquement, le droit de la concurrence a avant tout été conçu au service d'une politique publique : la politique de la concurrence. Il a pour objet d'encadrer le comportement des opérateurs économiques afin de protéger le processus concurrentiel – d'assurer le maintien d'une « libre concurrence » – réputé être « le moyen le plus efficace d'allouer les ressources au profit de la société »[6]. Pour œuvrer à la protection de cet ordre public économique, il pose des interdits assortis de sanctions et soumet la réalisation de certaines opérations à un contrôle préventif en en subordonnant la légalité à l'obtention d'autorisations administratives. Ces

---

[1] K. SONTAG, E. YAMDJIE, « La distinction public-privé en droit économique », *in Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général. Hommage à Laurence Boy,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016, p. 79.
[2] M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, ouvrage précité, p. 47. V. aussi K. SONTAG, E. YAMDJIE, article précité, p. 70-71, qui expliquent que « les lois de l'économie n'accordent pas la même importance à l'origine ou à la destination des biens que le droit, lequel les inscrit dans un ensemble de valeurs composites et parfois contradictoires, mais qui ne se limitent pas aux seules considérations pécuniaires. En revanche, d'un point de vue économique, que ces biens soient publics ou privés, ce sont les flux qu'ils dégagent qui importent. L'État est tout au plus un acteur comme les autres, dès lors qu'il achète ou qu'il vend ».
[3] Dont les juridictions internes suivent la logique. V. TC, 17 octobre 2011 *SCEA du Chéneau et autres,* n° 3828, qui juge que, s'agissant du droit communautaire, le juge judiciaire est tenu d'en faire application et d'écarter tout acte qui lui serait contraire, quand bien même il s'agirait d'un acte administratif. Dans une telle hypothèse, le juge judiciaire se prononce incidemment sur la conventionnalité d'un acte administratif et ce, « sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle ».
[4] C. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », précité.
[5] J.-J. ISRAËL, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *in Mélanges R. Chapus,* 1992, p. 315 et s., spéc. p. 316 qui avant que « le droit de la concurrence reste un droit mixte, public et privé ».
[6] L. IDOT, « La distinction droit public – droit privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence ? », *Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71638.

missions de contrôle et de répression des comportements illicites sont naturellement confiées à des autorités publiques : administratives pour la plupart, judiciaires pour les autres[1]. En ce sens, l'objet du droit de la concurrence – la protection de l'ordre public économique – et les principaux acteurs de sa mise en œuvre – autorités administratives, indépendantes ou gouvernementales – présentent une « dimension publique prédominante »[2].

Reste qu'au côté de cette dimension publique, le droit de la concurrence a toujours comporté un volet privé – le *private enforcement* – dont nous avons vu que les autorités européennes et nationales encouragent avec vigueur le développement. Il ne s'agit alors plus, dans un rapport strictement vertical, d'imposer des sujétions aux opérateurs. L'objet est ici le traitement du contentieux civil qui naît entre deux opérateurs en raison de l'inobservation des règles de concurrence que l'un impute à l'autre en vue d'obtenir réparation de son préjudice et/ou la rupture du contrat qui les liait. Bien que participant aussi à la préservation de l'ordre public économique, ce contentieux n'est pas confié aux autorités administratives. Il relève de la compétence de juridictions civiles (spécialisées) et administratives (de droit commun). En outre, même dans cette dimension « privée » du droit de la concurrence, l'on a vu se développer un « *private enforcement* administratif » ; objet et contentieux hybrides s'il en est.

L'on perçoit ainsi que l'objet du droit de la concurrence et les acteurs de sa mise en œuvre sont scindés sur la base de distinctions autres que la *summa divisio* droit public-droit privé. Cette distinction « est inopérante en droit de la concurrence »[3]. En lieu et place, il « lui en substitue une autre qui la dépasse : c'est la distinction entre les autorités spécialisées qui appliquent les règles dans l'intérêt général […] et les juges de droit commun, qui tirent les conséquences dites "civiles" de la violation éventuelle des règles de concurrence »[4].

781. Sujets du droit de la concurrence : indifférence de la nature publique ou privée de l'entité en cause. Cette *summa divisio* n'est guère plus opérante lorsqu'on s'intéresse aux sujets du droit de la concurrence. De nouveau, et bien que « la perspective s'inverse »[5] – en ce sens que ce sont les entreprises privées qui ont historiquement été envisagées comme sujets

[1] Sur cela v. le Titre I de la Partie I de cette thèse.
[2] L. IDOT, article précité. Sur tout cela v. aussi les quelques rappels *supra,* n° 20 et n° 27.
[3] L. IDOT, article précité. Il est donc vain de tenter de rattacher le droit de la concurrence à l'une ou l'autre de ces branches. À ce sujet, « la controverse est artificielle » (A.-L. SIBONY -, thèse précitée, version dactyl. n° 623) ; ce dont ont déjà convenu d'autres auteurs, v. par ex. D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence,* thèse précitée : l'auteur indique que « les règles de concurrence ne peuvent s'insérer dans cette classification dichotomique » (p. 30) et, plus loin, que « l'emprise matérielle du droit de la concurrence transcende la distinction entre droit public et droit privé », elle lui est « indifférente » (p. 69) et la « déjoue » même (p. 81).
[4] L. IDOT, article précité, n° 14.
[5] *Ibid,* n° 15.

principaux du droit de la concurrence – tant les opérateurs privés que les personnes publiques ont vocation à être soumis au droit de la concurrence, sans que leur nature ne constitue un critère de distinction utile[1]. Dès l'aube du XXe siècle, Mesdames Frison-Roche et Payet écrivaient que « le droit de la concurrence s'accroche à des objets, des biens et des activités bien plus qu'à des personnes juridiques » ; ce dont il résulte que « la nature publique ou privée d'une entreprise lui est relativement indifférente » et, plus largement, qu'il n'accorde pas d'importance particulière « à la nature des personnes juridiques en cause »[2].

La distinction opérante est encore à chercher ailleurs. Tant en droit interne qu'européen, le sujet premier du droit de la concurrence est l'entreprise qui est définie, indépendamment de son statut ou de son mode de financement, comme une entité exerçant une activité économique[3]. C'est là le critère déterminant pour emporter la pleine application du droit de la concurrence : « dès lors que l'activité exercée aurait pu l'être par une entité privée qualifiée d'entreprise » alors il s'agit d'une activité économique soumise au droit de la concurrence, quand bien même elle serait le fait d'une entité publique[4]. Ça n'est que dans le cas contraire, si l'entité en cause exerce une activité à l'occasion de laquelle elle met en œuvre des prorogatives de puissance publique, que son activité est non économique et, par voie de conséquence, non pleinement soumise au droit de la concurrence. La distinction opportune serait ainsi celle qui oppose « État opérateur » – pleinement soumis au droit de la concurrence – et « État régulateur » – qui, bien que non directement soumis au droit de la concurrence, ne peut totalement l'ignorer[5].

En effet, même dans cette dernière hypothèse – lorsque l'État se fait régulateur, qu'il exerce sa puissance publique et met en œuvre les prérogatives qu'elle lui confère – le droit de la

[1] Nous nous en tiendrons ici au rappel des seuls éléments nécessaires à la démonstration de l'inopérance de la *summa divisio*. Nous renvoyons pour le surplus aux développements déjà consacrés aux modalités d'application du droit de la concurrence aux personnes publiques (v. *supra*, n° 129 et s.).

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence,* 2006, n° 19. Le constat a été fait, plus largement, à propos du droit de la régulation : B. STIRN, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *AJDA,* 1990, p. 591.

[3] Art. 106 TFUE et art. L. 410-1 C. com. V. sur le sujet E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE,* n° 2009/3, p. 353 ; L. ARCELIN, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.,* 2018, p. 575 ; E. CLAUDEL, « Autonomie du droit de la concurrence – Autonomie et notion d'entreprise », *CCC,* n° 6, juin 2020, dossier 7.

[4] A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, G. GODIVEAU, « La reconfiguration des rapports entre sphères publique et privée. L'entreprise, interface des rapports entre l'Union Européenne et les États membres : le droit antitrust », *Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71640, qui citent TPIUE, 16 juillet 2014 *Zweckverband Tierköperbeseitigung,* aff. T-309/12V. V. aussi D. KATZ, thèse précitée, p. 35 qui affirme que « le droit de la concurrence ne concède *a priori* aucune faveur à l'administration, dès lors qu'elle intervient dans le monde de l'économie ou que son intervention perturbe la compétition entre les opérateurs économiques. Cette égalité de traitement est la condition nécessaire à l'existence d'un régime de concurrence non faussée ».

[5] C'est la distinction proposée par L. IDOT, article précité, spéc. n° 20.

concurrence lui reste « opposable »[1]. Les actes adoptés par l'administration ne doivent pas faire obstacle à son observation, notamment en créant une situation anticoncurrentielle[2]. Le droit de la concurrence est ainsi pleinement intégré au bloc de légalité administrative.

À travers cette rencontre entre l'activité de puissance publique exercée par une personne publique et le droit de la concurrence, dont le destinataire principal est l'entreprise exerçant une activité économique, on perçoit une nouvelle manifestation de l'hybridité de la matière – certains y ont décelé un « droit public de la concurrence »[3] – et de l'inadaptation de la *summa divisio* droit public/droit privé pour l'appréhender. On conviendra avec d'autres que « le droit de la concurrence contribue fortement, par ce double effet d'une source supra-nationale et par l'indifférence à la nature des personnes juridiques en cause, à ébranler la structure fondamentale du droit français »[4]. En résulte une impossibilité d'insérer convenablement le traitement du contentieux qui naît de son application dans le cadre offert par le dualisme juridictionnel.

B. L'impossible insertion du contentieux de la concurrence dans le dualisme juridictionnel

782. Dualisme juridique et dualisme juridictionnel : un rapport d'interdépendance. Sans qu'il soit utile de revenir en détail sur les fondements et justifications du dualisme juridictionnel ou des contestations et remises en cause dont il fait l'objet, rappelons qu'il existe entre celui-ci et la *summa divisio* droit public/droit privé – le « dualisme juridique » – un « rapport d'interdépendance »[5]. En somme, le maintien du dualisme juridictionnel ne serait justifié qu'autant que demeure une franche distinction entre le droit privé et le droit public ; l'exorbitance et les spécificités de ce dernier justifiant qu'il soit mis en œuvre sous le contrôle d'un juge spécialisé, fin connaisseur de l'administration et dans un cadre procédural adapté[6]. Par conséquent, toute illustration de l'érosion de la distinction droit public/droit privé ferait non seulement perdre de sa légitimité au maintien de cette organisation juridictionnelle duale mais exacerberait en outre les difficultés dont elle est la source. Faute de pouvoir mobiliser

[1] CE, sect., 3 novembre 1997 *Société Million et Marais,* n° 169907. V. l'étude de A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence,* LGDJ, 2009 (spéc. p. 46-52), celle plus récente d'E. SAILLANT-MARAGHNI, « La redéfinition des contours de l'État administratif. La puissance publique », *Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71642 et nos développements *supra*, n° 132 et s.
[2] La solution vaut pour le droit européen, v. l'arrêt fondateur CJCE, 16 novembre 1977 *Inno c/ ATAB,* aff. 13/77.
[3] Les références sont nombreuses et nous en avons d'ores et déjà proposé un grand nombre. V., parmi les écrits fondateurs, les contributions de M. Bazex et de Mme Nicinski, spéc. M. BAZEX, « Le droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 781 et S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence,* LGDJ, 2005.
[4] M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, ouvrage précité, n° 19.
[5] P. SERRE, *La dualité juridictionnelle à l'épreuve de l'érosion de la distinction entre le droit public et le droit privé*, thèse Université Aix-Marseille, 2016, spéc. n° 23.
[6] Sur tout cela v. *supra*, n° 19.

efficacement les catégories du dualisme juridique, la recherche de critères stables d'octroi de la compétence aux juridictions d'un ordre ou de l'autre est vouée à l'échec[1].

783. Inadaptabilité des critères traditionnels de répartition des compétences. En droit positif, le dualisme juridictionnel est donc fondé et fonctionne pour l'essentiel sur la base du dualisme juridique. Il en résulte que les critères de répartition des compétences entre les juridictions des deux ordres reposent essentiellement sur cette distinction fondamentale. Si le principe en vertu duquel « la compétence suit le fond » est trop réducteur pour être satisfaisant[2], les critères adoptés par le Tribunal des conflits tendent, chaque fois que faire se peut, à déceler l'existence d'un rapport de droit privé ou de droit public en vue d'identifier le juge auquel il convient de confier compétence[3]. Or, les limites d'une telle démarche se laissent facilement pressentir, de surcroît lorsqu'on entend l'appliquer au contentieux qui naît de la mise en œuvre d'un droit couramment mobilisé pour illustrer le dépassement des dualismes juridique et juridictionnel et l'émergence de matières hybrides qui ne peuvent convenablement s'y insérer[4]. Ce recours à des outils et méthodes inadaptés était condamné à l'insuccès. Il n'est dès lors pas étonnant que le droit de la concurrence soit trop souvent « à la recherche de ses juges »[5].

En outre, des auteurs ont relevé « l'équivoque » sur la base de laquelle le Tribunal des conflits a amorcé le transfert d'une part de compétence aux juridictions administratives pour faire application de ce droit[6]. Dans l'affaire « ville de Pamiers »[7], la loi[8] laissait peu de place au doute

---

[1] P. SERRE, thèse précitée. V. aussi J.-B. AUBY, « Dualité juridictionnelle et dualisme juridique », *in Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique*, Economica, 1991, p. 105. V. encore : B. BONNET, P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, 2011 (actes d'un colloque organisé à l'Université de Saint-Étienne en octobre 2009) et B. BARRAUD, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *RRJ*, 2014, p. 1101.

[2] V. l'analyse renouvelée proposée par R. SOUCHE, *Les critères de répartition des compétences contentieuses dans la jurisprudence du Tribunal des conflits,* thèse Montpellier, 2017 (spéc. Titre I de la Partie I) et, déjà, la remise en cause de J.-F. LACHAUME, « La compétence suit la notion », *AJDA,* 2002, p. 77.

[3] C'est la démonstration de R. SOUCHE, thèse précitée, Première partie – Titre I. L'auteur explique que, par-delà leur diversité, les critères de compétence adoptés par le Tribunal des conflits tendent tous à une même fin : déterminer le type de rapport juridique en cause – qui peut être de droit privé ou de droit public – qui est le « détonateur de compétence » sur la base duquel le Tribunal tranche les recours dont il est saisi.

[4] De nombreuses contributions tendant à interroger la pertinence des dualismes juridique et juridictionnel, voire à combattre le principe de leur maintien se réfèrent au droit et au contentieux de la concurrence pour illustrer le propos tenu et/ou les positions défendues. V. par ex. M. BAZEX, « L'implosion du dualisme juridictionnel », *Pouvoirs,* n° 46, septembre 1988, p. 35 ; M.-A. FRISON-ROCHE, R. DRAGO, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *in Le privé et le public, APD,* t. 41, 1997, p. 135 ; P. SERRE, thèse précitée, spéc. p. 74 et s. ; P. METTOUX, « Libres propos sur la suppression du dualisme juridictionnel », *Les cahiers Portalis,* 2020/1 (n° 7), p. 139.

[5] G. ECKERT, « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », *AJDA,* 2009, p. 1490.

[6] Y. GAUDEMET, « Conflit de compétence et droit de la concurrence : sur une équivoque », *in Mélanges R. Perrot,* 1997, p. 121.

[7] TC, 6 juin 1989 *Ville de Pamiers*, n° 02578.

[8] Il s'agissait de loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 *transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire*.

en ce qu'elle « attribuait au Conseil de la concurrence la connaissance entière du droit de la concurrence »[1] ; ce qui aurait dû conduire au rejet de la saisine du juge répartiteur[2]. Pourtant, ce dernier a confirmé l'arrêté de conflit du préfet contestant la décision par laquelle la Cour d'appel de Paris s'était déclarée compétente pour statuer sur le recours exercé contre une décision du Conseil de la concurrence statuant sur le caractère anticoncurrentiel d'un acte de dévolution d'un service public. Grâce à la voix prépondérante du conseiller d'État qui assurait alors sa présidence, le Tribunal conclut, par cet arrêt fondateur, à la compétence du juge administratif pour faire application des dispositions de l'Ordonnance de 1986 aux actes de l'administration ne constituant pas des activités économiques. La politique de reconquête menée par les juridictions administratives[3] aurait ainsi été menée au prix de l'inobservation de principes établis[4] et a conduit au développement d'une jurisprudence dont il est permis de douter de la conformité à l'esprit de l'Ordonnance consacrant le droit moderne de la concurrence[5]. Dans ces conditions, les principes de répartition peu à peu établis depuis cette période ne pouvaient qu'être fragiles. S'ils offrent une apparence de pérennité et de permanence, nombreux sont les exemples qui rappellent leur précarité intrinsèque[6].

Un constat peut alors être dressé : l'inopérance de la *summa divisio* droit public/droit privé pour appréhender le droit de la concurrence resurgit sur l'appréhension de son contentieux. En effet, puisque les critères de répartition du contentieux qui naît de l'application de ce droit ont été arrêtés sur la base d'un dualisme juridique dans lequel il est vain de vouloir le classer, les solutions sont nécessairement discutables, changeantes et, bien que pour certaines relativement stables, fragiles[7]. Elles sont en tout état de cause parfaitement indifférentes à la logique et à

---

[1] L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 373.

[2] Y. GAUDEMET, article précité, p. 125 et s., spéc. n° 10-17. V. *contra* : J.-J. ISRAËL, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », précité, spéc. p. 320-325.

[3] Sur laquelle v. *supra*, n°129 et s.

[4] Ce dont conviennent même les auteurs favorables à la solution de la décision « ville de Pamiers ». V. J.-J. MENURET, *Le contentieux du Conseil de la concurrence,* précité, qui approuve cette décision en ce qu'elle serait une juste application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (n° 69) convient néanmoins que « le critère de l'incompétence du Conseil de la concurrence demeure toujours un critère obscur, sibyllin et donc incertain » (n° 70).

[5] Comp. M. BAZEX, « Répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence et le juge administratif », note sous TC, 18 octobre 1999 *ADP,* n° 3174, *AJDA,* 1999, p. 1029. Le propos qui vient d'être tenu à propos de la décision « Ville de Pamiers » serait transposable à la décision « Aéroport de Paris » ; c'est d'ailleurs une perspective similaire qu'adopte M. Bazex dans sa note. Le texte en question serait, cette fois, la loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public,* ayant modifié l'art. 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, aujourd'hui codifié à l'art. L. 410-1 C. com.

[6] V. le Titre I de la Partie I de cette thèse.

[7] Commentant, notamment, la décision « Ville de Pamiers », des auteurs affirment que l'application des critères traditionnels de répartition des compétences entre les juridictions des deux ordres (notamment celui reposant sur la distinction entre « organisation » et « fonctionnement » du service public) conduit à un éclatement contentieux qui n'est pas en harmonie avec le souhait du législateur qui était d'organiser une vision globale et unitaire du droit de la concurrence et de son contentieux. V. J.-Y. CHÉROT, « La soumission d'actes de droit public au droit de la

l'analyse économiques qui gouvernent le droit de la concurrence et l'activité des autorités de concurrence[1]. Comme le relève M. Zevounou, rejoignant le constat fait par d'autres, « loin de régler le conflit potentiel entre les deux ordres de juridictions, le Tribunal des conflits est, au mieux parvenu à le stabiliser, non à le résoudre »[2]. Le conflit pourrait ainsi n'être que temporairement au repos et demeurer latent ; ce dont il ne faut se satisfaire.

784. De la nécessité de sortir du cadre dual pour réunifier le contentieux de la concurrence. Nul besoin de revenir sur les conséquences néfastes qu'emporte l'éclatement du contentieux de la concurrence entre les juridictions des deux ordres. Les présents développements ont permis de démontrer qu'en lui-même, le projet d'insérer convenablement le droit et le contentieux de la concurrence dans les catégories offertes par les dualismes juridique et juridictionnel était voué à l'échec. Si, en l'état du droit positif, la volonté d'unifier le contentieux de la concurrence ne peut par conséquent constituer bien davantage qu'un mythe[3], cette unification n'en demeure pas moins nécessaire pour des raisons que nous avons longuement exposées. Ces constats faits, l'heure est maintenant aux propositions.

Notre proposition consiste à rétablir l'unité au stade où elle semble le plus opportun : celui du contrôle juridictionnel des actes adoptés par les différentes autorités nationales de concurrence. Pour ce faire, puisque le droit de la concurrence et son contentieux contiennent à la fois des éléments qu'une analyse traditionnelle conduirait à classer dans le droit privé et d'autres qu'une telle analyse conduirait à rattacher au droit public, le projet de réunification doit s'accommoder de cela. Il s'agit alors de concevoir un cadre permettant un traitement unifié de ces différentes considérations ; ce qui implique la réunion, par la voie du paritarisme, de juges judiciaires et administratifs dans une juridiction conçue en dehors, ou par-delà le cadre dual qui structure le droit positif[4]. La Cour de la concurrence pourrait le permettre. Approfondissons.

---

concurrence n'est pas contraire à la Constitution », *D.,* 1991, p. 163 ; G. MATHIEU, « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques », *D.,* 1995, p. 27 ; J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 85 (qui mentionne le débat mais tient un propos plus favorable à cette répartition des compétences).

[1] V. encore J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 88-89 et G. MATHIEU, article précité, p. 27.

[2] L. ZEVOUNOU, thèse précitée, n° 375.

[3] D. TRUCHET, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », précité.

[4] À défaut, la proposition risque de connaître le même sort qu'un amendement déposé dans le cadre des débats relatifs au projet de loi « nouvelles régulations économiques » et tendant à confier compétence au Conseil de la concurrence pour connaître de « l'ensemble des pratiques mises en œuvre par des collectivités ou des entreprises publiques ou privées, y compris lorsqu'elles revêtent la forme d'un acte ou d'un contrat administratif dont le contentieux de l'appréciation de légalité relève de la juridiction administrative ». Cet amendement (n° 122) avait été adopté en commission de la production et des échanges (v. le rapport rédigé par J.-Y. LE DEAUT au nom de cette commission le 4 avril 2000) mais ne figure finalement pas dans la version définitive adoptée. Des auteurs ont plaidé pour l'adoption d'un tel principe (M. BAZEX, note précitée), d'autres ont critiqué l'amendement (v. P. TERNEYRE, « La compétence du juge administratif », *AJDA,* 2000, p. 702), d'autres enfin ont avancé que le maintien de la jurisprudence « Aéroports de Paris », qu'il avait pour objet de renverser, était préférable

§ II – Le dépassement du dualisme juridictionnel par le recours au paritarisme

785. Une proposition inscrite dans le champ de l'étude : l'unification au stade du recours. Pour organiser un traitement réunifié du contentieux de la concurrence, plusieurs pistes sont envisageables. Nous écarterons celle consistant à créer un unique organe de premier ressort qui aurait la charge d'assurer la mise en œuvre de l'ensemble des pans du droit de la concurrence. D'abord car elle emporterait une remise en cause radicale des choix et équilibres institutionnels décidés, depuis la fin des années 1980, par le législateur et qui ont, à bien des égards, fait preuve de leur efficacité[1]. Ensuite car notre recherche porte sur le contrôle des actes des autorités de concurrence et sur les recours juridictionnels dont ils font l'objet. C'est à ce niveau que nous avons fait la démonstration de l'opportunité d'une réorganisation devant notamment poursuivre cet objectif ; c'est donc à ce seul niveau que des pistes de réunification seront explorées.

786. Le choix de la mesure : la mise à l'écart du renoncement général au dualisme juridictionnel. Une solution radicale consisterait en une remise en cause générale du dualisme juridictionnel, soit par la suppression des juridictions administratives[2], soit par l'absorption de celles-ci au sein d'un ordre juridictionnel unique[3]. Il serait toutefois disproportionné et inopportun de s'engager dans une telle voie.

Disproportionné d'abord car suggérer une réforme générale du paysage juridictionnel interne imposerait d'alimenter encore un « objet doctrinal saturé »[4] et d'engager une réflexion dépassant largement notre objet d'étude et l'objectif poursuivi d'améliorer les modalités de contrôle juridictionnel des actes adoptés par les autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

(J.-J. MENURET, thèse précitée, n° 97). L'on voit bien qu'à défaut de sortir du cadre du dualisme juridictionnel, aucune proposition ne saurait pleinement satisfaire.

[1] Sans que cette remarque ne vaille pleine approbation de l'ensemble des choix faits par le législateur. V. les réserves émises au cours de ce travail, notamment au sujet des pouvoirs répressifs confiés au pôle gouvernemental.

[2] Cette solution conduirait à confier au juge judiciaire l'ensemble du contentieux administratif. Elle est parfois suggérée par les tenants de la thèse de la disparition de l'exorbitance du droit administratif ou par ceux qui militent contre le maintien du privilège de juridiction que constituerait l'existence d'un ordre de juridictions administratives (v. par ex. L. COHEN-TANUGI, « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs,* 1988, n° 46, p. 13).

[3] Il s'agirait alors de conserver des juridictions administratives spécialisées mais celles-ci seraient intégrées à un ordre unique, *a priori* l'ordre judiciaire car lorsque le maintien du dualisme juridictionnel est débattu, la question posée est celle du maintien d'un ordre de juridictions administratives autonomes. La disparition des juridictions judiciaires n'est jamais envisagée. V. C. BROYELLE, « La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire », *RDA*, n° 18, mai 2019, p. 52 : « C'est toujours en ces termes, du reste, que la question est formulée ; s'interroger sur la pérennité du dualisme juridictionnel revient à se demander si l'ordre juridictionnel administratif doit être conservé. L'idée sous-jacente est celle selon laquelle le juge administratif serait une anomalie, un appendice juridictionnel, qui dérogerait au droit commun d'une justice rendue par le juge judiciaire ».

[4] J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 217.

Inopportun ensuite car cette voie pourrait ne pas offrir pleine satisfaction. Il a été vu que, par-delà les difficultés liées au dualisme juridictionnel, les spécificités du droit et du contentieux de la concurrence sont telles qu'elles commandent l'instauration, au stade du recours, d'un cadre procédural qui leur soit adapté. Or cette solution ne serait pas d'un apport véritable sur ce plan.

Il est dès lors plus pertinent de s'en tenir, au moins dans un premier temps[1], à une réflexion focalisée sur ce seul droit de la concurrence et sur le traitement de son contentieux.

787. Plan. Le champ de réflexion ainsi délimité, l'unification au stade du recours juridictionnel peut encore emprunter plusieurs voies. Un rapide tour d'horizon conduira au constat que la plus prometteuse est celle consistant en un dépassement du dualisme juridictionnel par la réunion, au sein d'une juridiction de recours unique, de juges issus des deux ordres juridictionnels (A). Ce paritarisme original, auquel la Cour de la concurrence dont nous proposons l'instauration offre un cadre propice, est susceptible de faire naître quelques difficultés et interrogations qui commandent que l'on en expose les principales modalités de mise en œuvre (B).

A. Le choix de réunir juges administratifs et judiciaires

788. Démarche. Le dépassement du dualisme juridictionnel pour traiter des recours exercés contre les actes des autorités nationales de concurrence peut prendre plusieurs formes et emprunter plusieurs voies. La plus radicale, que nous venons d'exclure, est celle d'une remise en cause générale de ce dualisme. La plus commode consiste en une forme de contournement de cette organisation par l'unification du contentieux envisagé au sein de l'un des deux ordres. Son caractère illusoire nous conduira à rapidement l'écarter (1). Il nous faudra par conséquent envisager une voie médiane, plus prudente mais non moins innovante, que rend réalisable notre proposition d'instaurer une juridiction unique, compétente pour connaître de l'ensemble des recours à l'étude. Il s'agit d'organiser ce dépassement du dualisme juridictionnel par la réunion, au sein de la Cour de la concurrence, de juges administratifs et judiciaires (2).

[1] La solution proposée, qui consiste en un dépassement du dualisme juridictionnel, pourrait toutefois permettre de nourrir la réflexion et les débats relatifs au maintien de cette organisation duale. Le contentieux de la concurrence, branche du contentieux de la régulation économique, ferait alors, une nouvelle fois, figure de « laboratoire » (v. M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 72, qui présente, dans son introduction, la « fonction-rôle » du contentieux de la régulation économique comme « celle de laboratoire qui peut bénéficier à l'ensemble du contentieux ». V. déjà J.-M. SAUVÉ, « Justice administrative et autorités de régulation », intervention au Colloque de l'EFB-Dalloz du 9 avril 2008, consultable sur le site du Conseil d'État et G. CANIVET, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », *in Mélanges P. Drai,* 2000, qui explique que certains aspects du contentieux de la régulation « inspire[nt] désormais les réformes de la procédure civile »).

1. Une voie commode illusoire : la réunion du contentieux au sein d'un ordre unique

789. L'insoluble question de la désignation de l'ordre compétent. La solution la plus commode pour organiser la réunification du contentieux de la concurrence au stade du recours serait de l'envisager au regard de l'existant. Elle consisterait alors à désigner une ou plusieurs juridictions appartenant à l'un seul des deux ordres juridictionnels pour connaître de l'ensemble des recours envisagés. L'idée est séduisante car elle nécessiterait de moindres bouleversements – en tout cas sur le plan institutionnel.Eelle fait néanmoins figure de vœu pieux pour des raisons déjà exposées que nous rappellerons très succinctement.

La première vient d'être étudiée : le droit de la concurrence et son contentieux mêlent, objectivement, des considérations relevant à la fois du droit public et du droit privé. Le choix du juge de l'un ou l'autre des ordres aurait donc nécessairement quelque chose d'arbitraire ou, à tout le moins, de dérogatoire au regard des solutions offertes par le droit commun et la jurisprudence établie. L'observation n'a rien d'irréfragable ; la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987[1] offre les outils pour organiser une telle dérogation, notamment par l'instauration de blocs de compétences au profit de « l'ordre principalement intéressé ». Mais outre que les bases de cette solution sont sujettes à caution, la mise en œuvre de tels blocs est délicate. L'on a vu que les tentatives de stabilisation et d'unification dont a fait l'objet le contentieux de la concurrence sur ce plan ne sont pas parvenues à faire obstacle aux offensives et autres entreprises de reconquête, toutes de nature à faire bouger encore les frontières. Des arguments et critères prépondérants existent pour que ce contentieux soit rattaché à la compétence d'un ordre ou de l'autre. Aucun n'est plus, à proprement parler, « principalement intéressé ». La question est insoluble et quand bien même l'on opterait pour l'une de ces options, elle ne conduirait pas à une solution pleinement satisfaisante.

790. Limites intrinsèques de l'unification au sein d'un ordre existant. Ce second point a également été évoqué à plusieurs stades de notre recherche. Eu égard à l'hybridité du droit et du contentieux de la concurrence, désigner une ou plusieurs juridictions de l'un seul des deux ordres conduirait nécessairement à ce que des juges judiciaires se fassent juges administratifs ou, à l'inverse, à ce que des juges administratifs se fassent juges judiciaires. Les débats relatifs au rôle confié, dès 1987, à la Cour d'appel de Paris témoignent des limites intrinsèques d'une telle solution[2] : la « culture » des juges de chaque ordre mais, surtout, les règles qui encadrent

[1] Cons. Constit., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 *Conseil de la concurrence,* précitée.
[2] V. notamment, parmi une riche littérature dont nous avons déjà proposé de nombreuses références : P. DELVOLVÉ, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », précité ; T. PERROUD, « La Cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », précité ou encore Y. GAUDEMET, « Conflit de compétence et droit de la

l'exercice de leur office et la mise en œuvre de leurs pouvoirs ne sont pas adaptées aux spécificités de ce contentieux. Sans revenir sur les débats relatifs au rapprochement des juges judiciaires et administratifs ou aux justifications du maintien du dualisme juridictionnel, prenons acte des conclusions tirées de nos démonstrations antérieures[1] pour définitivement écarter cette piste de l'unification au sein de l'existant. Ce serait réaffirmer la croyance en « un mythe » et s'enfermer dans un cadre où règne « l'illogisme »[2]. Dès lors, il faut innover.

2. Une voie innovante raisonnée : le dépassement circonscrit du dualisme

791. La mesure : un dépassement circonscrit aux recours juridictionnels exercés en contentieux de la concurrence. La mise à l'écart des pistes qui viennent d'être évoquées commande d'innover. Notre proposition consiste à organiser un dépassement du dualisme juridictionnel circonscrit au traitement des recours qui constituent l'objet de cette étude, à savoir, les recours juridictionnels exercés contre les actes et décisions de l'ensemble des autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Elle embrasse par conséquent ce seul contentieux de la concurrence – déjà partiellement concerné, au « premier degré », par un tel dépassement du dualisme[3] – et ne concerne que son « second degré » : celui du recours juridictionnel. La Cour de la concurrence dont nous proposons la création offre un cadre propice à sa mise en œuvre. Le champ de la proposition est ainsi marqué par le sceau de la mesure. Elle n'en demeure pas moins innovante en son principe et pourrait, à terme, être étendue à d'autres contentieux[4].

792. L'innovation : le dépassement du dualisme par la réunion de juges judiciaires et administratifs. Eu égard aux caractères transversal et hybride du droit et du contentieux de la concurrence, il est justifié et même nécessaire que des juges administratifs et judiciaires siègent

concurrence. Sur une équivoque », précité, p. 127 et M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 973 et s. qui traite de « l'échec pratique de la logique des blocs de compétence ».

[1] C'est tout l'objet de la Première partie de cette thèse, plus particulièrement de son Titre II.

[2] M. CRESPY-DE CONINCK, thèse précitée, n° 968-980.

[3] En effet, au sein de l'Autorité de la concurrence (comme de plusieurs autres AAI d'ailleurs), des juges judiciaires et administratifs (souvent issus des juridictions suprêmes) sont réunis. V. art. L. 461-1, II, 1° C. com. qui prévoit que le collège de l'Autorité comprend « six membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires » ». V. à ce sujet H. LECUYER, « Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel », *RDA,* n° 18, mai 2019, p. 70 et s., spéc. p. 71. Le « sentiment d'entre soi » que crée une telle organisation a plusieurs fois fait l'objet de réserves. V. *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport de la Commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, octobre 2015, spéc. I. Une mosaïque d'autorités administratives indépendantes, B. La fragilité de l'indépendance, 1. « L'influence des « grands corps de l'État » qui relève « un sentiment d'entre soi, de consanguinité ou d'endogamie ».

[4] Notamment à celui de la régulation économique sectorielle, ce qui la rapprocherait alors d'une proposition faite par d'autres. V. T. PERROUD, « Faut-il créer un tribunal de la régulation ? », précité.

au sein de la juridiction appelée à connaître des recours envisagés. C'est sur ce plan que se trouve la principale innovation : la proposition consiste à réunir, au sein de la Cour de la concurrence, aux côtés des économistes susceptibles d'y siéger[1], des juges professionnels issus des deux ordres de juridictions, administratif et judiciaire.

Si chaque recours dont sera amenée à connaître la Cour ne posera pas nécessairement des questions parfaitement hybrides que l'on peinerait à rattacher, sur la base de critères consacrés, au droit privé ou au droit public ; le nombre et l'importance des facteurs de dépassement de cette *summa divisio* imposent que cette juridiction de recours soit en mesure de réunir une formation paritaire. Une telle organisation conduira les juges, notamment à l'occasion d'affaires soulevant des questions complexes et débattues, à partager et à confronter leurs expériences, leurs compétences, voire leurs cultures différentes en vue d'aboutir à l'adoption d'une solution. Le tout permettra le développement d'une jurisprudence unifiée et protectrice des intérêts variés qu'est susceptible d'affecter tout contentieux de concurrence.

En définitive, cette organisation paritaire innovante offrirait un cadre adapté aux spécificités du contentieux envisagé dont elle permettrait un traitement plus efficace et sécurisant pour les opérateurs et, par voie de conséquence, pour la concurrence elle-même. L'originalité du modèle proposé est néanmoins de nature à provoquer des interrogations, voire à faire naître des contestations et du scepticisme. Il serait illusoire de chercher à toutes les identifier et de prétendre y apporter des solutions unanimement approuvées. Il convient toutefois de consacrer quelques développements et propositions aux modalités de mise en œuvre de ce paritarisme afin d'atténuer certaines inquiétudes.

B. Mise en œuvre du paritarisme au sein de la Cour de la concurrence

793. Difficultés abordées. Parmi les difficultés qu'est susceptible de soulever la mise en œuvre de notre proposition de réunir, au sein de la Cour de la concurrence, des juges issus des deux ordres de juridictions, deux nous semblent devoir faire l'objet d'une attention particulière.

La première est relative aux modalités de désignation des juges amenés à siéger au sein de cette juridiction paritaire d'exception (1). La seconde est relative aux recours dont seront susceptibles de faire l'objet les décisions rendues par cette Cour de la concurrence : le dépassement du dualisme juridictionnel devant une juridiction de fond impose en effet d'organiser des modalités spécifiques de contrôle de ses décisions par une juridiction de cassation (2).

[1] V. *supra,* Section 1 du présent Chapitre.

1. Statut et désignation des juges de la Cour de la concurrence

794. Profilage des juges appelés à siéger à la Cour de la concurrence. La Cour de la concurrence telle que nous en suggérons la création est une juridiction de recours d'exception, unique, à compétence nationale. Il convient dès lors de faire siéger en son sein des juges présentant un certain degré d'avancement. Par ailleurs, rappelons que l'Autorité de la concurrence – dont les actes et décisions relèveront, sur recours, de sa compétence – est en partie composée de juges issus des juridictions suprêmes des deux ordres. Afin de conserver une certaine cohérence hiérarchique et bien que l'Autorité ne soit pas, à proprement parler, une juridiction, il est nécessaire de réserver l'accès au siège de la Cour à des juges d'expérience.

En outre, les candidats à un tel recrutement devront justifier de compétences et/ou d'une expérience dans le champ du droit de la concurrence qui les qualifient particulièrement pour siéger au sein de cette juridiction d'exception. De telles compétences pourront avoir été acquises à l'occasion de leur formation, de leur carrière au sein du corps des magistrats ou du Conseil d'État, ou encore à l'occasion de détachements, notamment au sein d'autorités nationales ou européennes spécialisées.

Au sein de l'ordre judiciaire, eu égard aux compétences de la Cour, il convient d'en réserver l'accès aux magistrats de premier grade ou hors hiérarchie. Une priorité devra être accordée aux candidats ayant siégé, au cours de leur carrière, au sein de juridictions spécialisées en droit de la concurrence : l'une des seize juridictions de première instance spécialisées, la chambre spécialisée de la Cour d'appel de Paris ou la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Au sein de l'ordre administratif, il est opportun de réserver l'accès à la Cour de la concurrence aux membres du Conseil d'État ; d'abord au regard des considérations hiérarchiques déjà évoquées[1], ensuite eu égard au fait que c'est cette juridiction qui, en droit positif, est compétente pour connaître de l'essentiel des recours exercés contre les actes de l'Autorité de la concurrence

[1] Elles sont particulièrement prégnantes au sein de la juridiction administrative. V. à ce sujet T. BOUSSARIE, « Le pouvoir du vice-président du Conseil d'État de désigner des membres de la juridiction administrative dans l'administration », *RFDA,* 2020, p. 851, qui décrit une manière particulière de « concevoir la hiérarchie » et explique que « les autorités de nomination des commissions, qui accueillent à la fois des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, veillent à ce que les fonctions administratives dévolues ne les placent pas dans une situation préjudiciable à leur rang. Un exemple ancien, mais non moins explicit, provient d'une lettre de Théodore Tissier, adressée au président du Conseil, à propos d'un comité pour lequel le vice-président demande un complément d'information avant d'effectuer une nomination : « Pour les enquêteurs de la commission instituée par le second décret et dont la présidence est dévolue à un président de chambre à la Cour des comptes, les enquêteurs ne peuvent évidemment être des conseillers d'État, mais peuvent-ils être choisis indifféremment parmi les maîtres des requêtes ou les auditeurs ? Les deux membres de la mission de contrôle seront-ils sur le pied d'égalité ou l'un d'eux présidera-t-il ? » ». L'on sent le souci du vice-président que la hiérarchie soit respectée parmi ses paires, où qu'ils siègent.

et, plus largement d'ailleurs, des autres autorités de régulation[1]. Parmi les juges qui composent le Conseil d'État, les profils justifiant d'une expérience et/ou d'une compétence particulière dans le contentieux de concurrence voire, plus largement, dans le contentieux de la régulation économique, devront ici encore être privilégiés.

795. Modalités de recrutement des juges professionnels. Le recrutement de juges professionnels issus des deux ordres au sein de la Cour de la concurrence soulève des difficultés techniques. Sans prétendre toutes les résoudre de manière précise, nous nous proposons de formuler quelques pistes au regard d'objectifs qu'il est opportun de poursuivre.

Il est en premier lieu opportun que les juges amenés à rejoindre les rangs de la Cour conservent leur statut, leur grade et l'appartenance à leur corps d'origine : les magistrats judiciaires recrutés devront ainsi continuer à jouir de leur statut, à bénéficier des droits – notamment d'avancement – et à être soumis aux obligations – notamment déontologiques et disciplinaires – qui en découlent. Il doit en aller de même pour les juges recrutés au sein du Conseil d'État[2].

De ce point de vue, c'est la figure de leur mise à disposition[3] au profit de la Cour de la concurrence qui conviendrait le mieux. Elle est en effet une forme de fiction juridique au terme de laquelle le fonctionnaire « qui demeure dans son corps ou cadre d'emploi d'origine, est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais […] effectue son service dans une autre administration (*lato sensu*) que la sienne »[4]. Reste que ce mode de recrutement est conçu pour être temporaire. Au-delà d'une période de trois ans, la mise à disposition a vocation à muter en détachement[5].

Cette seconde voie du détachement a une vocation plus pérenne. Le détachement « longue durée » de tout fonctionnaire peut ainsi durer jusqu'à cinq ans et est renouvelable par périodes ne pouvant dépasser cinq années[6]. Il est expressément prévu et spécifiquement règlementé tant

---

[1] V. art. R. 311-1 CJA.

[2] Imaginant ce que serait une juridiction réunissant les deux ordres de juridiction, M. Truchet relève à raison que le statut des magistrats composant une même juridiction (ou un même ordre de juridictions) peut varier d'un juge à l'autre. Il donne notamment l'exemple de l'ordre administratif au sein duquel il existe quatre corps différents (cours administratives d'appel et tribunaux administratifs, Conseil d'État, Cour des comptes et chambres régionales et territoriales des comptes) ; D. TRUCHET, « Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel », *RDA*, n° 18, mai 2019, p. 46 et s., spéc. p. 51.

[3] Pour le régime général de cette mise à disposition v. art. 41 à 44 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* et art. 1 à 13 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 *relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'État, à la mise à disposition, à l'intégration et à la cessation définitive des fonctions.*

[4] F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique,* Economica, 5e éd., 2020, n° 252.

[5] V. art. 4 et 5 du décret du 16 septembre 1985 précité et P. LAGRANGE, « La réforme des mises à disposition : nouvelle étape vers une fonction publique ouverte ? », *AJDA,* 2007, p. 524, qui explique que « cette pratique s'analyse avant tout comme un prêt temporaire de main-d'œuvre ».

[6] Art. 22 du décret du 16 septembre 1985 précité.

pour les magistrats judiciaires[1] que pour les membres du Conseil d'État[2]. De nouveau, il faudrait aménager un régime spécifique de détachement au sein de la Cour de la concurrence qui assurerait que les juges concernés soient réputés toujours occuper leur emploi – ce qu'ils feront bel et bien, mais au sein d'une juridiction d'exception– à l'instar de ce que permet le régime de la mise à disposition.

Ces deux modes de recrutement sont, sous réserve d'aménagements, envisageables. En tout état de cause, des modalités spécifiques devront être prévues afin que chaque juge conserve le statut et le grade qui sont les siens et demeure soumis aux obligations et instances déontologiques et disciplinaires qui leur sont attachées. Enfin, le processus de sélection des candidats doit prévoir l'intervention des autorités de nomination traditionnelles afin d'assurer un profilage efficace des recrutements.

796. Modalités de désignation des juges professionnels. Pour assurer un profilage efficace des recrutements des juges amenés à rejoindre les rangs de la Cour de la concurrence, il est nécessaire de prévoir l'intervention des autorités auxquelles le droit commun confie le pouvoir de nomination des juges de chaque ordre et ce, quelles que soient les modalités de ce recrutement (mise à disposition ou détachement).

Concernant les magistrats judiciaires, l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) est déjà prévue pour toute demande de détachement ou de mise en disponibilité. Pour chacune, le Conseil doit donner un avis sur les propositions faites par le garde des sceaux[3]. Peut-être conviendrait-il de confier le pouvoir de proposition directement au CSM en s'inspirant du régime applicable à la nomination des présidents de juridiction et des magistrats de la Cour de cassation[4]. Cela permettrait qu'il soit directement destinataire des candidatures et organise une véritable audition des candidats avant d'adresser ses propositions au Président de la République à qui il appartient en toute hypothèse de prononcer le détachement par décret.

[1] Art. 4 et 67 et s. ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*. Un tel détachement n'est possible qu'après quatre années de services effectifs dans le corps judiciaire (art. 12, al. 3).
[2] Art. R.*135-1, al. 2 CJA. Un tel détachement n'est possible, pour les auditeurs et les maîtres des requêtes, qu'après trois années de services effectifs au sein du Conseil d'État (art. R.*135-1, al. 6 CJA).
[3] Ordonnance du 22 décembre 1958 précitée, art. 72, al. 1 : « La mise en position de détachement, de disponibilité ou « sous les drapeaux » est prononcée par décret du Président de la République, sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice et après avis de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente (…) ».
[4] V. art. 15 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 *sur le Conseil supérieur de la magistrature.*

Au sein du Conseil d'État, c'est le vice-président qui détient une « autorité hiérarchique » et qui est « gestionnaire [de cette] institution autonome et indépendante »[1]. C'est par conséquent à lui que revient le pouvoir de désignation des membres de la juridiction appelés à exercer des fonctions extérieures à l'institution[2]. Il convient dès lors de retenir ce modèle pour la désignation des membres amenés à rejoindre la Cour de la concurrence. Le décret prononçant la mise à disposition ou le détachement de membres du Conseil d'État au sein de la Cour serait alors adopté sur proposition du vice-président de la Haute juridiction.

797. La présidence tournante de la Cour de la concurrence. Pour constituer cette juridiction paritaire, chacun des ordres devra envoyer à la Cour de la concurrence un nombre égal de juges. Ces derniers seront amenés à exercer en son sein les différentes fonctions (instruction et mise en état, rapporteur public, juge du siège) et pourront siéger dans différentes chambres et en différentes formations sur lesquelles nous reviendrons.

Afin de respecter ce paritarisme et à l'instar de ce qui est pratiqué au Tribunal des conflits, la Cour de la concurrence devra suivre un principe de présidence tournante. Cette présidence devra être confiée alternativement à un juge issu de chaque ordre pour un mandat à durée déterminée[3]. La désignation du prédisent pourrait suivre les mêmes modalités que la mise en détachement et intervenir par décret pris sur proposition du CSM pour la présidence judiciaire et sur celle du vice-président du Conseil d'État pour la présidence administrative. Eu égard à l'importance de la fonction et aux pouvoirs confiés à ce président, sur lesquels nous reviendrons, il convient qu'elle soit occupée par des juges expérimentés : conseillers d'État et magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation[4].

Il reste enfin à évoquer le cadre de traitement des recours qui seront susceptibles d'être exercés contre les décisions de la Cour.

2. Le recours en cassation contre les décisions de la Cour de la concurrence

798. Recevabilité restreinte du recours en cassation contre les décisions de la Cour de la concurrence (renvoi). La composition, le cadre procédural d'intervention et les modalités de fonctionnement de la Cour de la concurrence telles que nous les suggérons tendent à assurer un

[1] T. BOUSSARIE, article précité ; P. GONOD, « Le vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative ? », *Pouvoirs,* 2007, n° 123, p. 117.
[2] Principalement au sein de l'administration « traditionnelle » : ministères, commissions etc., mais également au sein de nombreuses AAI. Pour une présentation générale v. T. BOUSSARIE, article précité.
[3] Qui pourrait être de trois années, comme c'est le cas au sein du Tribunal des conflits.
[4] En droit commun, la présidence des juridictions d'appel est réservée à ces mêmes juges (un conseiller d'État pour les CAA et un magistrat hors hiérarchie de la Cour de cassation pour les cours d'appel judiciaires).

haut degré d'expertise – juridique et technique – dans le traitement des recours et une grande qualité des décisions qui seront rendues par ses juges. Mêlés à la nécessité de préserver l'équilibre sur lequel repose le modèle proposé – dont nous mesurons l'originalité – ces éléments justifient que l'accès au prétoire d'une juridiction de cassation par un justiciable mécontent d'une décision de la Cour soit particulièrement encadré. Nous reviendrons plus en détail sur ce point au chapitre suivant. Intéressons-nous à ce stade au cadre juridictionnel au sein duquel les pourvois en cassation recevables devraient être traités.

799. L'organisation d'une chambre mixte de cassation. Le renoncement au dualisme par le recours au paritarisme au sein de la Cour de la concurrence soulève d'évidentes difficultés au stade du contrôle de cassation. L'on ne saurait réserver compétence pour connaître des pourvois exercés contre les décisions de la Cour à l'une des Hautes juridictions existantes – Cour de cassation ou Conseil d'État – et concevoir un système de répartition des compétences entre elles reviendrait à retomber dans un cadre et dans des difficultés que nous avons cherché à dépasser. Sortir pleinement du dualisme dont nous avons montré le caractère inadapté commande dès lors d'innover encore au stade du contrôle de cassation.

Un groupe de travail présidé par Messieurs Canivet et Jenny a, dans un rapport de 2018 consacré au droit et au contentieux de la concurrence, proposé la création d'une chambre mixte et paritaire entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Le rapport ne comportant pas de proposition tendant à modifier en profondeur le système de recours juridictionnel au stade du degré inférieur – parfois improprement qualifié d'appel – cette chambre mixte aurait pour office de traiter des pourvois formés contre « les décisions émanant de la Cour d'appel de Paris et des juridictions administratives et des recours pour excès de pouvoir contre les textes relevant de ce domaine juridique »[1]. La piste n'en demeure pas moins inspirante. Une telle chambre mixte, composée de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation, pourrait être instaurée pour connaître des pourvois exercés contre les décisions de la Cour de la concurrence. Paritarisme oblige, sa présidence devrait être tournante. Les modalités de constitution et de fonctionnement d'une telle chambre pourraient en partie s'inspirer de ce qui a été proposé pour la Cour de la concurrence. Le tout mériterait de plus amples réflexions qu'il n'est pas opportun d'entamer ici. Nous nous en tiendrons par conséquent à ces quelques pistes générales qui ne tendent qu'à renforcer le modèle sur lequel est appuyée notre proposition de réorganisation du contentieux à l'étude.

[1] G. CANIVET, F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence,* précité, n° 104 et proposition n° 21, p. 64.

Conclusion du Chapitre 1

800. La poursuite de notre démarche de réorganisation impliquait de s'intéresser à la composition de la juridiction de recours spécialisée dont nous proposons la création. Sa composition idoine ne pouvait être déterminée, en considération des objectifs qui ont été assignés au contrôle des actes à l'étude, qu'au regard des caractéristiques spécifiques du droit et du contentieux de la concurrence. Deux ont particulièrement retenu notre attention en raison des difficultés dont elles sont la source.

La première tient à leur singulière technicité. Elle résulte de l'importance croissante qu'y occupe l'analyse économique de laquelle le juriste n'est pas toujours très familier. Pour y faire face, nous avons suggéré que la Cour de la concurrence soit composée sur le modèle d'une juridiction échevinale. L'intégration d'économistes en son sein est apparue nécessaire pour assurer que ses juges disposeront – sans dépendre de l'initiative des parties ni s'en remettre systématiquement au savoir de protagonistes extérieurs – d'interlocuteurs permanents aptes à leur fournir un haut degré d'expertise en la matière. Les entourer d'assistants experts en économie est donc essentiel. Mais l'analyse économique se situe parfois au cœur-même des litiges et commandera alors, pour que la Cour exerce pleinement son office, que l'économiste se fasse juge et participe directement à la fonction juridictionnelle. Ont donc été exposées les modalités de recrutement d'économistes-juges qui auront vocation à compléter les formations de jugement appelées à statuer sur les affaires les plus complexes sur ce plan.

La seconde a trait à l'hybridité du droit de la concurrence et de son contentieux. Mêlant indifféremment acteurs, actes et enjeux relevant tant de la sphère publique que de la sphère privée, ils sont insolubles dans la *summa divisio* qui est réputée structurer notre droit et sur laquelle est fondé le maintien du dualisme juridictionnel. Après en avoir fait état, il est apparu nécessaire que la Cour de la concurrence suive le modèle d'une juridiction paritaire. Pour organiser un traitement efficace de ce contentieux technique, il est en effet vain de chercher à le fondre dans une *divisio* qu'il ignore. En outre, eu égard au lien qui unit dualismes juridique et juridictionnel, le constat d'un dépassement du premier invite à organiser celui du second : le traitement des différents recours envisagés doit être confié à une juridiction réunissant des juges expérimentés issus des deux ordres, judiciaire et administratif.

Les spécificités d'un droit que l'on veut innovant, évolutif et pragmatique commandent que l'on adopte une attitude de mêmes ordres lorsqu'on entreprend de construire un cadre assurant un traitement efficace du contentieux qui naît de son application. Cela nous a conduit à formuler

des propositions originales, faisant fi de cadres et distinctions dont l'ancienneté ou l'habitude ne sauraient, à elles-seules, justifier le maintien. Le modèle proposé mérite encore d'être complété par quelques développements relatifs aux différentes voies procédurales au moyen desquelles devront être traités les recours dont cette Cour sera saisie.

Chapitre 2 : Une nécessaire adaptabilité des voies procédurales

801. Poursuite de l'entreprise de réorganisation. D'importants développements ont été consacrés à la composition de la juridiction de recours dont nous proposons l'instauration, aux modalités d'établissement puis de traitement de la matière litigieuse devant elle ainsi qu'aux pouvoirs qu'il convient de lui confier. Il reste à envisager les questions d'ordre organisationnel et procédural relatives à cette Cour de la concurrence. Pour ce faire, la démarche doit rester inchangée : ces questions seront abordées dans le souci de parvenir à des solutions adaptées aux spécificités du contentieux envisagé et de l'office particulier de cette juridiction.

En renonçant à la poursuite d'une quête d'exhaustivité qui serait vaine et à laquelle le cadre de ce travail de thèse se prête mal, le choix a été fait de limiter les développements à certains éléments. La focale retenue est doublement motivée : par l'importance des enjeux théoriques et pratiques que recouvrent les questions abordées d'abord, par le complément que leur traitement apportera aux éléments déjà développés ensuite. La construction d'un modèle opératoire au soutien de notre proposition de réorganisation s'en trouvera utilement enrichie.

802. Objet. Dans cette perspective nous consacrerons, en premier lieu, quelques réflexions à l'organisation juridictionnelle de la Cour de la concurrence. Il s'agira de s'interroger sur les modalités selon lesquelles il conviendra de procéder à la répartition, en son sein, des effectifs qui lui seront affectés puis de déterminer les formations par lesquelles elle sera conduite à se réunir pour statuer sur les recours qui lui seront soumis (Section 1). Ensuite, nous nous intéresserons aux modalités selon lesquelles la Cour devra procéder à l'instruction et à la mise en état de ces recours (Section 2). Sur ces deux premiers plans, la variété des recours dont est susceptible d'être saisie la Cour commande que l'unification jusqu'ici organisée laisse place à davantage d'adaptabilité : il est en effet nécessaire que différentes voies soient permises afin que chaque affaire emprunte celle qui lui est la mieux adaptée. Enfin, nous reviendrons sur la question des recours dont seront susceptibles de faire l'objet ses décisions. Si nous avons déjà fixé le cadre général de leur exercice, il nous faudra en appréhender les modalités de traitement par cette chambre mixte de cassation dont nous suggérons la création. Il sera alors essentiellement question des pouvoirs de cette chambre, et de l'accès à son prétoire (Section 3).

Section 1 : L'organisation juridictionnelle de la Cour de la concurrence

803. Champ des développements. Juridiction de recours à compétence nationale, la Cour de la concurrence devra disposer de moyens suffisants pour faire face au flux contentieux dont elle

sera saisie. C'est en considération du nombre d'affaires à traiter et du délai de traitement moyen de chacune que les effectifs nécessaires devraient être déterminés. En tout état de cause, les moyens octroyés ne le seront qu'au terme de choix d'ordre politique et budgétaire.

Par-delà ces considérations relatives aux ressources matérielles et humaines, directement liées à des réflexions et choix budgétaires dont le traitement nécessiterait des travaux minutieux qui dépassent largement le champ de cette thèse, l'organisation interne de la Cour doit permettre de parvenir à une répartition optimale des moyens qui lui seront alloués. C'est à ce seul aspect que nous nous consacrerons en vue de formuler quelques propositions. L'objectif est aussi crucial que sa formulation n'est simple : il s'agit de poser les bases d'une organisation assurant que la Cour confiera chaque recours à la formation la mieux à même d'y apporter une solution claire, correctement motivée et adoptée dans un délai raisonnable.

804. Organisation administrative, formations de jugement. Deux niveaux d'organisation doivent être distingués et successivement traités. Le premier concerne ce qui peut être qualifié d'organisation générale ou « administrative »[1] de la Cour et renvoie aux modalités de répartition de ses moyens, notamment humains, entre différentes chambres. Cette organisation, bien que relative à « l'administration judiciaire » et pouvant largement être inspirée de solutions proposées par le droit positif, doit aussi être pensée en considération des spécificités du contentieux de la concurrence (§ I). Le second niveau d'organisation concerne plus spécifiquement les formations au sein desquelles les juges siègeront pour exercer la fonction juridictionnelle et trancher les recours dont la Cour est saisie. L'objectif qui doit guider la réflexion sur ce plan est d'assurer que chaque affaire pourra être confiée à une formation juridictionnelle appropriée, apte à en opérer un traitement efficace et en temps utile (§ II).

§ I – Organisation interne de la Cour de la concurrence

805. Organisation interne. Eu égard au champ de sa compétence – matérielle et territoriale – la Cour de la concurrence a vocation à accueillir un nombre conséquent de personnels, à commencer par les juges[2], qui devront être répartis au sein de différentes formations : les chambres. Une telle organisation implique, en premier lieu, de déterminer les éléments en considération desquels la division de la Cour et la création de chacune des chambres qui la

[1] Au sens « d'administration judiciaire », voire de « management judiciaire » ; sur ces notions v. E. JEULAND, *Droit processuel général,* précité, n° 90-92.

[2] Les personnels administratifs, du greffe et les différents assistants doivent également être répartis au sein des chambres. À cet égard, la Cour de la concurrence aura vocation à suivre les mêmes modalités d'organisation que toute autre juridiction. C'est la fonction juridictionnelle de la Cour et donc la répartition des juges en son sein qui sont au cœur de notre propos ; nous limiterons par conséquent les développements à ces seuls aspects.

composeront devront intervenir (A). Elle requiert également de fixer les modalités d'affectation des juges : affectation à une chambre et, en son sein, à une fonction spécifique (B).

A. L'organisation en chambres

806. Afin d'accueillir et de répartir les différents juges qui lui seront affectés, la Cour de la concurrence a, sur le modèle de la plupart des juridictions nationales, vocation à être composée de plusieurs chambres qu'il est opportun de spécialiser (1). La composition de chacune de ces chambres devra suivre un modèle commun dont il nous faut suggérer les bases (2).

1. Division de la Cour en chambres spécialisées

807. Répartition des effectifs au sein de différentes chambres. Eu égard à la masse contentieuse qu'elle aura à traiter, il convient que la Cour de la concurrence soit composée d'un nombre conséquent de juges. La mesure précise de cette masse contentieuse, de laquelle doit dépendre le nombre de magistrats et de membres du Conseil d'État[1] qu'il est nécessaire d'affecter à la Cour, requiert un important travail de recensement auprès des différentes juridictions qui sont, en droit positif, compétentes pour connaître des recours envisagés[2]. Une fois les besoins évalués, des considérations politiques et budgétaires – qu'il serait illusoire, voire naïf, d'éluder – pèseront aussi nécessairement sur les choix faits et sur les effectifs affectés à la Cour. Reste qu'elles ne peuvent raisonnablement être envisagées et/ou anticipées dans le cadre de cette étude. Cela justifie que nous nous en tiendrons à des préconisations générales au regard des objectifs poursuivis, sans qu'il soit pertinent de prétendre arrêter de manière définitive et certaine le nombre « optimal » de juges dont il faudrait doter cette juridiction.

[1] Les membres du Conseil d'État n'ont pas, à la différence des membres des autres juridictions administratives et de ceux des juridictions judiciaires, le statut de magistrat. La rigueur commanderait donc de toujours distinguer, parmi les juges professionnels qui seront mis à disposition ou en détachement à la Cour de la concurrence, les magistrats, d'une part, et les membres du Conseil d'État d'autre part. Cette précision étant faite, en vue d'éviter les répétitions et de fluidifier le propos, nous aurons parfois recours à l'expresion générique de « juges » pour tous les désigner indistinctement.

[2] Dans l'ordre judiciaire, ce travail nécessite de recenser les statistiques (en premier lieu : nombre de recours et durée moyenne des procédures) de la seule Cour d'appel de Paris. Dans l'ordre administratif, il a été vu qu'au côté de la compétence exclusive du Conseil d'État pour connaître de certains recours (en matière de contrôle des concentrations et concernant les actes de *soft law* notamment) d'autres ne font l'objet d'aucune disposition spécifique et sont par conséquent susceptibles d'être exercés devant toutes juridictions de droit commun (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) ; c'est notamment le cas pour le contentieux indemnitaire (v. *supra*, n° 220 et s.). Le travail de recensement est alors plus délicat. Il conviendrait en outre d'évaluer l'éventuel gain de temps que permet la spécialisation des juridictions de recours pour affiner les données récoltées.
Notre thèse propose des pistes d'amélioration, un modèle. Si elle parvenait à convaincre, sa mise en œuvre commanderait – à l'instar de toute réforme d'envergure – de nombreux travaux préalables. S'y projeter avec détails et précision ne relève pas de l'objet de ce travail de recherche.

En premier lieu, sa qualité de juridiction de recours commande que la Cour de la concurrence comprenne suffisamment de juges professionnels pour composer plusieurs chambres[1]. Ce besoin est renforcé par le fait qu'elle est une juridiction unique sur le plan national : cette centralisation accroit encore le nombre de recours dont elle est susceptible d'être saisie et il est inconcevable qu'une unique formation de trois juges soit suffisante pour traiter l'ensemble. Alors, suivant en cela le modèle d'organisation des juridictions de recours de droit commun, la Cour devra être composée de plusieurs chambres qu'il convient de spécialiser.

808. Critères de spécialisation des chambres. En s'inspirant encore de l'organisation des juridictions de droit commun et toujours dans le souci d'assurer un haut degré de spécialisation de cette juridiction de recours, il conviendra d'attribuer à chaque chambre de la Cour de la concurrence un champ de spécialité spécifique. La répartition devra naturellement se faire au regard du nombre de chambres que les effectifs disponibles permettent de composer et en tenant compte du volume prévisionnel de recours que représente chaque champ déterminé.

En considération de ces éléments, il conviendra de confier par préférence à chaque chambre tout un champ du contentieux de la concurrence, ce qui requiert de décomposer la matière en différents « blocs » homogènes. Ce sont les spécificités et difficultés propres à chaque pan du droit et du contentieux de la concurrence qui doivent, en définitive, guider cette opération de découpage. Au besoin et si les effectifs le permettent, un même champ pourrait être confié à différentes chambres réunies au sein d'un pôle, à l'instar de ce qui se pratique, en droit positif, notamment au sein des cours d'appel[2]. À simple titre d'illustration, pourraient être distingués le contentieux indemnitaire, le contentieux répressif[3], celui relatif au contrôle des concentrations etc. Une formation spécifique pourrait également être spécialisée dans le traitement des recours ayant pour objet principal la contestation de la légalité d'un acte

[1] Tant en droit judiciaire privé (art. R. 312-1 COJ) qu'en contentieux administratif (art. L. 221-3 CJA) les textes prévoient que les juridictions d'appel sont composées de plusieurs chambres. C'est par décret que le nombre de chambres de chaque cour est fixé au sein de l'ordre judiciaire ; au sein de l'ordre administratif, il l'est par arrêté du vice-président du Conseil d'État (v. arrêté du 2 juillet 2021 *fixant le nombre de chambres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel,* JOFR n° 0158 du 9 juillet 2021).

[2] V. art. R. 312-83 COJ. À titre d'illustration, la chambre de la Cour d'appel de Paris à laquelle sont transmis, entre autres, les recours exercés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence (Chambre 5.7 – Régulation économique), appartient à un pôle (« pôle 5 - Économique et commercial) qui regroupe seize chambres.

[3] Pour ce « bloc », si les effectifs disponibles le permettaient, pourrait être formé un pôle réunissant différentes chambres : l'une spécialisée dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une procédure administrative « classique », une autre dans les pratiques ayant donné lieu à une procédure administrative dérogatoire, une autre dans le contentieux relatif aux pratiques restrictives etc.
De la même manière, pour le contentieux indemnitaire, un pôle pourrait notamment regrouper une chambre spécialisée dans le contentieux entre personnes privées et une autre dans le contentieux faisant intervenir une personne publique. Le pilotage du pôle permettrait dans tous les cas de nombreux échanges entre les différentes chambres et constitue un moyen efficace d'assurer une harmonie de jurisprudence en son sein.

administratif au regard du droit de la concurrence. En outre, la possibilité de réunir, au sein de formations élargies, les juges de différentes chambres permettrait d'assurer un traitement efficace des recours transversaux soulevant des questions relevant de plusieurs « blocs »[1].

2. Composition des chambres

809. La présidence des chambres. Chacune des chambres de la Cour devra comporter un président auquel seront confiées les fonctions traditionnelles attachées à ce statut : certaines sont d'ordres administratif et organisationnel, d'autres concernent plus directement la fonction juridictionnelle, l'on songe notamment à l'important pouvoir d'orientation des affaires[2].

La procédure de désignation de ces présidents de chambre doit réserver une place importante à l'avis du président de la Cour. Il est même opportun de confier à ce dernier un véritable pouvoir de proposition ou de présentation, à l'instar de celui confié au vice-président et au président de la section du contentieux du Conseil d'État[3]. Cette nomination pourrait ainsi intervenir par décret du Président de la République pris sur proposition du garde des Sceaux après que ce dernier se soit vu présenter une liste de candidats par le président de la Cour. Un tel processus garantit que les candidats seront présentés après examen de leur profil et en s'assurant qu'ils justifient de l'expérience et des compétences nécessaires pour assurer cette fonction, notamment au regard de la spécialité de la chambre en question. Ainsi, dans l'hypothèse où une chambre serait spécialisée dans le traitement des recours ayant pour principal objet la contestation de la légalité d'un acte administratif, il serait opportun de réserver en son sein les fonctions principales – dont celle de président – à des juges issus de l'ordre administratif.

810. Les conseillers assesseurs. Pour compléter la formation de jugement aux côtés du président de chambre, deux juges – qui, appartenant à une juridiction de recours, peuvent être qualifiés de conseillers – doivent remplir la fonction d'assesseur. La formation de jugement ordinaire en laquelle aura vocation à statuer la Cour est donc une chambre composée de trois juges professionnels : un président et deux assesseurs.

Dans les hypothèses où l'intégration d'un économiste à la formation de jugement s'avère nécessaire, l'un des magistrats ou membres du Conseil d'État sera remplacé pour un

[1] V. *infra* les développements relatifs aux formations juridictionnelles de la Cour.
[2] V. en procédure civile art. 776 à 779 CPC. Sur les modalités d'orientation des affaires au sein de la Cour v. *infra.*
[3] Art. R. 122-6 CJA : « Les présidents de chambre sont désignés, pour une durée de quatre ans, par arrêté du Premier ministre, sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice ; le vice-président du Conseil d'État est appelé à faire les présentations après avis du président de la section du contentieux et des présidents adjoints de ladite section (…) ».

économiste-juge qui viendra compléter la formation aux côtés de deux juges professionnels : président et conseiller assesseur. Nous reviendrons *infra* sur les modalités de cette intégration.

811. Le juge chargé de la mise en état et le rapporteur public. Enfin, pour parfaire la composition des chambres[1], un magistrat au moins devra être désigné au sein de chacune pour remplir la fonction de juge chargé de la mise en état et un autre y être affecté pour remplir celle de rapporteur public. Nous reviendrons sur les modalités d'affectation des juges à ces fonctions et aux conditions de leur désignation dans chaque procédure, ce qui sera l'occasion de prévoir la possibilité que des affaires soient jugées sans qu'un juge spécifiquement chargé de la mise en état soit désigné et/ou qu'un rapporteur public intervienne. Il n'en demeure pas moins que ces deux protagonistes ont vocation à intervenir dans de nombreuses procédures et notamment dans celles présentant les difficultés et/ou enjeux les plus importants. Il faudra donc pourvoir ces fonctions au sein de chacune des chambres de la Cour.

B. L'affectation des juges

812. La diversité de fonctions que sont susceptibles d'occuper les juges affectés à la Cour de la concurrence et son organisation en une pluralité de chambres impliquent deux niveaux d'affectation des magistrats dont il nous faut envisager les modalités (1). En outre, l'intégration d'économistes au sein de la Cour commande également d'envisager les conditions spécifiques de leur affectation (2).

1. Affectation des juges professionnels

813. Affectation à une chambre et affectation à une fonction. Concernant les juges professionels qui seront mis à disposition ou détachés à la Cour de la concurrence, deux niveaux d'affectation doivent être envisagés : une affectation à une fonction et une affectation à une chambre au sein de laquelle cette fonction sera exercée.

Ces affectations devront être arrêtées en considération du profil, de l'expérience et des compétences de chaque juge en veillant à les adapter, pour chaque chambre, aux spécialités qui sont les siennes. Bien qu'il convienne que le paritarisme soit observé, autant que faire se peut, dans la composition de chacune ; il est souhaitable que le surnombre et les principales fonctions – présidence, mise en état, rapporteur public – soient accordés aux juges issus de l'ordre qui

[1] Pour rappel, nous nous en tenons dans les présents propos à la répartition entre les différentes chambres des seuls personnels participant directement à l'activité judiciaire. Les modalités de répartition des différents auxiliaires – notamment des services du greffe – et assistants du juge doivent être les mêmes que celles en vigueur au sein de toutes juridictions. Il s'agit là de considérations d'ordre organisationnel, de gestion administrative et des ressources humaines que nous ne développerons pas davantage.

semble, au regard du droit positif, « principalement intéressé » par le type de contentieux dont aura à connaître la chambre en question, si tant est qu'il soit possible de le déterminer[1].

Les modalités de nomination du président de la Cour et des présidents de chambre ayant déjà été envisagées, il nous reste à traiter de celle des trois autres fonctions que sont la fonction de conseiller assesseur, celle de conseiller de la mise en état et celle de rapporteur public. C'est par un système d'adoption d'une ordonnance de roulement annuelle inspiré de la pratique des juridictions de l'ordre judiciaire qu'il convient d'y procéder.

814. L'ordonnance de roulement annuelle. En droit positif, dans l'ordre des juridictions judiciaires, la répartition des juges au sein des tribunaux et cours d'appel se fait, annuellement, à travers l'adoption d'une ordonnance par le président de chaque juridiction[2]. Cette ordonnance, communément qualifiée d'ordonnance de roulement est, pour les cours d'appel, adoptée par le premier président après avis d'une assemblée réunissant l'ensemble des magistrats du siège membres ou rattachés à la Cour[3] : l'assemblée générale des magistrats du siège[4]. Le processus, bien que moins formalisé, est similaire dans l'ordre administratif[5]. Sont désignés par cette voie tant les magistrats appelés à siéger dans les formations de jugement – les conseilleurs assesseurs – que ceux chargés de la mise en état[6]. La désignation des rapporteurs publics suit, elle, des modalités différentes[7].

---

[1] En fonction du nombre et de la spécialisation des chambres, certains pourraient se voir octroyer priorité pour connaître de certains types de recours qui ont « une dominance » objective de droit privé (par ex. : contentieux relatif aux pratiques restrictives et/ou aux délais de paiement) ou de droit public (par ex. : légalité d'un acte administratif au regard du droit de la concurrence). En outre, au moins dans un premier temps et eu égard à la répartition opérée par le droit positif, certains contentieux pourront être considérés comme étant plus familiers aux juges d'un ordre ou de l'autre. On songe notamment au contentieux relatif au contrôle des concentrations qui relève, en droit positif, des seules juridictions administratives. Il serait cohérent, s'il était décidé de spécialiser une chambre de la Cour en la matière, d'y réserver les principales fonctions aux juges issus de l'ordre administratif.

[2] Art. L. 121-3 COJ : « Chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal judiciaire répartissent les juges dans les différents pôles, chambres et services de la juridiction (…) ». En pratique, l'affectation d'un même juge n'est jamais changée annuellement.

[3] Art. R. 312-5 et R. 312-42 COJ.

[4] Sur laquelle v. art. R. 312-27 à R. 312-43 COJ. Cette assemblée ne peut valablement livrer son avis sur le projet d'ordonnance qu'à condition que la moitié au moins de ses membres soient présents (art. R. 312-42-1 COJ).

[5] En tout cas concernant les nominations au sein des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel : le président de juridiction décide de l'affectation des juges, de la composition des chambres et de la répartition des affaires entre elles (art. R. 222-8 CJA). La principale différence vient donc de ce que l'assemblée générale des juges (qui existe bel et bien, v. art. R. 222-4 CJA) n'est pas consultée. En outre, il n'est pas mentionné qu'une telle désignation doit intervenir chaque année. Pour le Conseil d'État v. art. R. 122-7 CJA.

[6] Ainsi l'art. R. 312-6 COJ prévoit-il que « Le premier président de la cour d'appel désigne un ou plusieurs conseillers de la mise en état conformément aux dispositions de l'article L. 121-3 (…) ».

[7] Au sein des tribunaux et cours administratives d'appel, les rapporteurs publics sont désignés par arrêté du vice-président du Conseil d'État pris sur proposition du président de la juridiction et après avis conforme du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (v. art. L. 232-1, R. 222-23, R. 222-32 CJA). Au Conseil d'État, on retrouve un système fidèle aux usages de la juridiction : leur désignation intervient par arrêté du vice-président sur proposition du président de la section du contentieux (art. R. 122-5 CJA).

Cette procédure qui confère le pouvoir de décision au président de juridiction tout en attribuant aux principaux intéressés la possibilité de formuler un avis collectif sur le projet d'affectation permet l'instauration, sinon d'une véritable concertation, *a minima* d'une forme de dialogue propice au consensus, tout en limitant les risques de blocage[1]. Elle pourrait servir de modèle à la répartition des magistrats et membres du Conseil d'État dans les différentes fonctions juridictionnelles et au sein des différentes chambres de la Cour de la concurrence et être même étendue à la désignation des rapporteurs publics en leur sein. Son président détiendrait ainsi le pouvoir d'adoption d'une ordonnance de roulement sur laquelle seront consultés l'ensemble des juges professionnels de la Cour réunis en assemblée. Le paritarisme et la collégialité seraient ainsi respectés et le tout est de nature à assurer que chaque juge sera affecté à la fonction et à la chambre qui correspondent au mieux à son profil. En outre, sauf besoins spécifiques de réorganisation, il est inopportun que l'ordonnance de roulement soit intégralement modifiée chaque année : les juges se perfectionneront d'autant plus dans leur fonction qu'ils y demeureront pour un mandat de plusieurs années. Une limite résulterait en tout état de cause de celle de la durée maximale de leur détachement ou mise à disposition.

Intéressons-nous, désormais, à l'affectation des économistes au sein de la Cour.

2. Affectation des économistes-juges

815. Préambule : affectation des assistants spécialisés. Les différents assistants spécialisés ne participent pas directement à la fonction de juger. Ils sont des auxiliaires des juges. Leur affectation, qu'ils soient juristes ou économistes, relève de la gestion administrative de la Cour de la concurrence et de la gestion de ses ressources. Nous avons formulé le souhait que ces assistants accompagnent tous les services de la Cour qui participent à l'activité juridictionnelle : mise en état, rapporteur public et formations de jugement. Il faudra dès lors procéder à une répartition équitable de ces personnels entre les différents juges, quelle que soit leur fonction.

Ces assistants ayant vocation à constituer « une équipe » autour de chaque juge de la Cour, il conviendra, à condition que leur nombre soit suffisant, de les affecter à une chambre au sein de laquelle ils pourraient être mis à disposition du rapporteur public, des juges de la mise en état ou des formations de jugement en fonction des besoins de chacun et du profile des candidats. Il

[1] L'art. R. 312-42-1, al. 2 COJ prévoit, lorsque l'avis est défavorable ou que le quorum des 50% de magistrats présents n'est pas atteint, que « l'assemblée est de nouveau convoquée, dans un délai minimum de huit jours ne pouvant excéder un mois, et le projet d'ordonnance, éventuellement modifié selon les observations qui auraient été formulées par l'assemblée, lui est de nouveau soumis. L'assemblée est alors réputée avoir valablement émis son avis ». Le blocage ne fait donc, tout au plus, que retarder l'adoption de l'ordonnance d'un mois. Il y a en outre fort à parier que le président tiendra compte des éventuelles observations et oppositions qui lui seront adressées.

s'agit là de questions relatives à la gestion et à l'organisation internes de la Cour à l'égard desquelles il convient de laisser place à une certaine souplesse afin de permettre une adaptation rapide à toute évolution des besoins.

816. Affectation des économistes-juges. L'affectation des économistes ayant vocation à pleinement participer à l'activité juridictionnelle en siégeant, chaque fois que nécessaire, au sein des formations de jugement de la Cour doit, elle, suivre un principe différent. En premier lieu, ces derniers ne seront par hypothèse destinés qu'à rejoindre les formations statuant au fond. Par ailleurs, il ne paraît pas opportun d'affecter ces économistes à une chambre déterminée. Il est délicat d'évaluer par anticipation la fréquence avec laquelle les différentes chambres exprimeront le besoin qu'un économiste siège au sein de leur formation de jugement et les besoins pourraient grandement varier d'une chambre à l'autre. À titre d'illustration, si une chambre se voyait confier pour compétence essentielle le traitement des recours ayant pour objet la contestation de la légalité d'un acte administratif au regard du droit de la concurrence et/ou celle des actes de *soft law* adoptés par les autorités de concurrence, il est probable que les parties auront dans ce cadre assez peu recours à des analyses économiques denses et complexes. Dans ces conditions, l'assistance offerte par les différents auxiliaires du juge devrait le plus souvent suffire ; il serait superflu d'affecter un économiste-juge au service de cette chambre à titre exclusif et à plein temps.

Dès lors, il est plus opportun de réunir ces différents économiste- juges au sein d'une forme de collège ou « commission » ; en s'inspirant du modèle du *Competition appeal tribunal* britannique[1]. Une telle organisation favoriserait des travaux et échanges permanents entre eux et permettrait, chaque fois qu'une chambre ou une formation élargie de la Cour en exprimera le besoin par la voix de son président, que l'un des membres de ce collège soit désigné pour y siéger en qualité de juge. Cette modalité de désignation au cas par cas – qui pourrait relever du pouvoir de président de la Cour et intervenir, le cas échéant, sur proposition du président de la chambre concernée – assurera que soit désigné, pour chaque affaire, un juge dont le profil, les compétences et l'expérience correspondent aux types de questions et difficultés auxquelles la Cour sera susceptible de faire face dans le traitement du recours considéré.

[1] Dont les membres sont divisés en deux commissions : celle regroupant les présidents (Chairmen) et celle regroupant les membres « ordinaires » (Ordinary Members) ; v. *Competition Appeal Tribunal. Guide to proceedings,* 2015, § 1.6 à 1.12. (consultable sur le site de la juridiction).

Les principes devant guider l'affectation des juges et de certains de leurs auxiliaires au sein de la Cour de la concurrence ayant été posés, envisageons, désormais, les différentes formations que pourra réunir cette dernière pour statuer sur les recours dont elle sera saisie.

§ II – Formations juridictionnelles de la Cour de la concurrence

817. Formation ordinaire, formations spéciales. Les recours dont a vocation à connaître la Cour de la concurrence ne présentent pas tous le même degré d'urgence, de difficulté, ni même d'intérêt. Pour assurer la réunion d'une formation adaptée au traitement de chacune des affaires dont elle sera saisie, une pluralité de voies doit lui être offerte. Outre la formation collégiale ordinaire, composée de trois juges, que devra par principe réunir la Cour pour exercer son office juridictionnel (A), il est des affaires dont le traitement par un juge unique pourra s'avérer suffisant, voire nécessaire (B) et d'autres, au contraire, dont le traitement requerra la réunion d'une formation solennelle, élargie, composée de juges issus de différentes chambres (C).

A. L'audience en chambre ordinaire

818. La distribution de l'affaire à une chambre. Les recours qui relèvent de la compétence de la Cour de la concurrence ont vocation à être introduits par la remise au greffe de la juridiction d'une requête[1]. À l'instar de la pratique développée, notamment au sein des juridictions administratives[2], il est opportun que le greffe opère un premier examen formel de la requête puis la communique au président de la Cour en lui adressant quelques propositions relatives à la distribution, à l'orientation et aux modalités de traitement du recours.

Le président, auquel le pouvoir de distribution des affaires devra être attribué, disposera alors d'une alternative à trois branches : statuer directement sur la requête lorsqu'elle relève de sa compétence exclusive[3], attribuer l'affaire à l'une des chambres – qu'il considère la mieux à même d'en connaître – soit, enfin, solliciter la réunion d'une formation élargie (chambres réunies, voire formation plénière) lorsque la complexité et/ou l'importance de l'affaire le justifient. La requête, accompagnée de l'examen sommaire du greffe de la Cour, devra alors être transmise à la formation désignée.

[1] Sur les modalités d'introduction de l'instance et de saisine de la Cour de la concurrence v. *infra,* section suivante.
[2] V. C. BROYELLE, *Contentieux administratif,* précité, n° 298, qui explique qu'à réception d'une requête, les services du greffe procèdent à un « premier examen » à l'occasion duquel ils collectent des renseignements (type de contentieux, objet du litige, urgence de l'affaire etc.) en fonction desquels « ils proposent le parcours contentieux qui semble le plus adapté » avant de transmettre le dossier au président de la juridiction.
[3] Sur les compétences exclusives du président de la Cour de la concurrence, v. *nnfra,* B. de la présente section.

819. Le principe de réunion de la formation collégiale ordinaire de la chambre. Lorsque le président de la Cour se contentera d'attribuer l'affaire à l'une des chambres, c'est au président de ladite chambre que devra être octroyé le pouvoir de décider de la formation par laquelle elle sera tranchée. À l'instar de ce que prévoit le droit commun[1], en l'absence de décision spécifique de ce dernier[2], la chambre se réunira en formation collégiale avec son président et deux assesseurs, tous juges professionnels. Sauf exceptions, l'audience sera publique[3].

Outre la réunion de cette formation ordinaire, le président de chambre devra non seulement disposer du pouvoir de se prononcer sur l'opportunité de la désignation d'un conseiller de la mise en état – sur lequel nous reviendrons – mais également de solliciter l'affectation d'un économiste à sa formation de jugement et, s'il l'estime superfétatoire, de dispenser le rapporteur public d'intervenir à la procédure.

820. La demande du président de chambre d'intégrer un économiste à la formation de jugement. Nous avons formulé la préconisation que les économistes-juges ne soient attachés à aucune chambre spécifique. Il en résulte que, chaque fois qu'il l'estimera utile, le président d'une chambre à laquelle une affaire a été confiée devra pouvoir solliciter l'intégration à sa formation de jugement d'un économiste. Afin que les affectations soient supervisées au niveau central de la juridiction – par la présidence et son greffe – il convient que la demande du président de chambre soit adressée au président de la Cour qui procèdera à la désignation d'un économiste pour siéger en remplacement de l'un des deux assesseurs.

821. La question de l'intervention du rapporteur public. L'intervention du rapporteur public constitue un véritable apport et la proposition de consacrer cette figure a été motivée par le souci que l'intérêt général soit défendu et représenté, de manière indépendante, dans le prétoire de la Cour. Reste qu'une intervention systématique dans toutes procédures, quels que soient les difficultés posées par le recours, l'intérêt et l'importance de l'affaire, pourrait s'avérer inutilement coûteuse et chronophage[4]. À l'instar de ce qui se pratique au sein de la Cour de

[1] Pour les juridictions de fond v. art. R. 222-18, R. 222-25 et R. 222-26 CJA ; art. L. 121-2, L. 312-1 et R. 312-7 COJ.

[2] Qui pourrait décider que la requête compte parmi celles sur lesquelles il peut être statué à juge unique ou, au contraire, que son traitement efficace nécessiterait la réunion d'une formation élargie. Sur tout cela, v. *infra.*

[3] Le recours à une procédure en chambre du conseil, non publique, doit toutefois être permis, à titre dérogatoire, pour les affaires qui le nécessitent. Il doit être systématique pour le traitement des recours exercés contre les décisions ordonnant la levée du secret des affaires ou refusant sa protection (ce que prévoit d'ores et déjà le droit positif pour le recours exercé contre les décisions adoptées en ce sens par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, v. art. L. 464-8-1 C. com.). Il doit plus largement être permis, à la demande des parties, chaque fois que le juge l'estime nécessaire ; ce qui pourrait notamment être le cas pour certains recours exercés contre des décisions adoptées au terme de procédures alternatives ou dérogatoires marquées par le sceau de la confidentialité.

[4] En contentieux administratif, le rapporteur public peut en certaines matières et à sa demande être dispensé par le président de la juridiction saisie de la formulation à l'orale de ses conclusions (v. art. L. 732-1 CJA et la liste des

justice de l'Union Européenne[1], nous proposons que la faculté soit offerte aux présidents de chambre de décider, au cas par cas, qu'une affaire sera jugée sans intervention et sans conclusions du rapporteur public. Cette décision, qui ne pourra être envisagée qu'au terme d'un examen au moins sommaire de la requête, devra être motivée par l'absence de difficulté juridique particulière et/ou de question de droit nouvelle posée par l'affaire et adoptée après que le rapporteur public aura été entendu.

Davantage qu'une dispense d'intervention du rapporteur public ou d'un conseiller de la mise en état, c'est parfois un renoncement à la collégialité qui s'avèrera nécessaire et/ou justifié.

B. L'audience à juge unique

822. Principe de collégialité et procédures à juge unique. Si la collégialité est hissée au rang de principe par le droit commun, tant en procédure civile[2] qu'en contentieux administratif[3], elle ne bénéficie pas de protection de rang constitutionnel. Le législateur peut par conséquent y déroger en habilitant des juridictions à statuer à juge unique. À condition, donc, que la possibilité en soit prévue par la loi et que l'égalité des citoyens devant la justice soit respectée[4], il est permis d'envisager des hypothèses dans lesquelles la Cour de la concurrence pourra statuer en cette formation. Avant de suggérer ces différentes hypothèses, formulons deux réserves.

---

matières concernées dressée par l'art. R. 732-1-1 CJA). Cette « dispense de conclusions, qui ne joue que devant les tribunaux et les cours, a pour objet de permettre au rapporteur public de ne pas se disperser sur les affaires qui lui semblent ne présenter aucune difficulté » (C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 344).

[1] V. art. 20, al. 5 Statut de la CJUE : « Lorsqu'elle estime que l'affaire ne soulève aucune question de droit nouvelle, la Cour peut décider, l'avocat général entendu, que l'affaire sera jugée sans conclusions de l'avocat général ». Bien que ce soit la figure de l'avocat général (membre du ministère public en droit interne) qui ait été privilégiée au sein des juridictions européennes, il est établi que son rôle est très proche de celui joué, au sein des juridictions administratives françaises, par le rapporteur public. V. C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union Européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux,* LGDJ, 6e éd., 2020, n° 815.

En contentieux administratif interne, la dispense de conclusions ne peut intervenir, en principe, que dans des cas limitativement prévus par les textes. Toutefois, des auteurs ont fait le constat qu'en certaines hypothèses, dans lesquelles une telle dispense n'est pas prévue, les procédures sont menées à leur terme sans qu'un rapporteur public n'intervienne (v. O. GOHIN, F. POULET, *Contentieux administratif,* précité, note 82 sous n° 428).

[2] En droit judiciaire privé, il n'existe aucun texte général qui pose le principe de collégialité. C'est au cas par cas que les textes prévoient que tel type de juridiction statue, en principe, en formation collégiale. V. par ex., concernant le tribunal judiciaire : art. L. 212-1 COJ et la Cour d'appel : art. L. 312-1 COJ. En tout état de cause, les juges doivent, sauf dispositions particulières, statuer en nombre impair (art. L. 121-2 COJ).

[3] Art. L. 3 CJA, qui prévoit néanmoins que la loi puisse déroger à ce principe de collégialité.

[4] Ce sont les deux conditions auxquelles le Conseil constitutionnel soumet le recours au juge unique, v. Cons. constit., décision n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010 *Union Syndicale des magistrats administratifs* (relative à l'art. L. 222-1 CJA). V. à ce sujet et sur cette décision B. SEILLER, « Le juge unique », *AJDA,* 2012, p. 1205.

D'une part, il convient que la possibilité soit toujours offerte au juge unique saisi d'une affaire d'en renvoyer l'examen à une formation collégiale lorsqu'il rencontre des difficultés particulières. D'autre part, il est impératif que la compétence pour statuer à juge unique soit réservée aux juges professionnels les plus expérimentés : président de la Cour et présidents de chambre[1] . C'est également à ces derniers que devra être confié le pouvoir de décider qu'une affaire sera traitée à juge unique : président de la Cour pour les matières qui relèvent de sa compétence exclusive, présidents de chambre lorsque les requêtes qui auront été attribuées à leur formation rempliront les conditions du recours à cette formation restreinte.

823. Les pouvoirs du président de la Cour statuant à juge unique : traiter l'urgence et le provisoire. En droit processuel positif, divers pouvoirs sont octroyés aux présidents de juridiction – notamment de première instance et d'appel – qui ont alors vocation à exercer en statuant seul. Les raisons qui motivent ce choix tiennent le plus souvent à l'urgence qu'il y a à traiter des demandes concernées, qu'elles tendent, par exemple, au prononcé du sursis à exécution d'un acte ou à au prononcé de mesures provisoires et/ou urgentes par la voie du référé. En outre, le Code de procédure civile prévoit certains recours[2] ou certaines procédures simplifiées et/ou accélérées dont la mise en œuvre est conditionnée à l'obtention d'une autorisation qu'il appartient aux présidents de juridiction de délivrer[3]. C'est encore en statuant seuls que ces derniers décident de délivrer, ou non, l'autorisation sollicitée par requête.

Le besoin que la Cour de la concurrence puisse s'adapter aux situations d'urgence et soit en mesure de traiter, en temps utile, les recours et demandes urgents qui lui seront adressés a été établi[4]. Pour les diverses situations et recours qui ont été envisagés[5], sur le modèle de ce qui est prévu par le droit commun[6], les pouvoirs doivent être confiés au président de la Cour qui

[1] En application des principes relatifs à la hiérarchie judiciaire et à l'avancement de carrière des juges – qu'ils soient magistrats professionnels ou membres du Conseil d'État – ces fonctions auront en effet vocation à être occupées par les juges professionnels les plus expérimentés qui seront affectés à la Cour de la concurrence.
[2] On songe notamment aux recours immédiats contre les décisions ordonnant une expertise (art. 272 CPC) ou un sursis à statuer (art. 380 CPC) qui sont tous deux soumis à autorisation du premier président de la Cour compétente.
[3] On songe ici à la procédure à jour fixe (devant le tribunal judiciaire : art. 840 à 844 CPC ; devant la cour d'appel : art. 917 à 925 CPC) et aux procédures dites « d'heure à heure » (art. 481-1, 5°, en référé : art. 485, al. 2 CPC).
[4] V. *supra*, n° 693 et s.
[5] Ont été envisagés : les recours exercés contre les décisions par lesquelles les autorités de premier ressort rejettent une demande de protection du secret des affaires ou ordonnent la levée de la protection dont bénéficiait une pièce ou une information ; les demandes de sursis à exécution d'un acte rendu par les autorités de premier ressort ; les recours accessoires exercés par la voie du référé tendant à ce que la Cour ordonne des mesures conservatoires et/ou provisoires nécessaires à la protection des droits des parties dans l'attente d'une décision sur le fond.
[6] Pour les juridictions d'appel, v. art. 956-957 CPC et art. L. 511-2, al. 1 CJA. Notons toutefois qu'à l'inverse du Code de procédure civile, qui confie certains pouvoirs relatifs à l'arrêt de l'exécution provisoire des décisions de première instance au premier président de la Cour d'appel (v. art. 514-3 et 957 CPC), le Code de justice administrative confie cette compétence à la formation collégiale de la Cour (v. art. R. 811-14 à R. 811-19 CJA). Nous proposons de confier l'ensemble au président de la Cour de la concurrence. Sur les pouvoirs du président de la CJUE en matière de mesures urgentes et/ou provisoires et de sursis à exécution v. art. 39 Statut de la CJUE.

statuera par ordonnance contradictoire, sauf lorsque les circonstances imposent de déroger à ce principe[1]. La faculté doit toutefois lui être offerte de confier l'exercice de ce pouvoir à d'autres juges de la Cour qu'il lui appartient alors de désigner pour ce faire ; on songe en premier lieu aux présidents de chambre. En tout état de cause et sauf difficulté particulière justifiant le renvoi à une formation collégiale, ces pouvoirs seront exercés à juge unique. D'autres circonstances pourraient justifier le recours à une telle formation.

824. Le traitement à juge unique des requêtes manifestement vouées à l'échec : l'ordonnance de tri. En contentieux administratif général, le Code de justice administrative habilite les présidents des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel et les présidents de formation de jugement de ces juridictions – ainsi que d'autres magistrats spécifiquement désignés – à statuer seuls, par ordonnance et sans procéder à une véritable instruction, sur les requêtes et demandes « vouées au rejet »[2]. La même faculté est offerte à certains juges du Conseil d'État[3].

À l'origine, pouvaient être rejetées par cette voie les seules requêtes dont l'échec résultait « d'une donnée quasiment objective qu'il suffisait au juge de constater : elle ne relève « *manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative* » ; il n'y a plus lieu à statuer ; le requérant s'est désisté ou encore la requête est entachée d'une « *irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance* » »[4]. La liste des hypothèses a été plusieurs fois étendue, notamment par décrets de décembre 2006[5] puis de novembre 2016[6].

Le premier a, par « une révolution étonnamment discrète »[7], permis le rejet par cette voie de requêtes ne comportant « que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis de précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé »[8]. Le champ de cette procédure simplifiée

[1] Ce que permettent les procédures sur requêtes sur lesquelles v. art. 493 à 498 CPC.
[2] Expression empruntée à C. BROYELLE, *Contentieux administratif,* précité, n° 23. V. art. R. 222-1 CJA.
[3] Président et présidents adjoints de la section du contentieux et présidents de chambre ; v. art. R. 122-12 CJA.
[4] C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 23. Ce sont les hypothèses visées aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'art. R. 222-1 CJA. Le 4° vise aujourd'hui « les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens ». Le 5° vise les requêtes ne portant que sur les frais irrépétibles et/ou les dépens ; le 6° vise, lui, les requêtes relevant d'une série (sur lesquelles v. *Ibid.*, n°24).
[5] Décret n° 2006-1708 du 23 décembre 2006 sur lequel v. D. CHABANOL, « Le décret du 23 décembre 2006 : vers une refonte de l'accès au juge ? », *AJDA*, 2007, p. 304 et A. BARLERIN, « Ordonnances : gare à l'abus de prescription ! », *AJDA,* 2007, p. 329.
[6] Décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 dit « décret JADE (Justice administrative de demain) ».
[7] A. CIAUDO, « Le rejet par ordonnance des recours manifestement mal fondés », *DA,* n° 6, juin 2010, étude 11.
[8] Art. R. 222-1, 7° CJA. Sur le détail des hypothèses visées par l'article, v. A. CIAUDO, article précité.

était ainsi étendu à des requêtes dont le rejet implique une appréciation, au moins minime[1], de moyens relatifs à la légalité externe de l'acte litigieux (ce qui peut concerner son insuffisante motivation, le respect des règles de procédure qui encadrent le processus de son adoption ou encore la compétence de son auteur) et même de moyens relatifs au fond dès lors qu'ils sont jugés inopérants, irrecevables ou « exposé[s] de manière trop vague ou imprécise par le requérant » de sorte qu'ils empêchent au juge de mettre en œuvre ses pouvoirs[2]. Ainsi le moyen qui invoque l'irrégularité d'un acte sans mentionner avec précision les étapes de la procédure d'adoption qui auraient été méconnues par son auteur peut-il, en droit positif, être rejeté par ordonnance sans qu'il soit procédé à une véritable instruction ni tenu d'audience. Il en va de même du moyen qui arguerait de la violation de la loi sans mentionner expressément le texte dont il s'agit ou sans établir avec précision les pièces et/ou éléments – de droit et/ou de faits – dont cette violation résulte ou qui permettent d'en faire la démonstration.

Le second décret a poursuivi cette extension du champ de ces « ordonnances de tri » en visant certaines requêtes, notamment d'appel et/ou tendant au sursis à exécution des jugements frappés d'appel, « manifestement dépourvues de fondement »[3]. Dorénavant, de telles requêtes peuvent être rejetées par simple ordonnance adoptée au terme d'une appréciation des moyens – éventuellement relatifs au fond – présentés par son auteur dès lors que le juge les estime – sans avoir procédé à une véritable instruction ni entendu les parties ou un rapporteur public – manifestement voués à l'échec ; par exemple au regard d'une jurisprudence établie que le requérant a maladroitement ignorée ou qu'il cherchait volontairement à combattre.

825. Le recours aux ordonnances de tri par la Cour de la concurrence. En droit positif, certaines requêtes soumises aux juridictions administratives peuvent ainsi, au terme d'une appréciation au fond opérée par un juge unique, être rejetées sans véritable instruction ni audience et sans faire intervenir de rapporteur public. L'extension continue du champ de ces ordonnances de tri a fait l'objet de craintes et réserves[4]. Il n'en demeure pas moins qu'à condition de faire l'objet d'une application prudente, mesurée et assurant un équilibre entre la protection des droits des justiciables et le souci de gérer les flux contentieux, elle permet aux juridictions de traiter dans un temps limité et à moindre coût des requêtes dont l'examen par

[1] L'usage répété de l'adjectif « manifestement » par le texte implique que l'échec annoncé de la requête soit marqué par le sceau de l'évidence ; ce qu'un examen peu approfondi suffirait à percevoir.
[2] A. CIAUDO, article précité.
[3] Ces ordonnances ne peuvent cependant être rendues que par certains juges des cours administratives d'appel ou du Conseil d'État ; les juridictions de premier degré en sont exclues. V. art. R. 222-1, al. 9 CJA.
[4] P. CASSIA, « L'inquiétante justice administrative de demain », *D.,* 2016, p. 2475 ; M.-C. DE MONTECLERC, « Les syndicats de magistrats administratifs toujours opposés à l'extension des ordonnances », *Dalloz actu.,* 10 novembre 2016 ; O. MAMOUDY, « *Czabaj* : une tardiveté pas comme les autres ! », *AJDA,* 2020, p. 649.

une formation collégiale ne semble pas pertinent eu égard à l'échec auquel elles sont promises. Il est donc opportun que la Cour de la concurrence puisse mobiliser ce dispositif, sous le contrôle rigoureux des juges de cassation. Serait ainsi complétée la liste des hypothèses dans lesquelles la Cour peut valablement statuer à juge unique sur les recours dont elle est saisie.

Dans d'autres circonstances, c'est, au contrainre, le besoin de composer une formation réunissant davantage que les trois juges membres d'une chambre qui pourrait se faire sentir.

C. L'audience en formation élargie

826. L'initiative de la réunion d'une formation élargie. La réunion d'une formation de jugement élargie, réunissant davantage que les trois juges membres d'une chambre ordinaire, doit en premier lieu relever de l'initiative du président de la Cour. Lorsqu'un premier examen d'une requête dont la Cour est saisie, éventuellement accompagné des observations du greffe, laissera apparaître que l'affaire en cause présente un enjeu particulier et/ou soulève des questions et difficultés particulières (en raison de leur nouveauté, de leur nombre, de leur caractère transversal, des divergences qui ont pu exister sur les questions posées entre des autorités de premier degré et/ou au sein des chambres de la Cour etc.), le président pourra immédiatement prendre l'initiative de réunir une telle formation.

Reste qu'un premier examen de la requête n'est pas toujours suffisant pour déceler la particulière complexité ou la singulière importance d'une affaire. Celle-ci peut n'apparaître qu'à l'occasion d'un examen plus poussé par le juge chargé de l'instruction, par le rapporteur public[1], voire par la formation de jugement au stade du délibéré. Il faut alors permettre à ces différents protagonistes, chaque fois qu'ils l'estimeront nécessaire, d'avertir leur président de chambre afin que celui-ci sollicite le président de la Cour en vue de la réunion d'une formation élargie pour traiter du recours en cause. Pourra alors être réunie, sur décision de ce dernier, une formation composée de juges issus de plusieurs chambres, voire une formation plénière.

827. Considérations justifiant la réunion d'une formation élargie. La formation en chambres réunies permet de faire siéger, sous la présidence du président de la Cour, des magistrats issus de différentes chambres. Selon le nombre de chambres réunies, seront envoyés à la formation les seuls présidents ou le président et un assesseur de chacune. Le président de la Cour désignera un rapporteur public et un conseiller de la mise en état et, si la présence d'un

[1] En contentieux administratif, le choix de la formation, qui appartient au président de la juridiction, est en pratique « largement dicté par les recommandations du rapporteur public » (C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 338) dont la participation à l'établissement du rôle au sein des cours administratives d'appel et du Conseil d'État est expressément prévue par les textes (art. R. 711-1, al. 2 et R. 712-1 CJA).

économiste dans la formation de jugement s'avère nécessaire, un économiste-juge qui siègera à leurs côtés. En toutes hypothèses, les juges réunis devront être en nombre impair. Une telle formation devra être réunie pour le traitement des recours qui soulèvent des questions et difficultés particulières relevant de la spécialité de différentes chambres (par ex. : volets *public enforcement* et *private enforcement* d'une même affaire ; appréciation de la légalité d'un acte administratif au regard du droit de la concurrence et conséquences indemnitaires tenant au caractère anticoncurrentiel dudit acte) ou pour assurer l'harmonisation de la jurisprudence de plusieurs chambres sur une question à l'égard de laquelle le président de la Cour a constaté ou craint le développement d'une divergence entre elles[1].

La réunion de la formation plénière doit, elle, être réservée au jugement des affaires les plus sensibles, soulevant des questions d'une particulière complexité – du fait, notamment, de leur nouveauté – et/ou présentant les enjeux juridiques et économiques les plus importants. Elle peut aussi être la formation appropriée pour opérer un revirement de jurisprudence ou poser une règle de droit nouvelle (méthode d'évaluation, test de qualification, présomption etc.) ou encore pour trancher une affaire sur renvoi après cassation. Cette formation solennelle, présidée par le président de la Cour – qui aura également pour fonction de désigner un rapporteur public et un conseiller de la mise en état parmi les plus expérimentés – devra *a minima* réunir l'ensemble des présidents de chambre[2] et faire place à un, voire à plusieurs économistes-juges si la question débattue soulève des difficultés relatives au raisonnement et à l'analyse économiques.

En tout état de cause, quels que soient les enjeux et questions qu'ils soulèveront et quelle que soit la formation à laquelle ils seront confiés, les recours dont a vocation à être saisie de la Cour de la concurrence devront, en principe, donner lieu à une phase d'instruction dont il convient désormais d'envisager les modalités.

Section 2 : L'instruction des affaires devant la Cour de la concurrence

828. De la saisine de la Cour au renvoi à la formation de jugement. Suivant un découpage classique du droit processuel, nous procèderons à l'étude des modalités par lesquelles la Cour de la concurrence devra procéder à la mise en état et à l'instruction des recours et affaires qui lui seront présentés en distinguant trois étapes essentielles. Celles-ci ont toutes en commun de

[1] Comp. les situations dans lesquelles le Code de l'organisation judiciaire prévoit la réunion de magistrats issus de deux chambres d'une même cour d'appel pour siéger sur un recours (v. art. R. 312-11-1, al. 2).
[2] Éventuellement accompagnés d'assesseurs en fonction du nombre de juges et de chambres qui composeront la Cour.

poursuivre l'objectif que soit présenté à la formation de jugement un dossier en état d'être débattu sur le fond puis jugé de manière efficace et éclairée.

Il s'agit, d'abord, de l'étape au cours de laquelle interviennent la saisine de la Cour puis l'orientation de l'affaire (§ I) ; ensuite, de celle de la mise en état de l'affaire (§ II) puis, enfin, de celle de la clôture de l'instruction et du renvoi de l'affaire à la formation de jugement (§ III).

§ I – Saisine de la Cour et orientations des affaires

829. Après avoir présenté les modalités par lesquelles devront intervenir l'introduction des recours et la saisine de la Cour de la concurrence (A), nous évoquerons celles par lesquelles l'orientation de l'affaire devra être décidée au sein de la formation à laquelle le recours est confié (B).

A. L'introduction du recours et la saisine de la Cour

830. Le modèle de la requête. La requête, souvent présentée comme modèle de l'acte introductif d'instance dans les procédures de type inquisitoire[1], est l'acte de procédure par lequel est par principe introduite toute instance en contentieux administratif[2] et par lequel sont introduites les instances devant les juridictions de recours – Cour d'appel et Cour de cassation – en procédure civile[3]. Elle doit être déposée au greffe de la juridiction compétente qu'elle a pour effet direct de saisir et laisse en principe à cette dernière le soin d'informer, par l'intermédiaire de son greffe, les autres parties de l'exercice de cette action.

Juridiction de recours susceptible d'être saisie à la fois de véritables appels et de recours exercés contre les actes adoptés par des autorités administratives, la Cour de la concurrence s'inscrit alternativement dans l'office d'une juridiction d'appel et dans celui d'un juge administratif de la légalité. Il est par conséquent opportun de prévoir que sa saisine interviendra, par principe, par l'acte au moyen duquel sont introduites ces voies procédurales : la requête unilatérale[4] dont une communication par voie électronique devrait être organisée[5].

---

[1] V. par ex. E. JEULAND, ouvrage précité, n° 412.

[2] En premier ressort v. art. R. 411-1 ; en appel v. art. R. 811-13 ; en cassation v. art. R. 821-6 CJA.

[3] Pour l'appel v. art. 900 et 901 CPC. Pour le pourvoi en cassation v. art. 974 et 975 CPC. Les textes visent la « déclaration » (d'appel ou de pourvoi) mais il est établi que la déclaration est « une forme particulière de requête » ; en témoigne notamment le renvoi, par l'art. 901, à l'art. 57 CPC relatif à la requête (v. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* précité, n° 978).

[4] La précision est rendue nécessaire par l'existence, en procédure civile, d'une requête conjointe (art. 54, al. 1er CPC) laquelle fait figure de mode conventionnel d'introduction de l'instance, de « substitut amiable à l'assignation » dont l'usage est peu répandu en pratique (v. L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 551).

[5] Cela inscrirait la Cour dans une dynamique qui marque déjà le droit positif. En contentieux administratif, la requête doit, à peine d'irrecevabilité, être communiquée par voie électronique dès lors qu'elle est déposée par

831. Contenu, dépôt et communication de la requête. Cette requête, nécessairement présentée par avocat ou par une administration[1], devra être motivée et contenir – dès l'origine ou en étant complétée dans un délai fixé par la loi[2] – les conclusions et pièces de la partie auteur du recours. Dès réception, il appartiendra au greffe de la Cour de la concurrence de l'enregistrer et d'en communiquer une copie à toutes les parties et/ou autorités intéressées. Il s'agit là de faire application du principe qui gouverne le droit commun de l'introduction d'un recours par requête unilatérale[3] et de renverser la solution dérogatoire prévue par le droit positif en matière de recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence[4]. Si cette obligation mise à la charge des services de la Cour peut, pour certaines hypothèses, sembler lourde ; sa spécialisation devrait permettre d'en systématiser aisément le traitement en adressant cette notification à tous les destinataires dont la liste est ou devra être, pour chaque type de recours, prévue par les textes[5]. Du reste, des voies dématérialisées de communication pourraient être mises en place pour l'alléger encore. En tout état de cause, cette modalité d'introduction assure une information systématique, uniformisée et dans de brefs délais des parties[6] et autres autorités intéressées ou directement impliquées par le recours quel que soit le type d'acte qui en est l'objet. Des modalités de publicité de la requête pourraient en outre être organisées afin que les tiers soient en mesure d'être informés de l'introduction de recours susceptibles de produire des conséquences sur leur propre situation et/ou sur un marché sur lequel ils opèrent.

Reste que pour les recours urgents et/ou pour lesquels le requérant sollicite la tenue d'une procédure accélérée, il apparaît plus prudent d'assurer l'information des opérateurs et autorités intéressés par voie d'huissier. C'est alors le modèle de l'assignation qui devra être privilégié.

832. La voie de l'assignation applicable à l'introduction de procédures urgentes et/ou accélérées. Eu égard aux délais restreints dans lesquels ils ont vocation à être exercés puis tranchés, les recours qui tendent au prononcé, en principe à juge unique, de mesures provisoires

---

avocat ou par l'administration (art. R. 414-1 CJA). La règle vaut en procédure civile pour toute procédure d'appel avec représentation obligatoire (art. 930-1 CPC) et ce, à peine d'irrecevabilité relevée d'office.

[1] Puisque la représentation par avocat des opérateurs privés devrait être obligatoire devant la Cour de la concurrence. V. *supra*, n° 674.

[2] À défaut, elle encourra le rejet par la voie d'une simple ordonnance de tri sur laquelle v. *supra.*

[3] V. par ex. art. 902 CPC pour l'appel devant les juridictions judiciaires.

[4] L'art. R. 464-13 C. com. fait en effet peser sur le demandeur la charge de communiquer, dans les cinq jours du dépôt de sa déclaration de recours au greffe de la Cour d'appel de Paris, une copie de celle-ci aux parties auxquelles la décision de l'Autorité a été notifiée, à l'Autorité et au ministre de l'Économie.

[5] À l'instar de la liste prévue par l'art. R. 464-13 C. com.

[6] Concernant les opérateurs privés, lesquels sont soumis à l'obligation d'être représenté par avocat, un système similaire à celui posé par les alinéas 2 à 4 de l'art. 902 CPC pourrait être prévu : en cas de retour de la lettre de notification au greffe (si la communication matérielle est maintenue) ou si, à l'échéance d'un délai fixé par la loi après notification de la requête par le greffe, l'un des opérateurs privés défendeurs n'a pas constitué avocat ; il appartiendrait au requérant de procéder à la signification de la requête par voie d'huissier.

et/ou conservatoires[1] nécessaires au traitement de situations d'urgence devront connaître des modalités d'introduction particulièrement protectrices des droits et intérêts des opérateurs et autorités concernés[2]. Pour ces procédures, il est opportun de prévoir – à l'instar du principe posé par le Code de procédure civile en matière de référé[3] – que l'introduction se fera par la voie du « procédé assez formaliste »[4] qu'est l'assignation. Cette modalité d'introduction du recours garantit l'information, via signification par huissier de justice, des opérateurs et autorités intéressés dans les meilleurs délais. La saisine de la Cour interviendrait alors par remise à son greffe d'une copie de l'acte. La solution doit être étendue aux recours qui seront exercés, devant le président de la Cour, contre les décisions par lesquelles les autorités de « premier ressort » refusent la protection d'un secret d'affaires ou en ordonne la levée[5].

Certains recours portés devant la formation collégiale de la Cour et qui ne tendent pas au prononcé de mesures provisoires requièrent également un traitement rapide ; soit qu'il y ait une urgence objective à ce qu'il soit statué dessus[6], soit que leur auteur ait obtenu du président de la Cour l'autorisation qu'il soit traité en priorité[7]. Les concernant et pour les mêmes raisons qui viennent d'être exposées, il est opportun que l'introduction se fasse au moyen de l'assignation[8].

---

[1] Sont inclus les recours tendant au sursis à exécution d'un acte adopté par une autorité de « premier ressort ».

[2] Qu'il s'agisse des droits et intérêts d'opérateurs économiques engagés dans la procédure de « premier ressort » qui a donné lieu l'exercice du recours ou ceux représentés et défendus par l'auteur de l'acte qui en est l'objet.

[3] Art. 485, al. 1 CPC ; v. aussi l'art. 905-1 CPC qui prévoit, lorsque l'appel est fixé à bref délai (en application de l'art. 905) que, sauf à ce que l'intimé ait déjà constitué avocat – auquel cas la déclaration est notifiée à ce dernier – « l'appelant *signifie* la déclaration d'appel dans les dix jours (…) » (nous soulignons) : la déclaration d'appel signifiée à l'intimé la rapproche fortement de l'assignation. De nouveau, pour une procédure qui se tient dans de brefs délais, le souci d'assurer l'information, en temps utile, des parties défenderesses justifie que l'on s'en remette au régime de la signification par huissier de justice de l'acte introductif d'instance.

[4] G. WIEDERKEHR, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, p. 449.

[5] Sur ce recours, dont nous proposons de généraliser l'effet suspensif et dont nous avons suggéré le traitement par une voie inspirée de la procédure accélérée au fond v. *supra*, n° 679.
Notons qu'en droit positif, le recours exercé devant le premier président de la Cour d'appel de Paris contre les décisions prises en la matière par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence est d'ores et déjà introduit par voie d'assignation (v. art. R. 464-24-3 C. com.).

[6] Ce qui est le cas chaque fois que le recours a soit :
- pour objet une décision prise pour répondre à une situation d'urgence (ordonnance de référé d'une juridiction de premier degré ou décision de l'Autorité de la concurrence ordonnant des mesures conservatoires ; dans ces deux hypothèses le droit positif organise d'ores et déjà un traitement accéléré de ces recours : v. art. 905, 2° CPC pour l'appel contre les ordonnances de référé et art. L. 464-7 et R. 464-20 C. com. pour le recours contre les décisions par lesquelles l'Autorité de la concurrence ordonne des mesures conservatoires) ;
- pour effet d'empêcher une procédure de premier ressort d'être menée à son terme (c'est le cas des recours qui peuvent être immédiatement exercés contre des décisions prises, en cours de procédure, par des juridictions de première instance, v. par ex. le recours immédiat contre la décision qui ordonne la tenue d'une expertise (art. 272 CPC) ou le recours immédiat contre certaines ordonnances du juge de la mise en état (art. 795 CPC)). De nouveau, le droit positif organise d'ores et déjà un traitement accéléré de tels recours (art. 272 et art. 905, 4° CPC).

[7] Sur le modèle de ce que prévoit l'art. 917 CPC qui dispose que « si les droits d'une partie sont en péril, le premier président peut, sur requête, fixer le jour auquel l'affaire sera appelée en priorité (…) ».

[8] Ce que prévoit d'ores et déjà le droit commun : v. art. 905-1 précité (lorsque l'appel est fixé à bref délai en application de l'art. 905) et art. 920 al. 1 CPC qui prévoit que, lorsqu'il est fait application de l'art. 917, « l'appelant assigne la partie adverse pour le jour fixé ».

Elle est le meilleur moyen de garantir une information en temps utile des autorités et opérateurs dont les droits et intérêts et/ou les actes sont susceptibles d'être affectés.

B. L'orientation des affaires

833. L'orientation de l'affaire : observations du greffe et décision du président de formation. Une fois le recours introduit et la Cour de concurrence saisie, il appartiendra à son président de procéder à la distribution et de transmettre la requête ainsi que l'ensemble du dossier au président de la formation désignée. Dans ses observations sommaires formulées à réception de la requête[1], le greffe pourra avoir traité de l'orientation de l'affaire ; alors le président de la formation saisie en tiendra compte. C'est en tout état de cause à ce dernier qu'incombera le choix des modalités d'instruction de chaque recours ; autrement dit de procéder à l'orientation des affaires confiées à sa formation.

Pour ce faire, ce président de formation devra procéder à un premier examen du dossier. S'il s'avère suffisant, il décidera à son terme de la voie que devra suivre l'instruction de l'affaire et chargera le greffe d'en informer les parties. Si l'une des parties en fait la demande, si ce premier examen n'a pas suffi à déterminer les modalités d'instruction adéquates ou s'il envisage un renvoi direct à l'audience[2], la faculté doit lui être offerte de convier les parties à une audience d'orientation. Cette audience devra être l'occasion de conférer de l'état de la cause avec les représentants des parties et de disposer de plus amples éléments avant de décider, à son terme, de l'orientation de l'affaire[3]. Reste à envisager les différentes voies d'instruction parmi lesquelles le président aura à opérer son choix.

§ II – Mise en état des affaires

834. Circuits d'instruction. Les recours dont la Cour de la concurrence a vocation à être saisie présentent une importante diversité (tenant, notamment, aux actes qui en sont l'objet, à la qualité et aux objectifs poursuivis par leur auteur) et des degrés de complexité très variables (tenant, notamment, au nombre et à la qualité des parties et intervenants ainsi qu'à l'éventuel recours à des analyses économiques). Afin d'y adapter, au cas par cas, son choix des modalités

[1] V. *supra*.
[2] V. *infra*. Lorsqu'il envisage un tel renvoi immédiat, l'instruction est réduite à son plus strict minimum. Il convient donc que le président réunisse les parties pour s'assurer que le dossier est véritablement en état d'être jugé. Cette hypothèse devrait rester marginale devant la Cour de la concurrence.
[3] Traitant de l'audience d'orientation applicable à la procédure ordinaire devant le Tribunal judiciaire (art. 776 CPC), MM. Cadiet et Jeuland expliquent que « cet entretien permet de faire apparaître des éléments utiles qui ne figurent pas dans les pièces du dossier, comme l'existence d'une tentative de transaction ou, au contraire, la formulation prochaine d'une demande incidente ; ce peut être encore la nécessité d'un délai pour se procurer une pièce, etc. » (L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 910).

par lesquelles il devra être procédé à la mise en état de chaque affaire attribuée à sa formation, le président doit disposer d'un panel de différents circuits procéduraux.

D'abord, dans certaines circonstances exceptionnelles, le constat pourra être fait de la possibilité que le recours soit tranché sans qu'il soit procédé à une véritable instruction (A). En dehors de cette hypothèse, le traitement de chaque recours nécessitera que l'affaire soit instruite et mise en état d'être jugée. En l'absence de difficulté particulière, cette opération pourra être assurée directement par le président de la formation à laquelle l'affaire aura été attribuée – c'est le circuit moyen (B). Pour les dossiers complexes, susceptibles de requérir l'organisation d'échanges et l'exécution d'actes et mesures nombreux ou qui soulèvent d'importantes difficultés procédurales, il convient de prévoir qu'elle sera confiée à un juge spécifiquement désigné pour y procéder – c'est le modèle de l'instruction confiée à un juge chargé de la mise en état ; le circuit long (C).

A. L'absence exceptionnelle de véritable instruction

835. Deux situations doivent ici être distinguées. La première renvoie à l'hypothèse exceptionnelle dans laquelle la Cour sera habilitée à prononcer, par ordonnance, le rejet d'une requête en renonçant à toute forme d'instruction contradictoire. Cette renonciation devra concerner le traitement des seuls recours manifestement voués à l'échec (1). La seconde renvoie à des hypothèses dans lesquelles l'instruction sera réduite à sa plus simple expression et se limitera soit à la production de leurs premières pièces et conclusions par les parties, soit à la tenue d'échanges oraux directement à l'audience. Une telle minimalisation de l'instruction pourra être justifiée par l'urgence ou, de manière plus marginale, par l'état du dossier présenté à l'audience d'orientation (2).

1. La dispense d'instruction motivée par l'inéluctable échec du recours

836. L'ordonnance de tri : un rejet à juge unique sans instruction, audience ni rapporteur public. La possibilité pour la Cour de recourir, sur le modèle de ce qui est pratiqué par les juridictions administratives, au rejet de requêtes par l'adoption d'ordonnances de tri a déjà été évoquée. Sous réserve qu'elle fasse l'objet d'un maniement prudent et motivé, sous le contrôle du juge de cassation auquel il appartiendra de veiller à la bonne observation du champ et des conditions de sa mise en œuvre, cette voie de traitement des recours manifestement voués à l'échec permettra une économie de temps et de moyens tout à fait opportune.

Dès lors, chaque fois qu'un examen primaire de la requête par le président de la formation saisie aura suffi à faire apparaître « que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine »[1] et que le rejet s'impose[2] il pourra, à l'instar de son homologue des juridictions administratives[3], en prononcer le rejet par simple ordonnance notifiée à son auteur. Cela sans avoir, au préalable, procédé à une véritable instruction contradictoire de l'affaire[4], ni même fait intervenir un rapporteur public ou organisé d'audience[5].

837. Prudence et rigueur dans le recours à l'ordonnance de tri. En contentieux administratif, l'extension continue du champ des ordonnances de tri fait l'objet de craintes et contestations, notamment en raison de l'atteinte qu'elles sont susceptibles d'entraîner sur les droits des justiciables qui en font l'objet[6]. La Cour de la concurrence devra par conséquent en faire un usage prudent et mesuré, notamment en matière répressive. En outre, afin de garantir le maintien du caractère exceptionnel de cet outil, il convient d'en limiter le champ et de faire peser sur le juge qui en fait usage d'importantes obligations.

D'abord, il est nécessaire d'astreindre le juge qui entend se dispenser d'instruction contradictoire pour procéder au rejet d'un recours par ordonnance à une obligation de motivation rigoureuse de sa décision. Il convient d'exiger qu'il expose clairement le motif de son rejet et qu'il fasse la démonstration du caractère évident et inéluctable de la solution. Les juges de cassation devront assurer un contrôle entier de ces éléments.

Ensuite, la prudence invite à limiter le champ des ordonnances de tri au rejet de requêtes pouvant intervenir sans qu'il soit nécessaire d'apprécier le bienfondé d'arguments relatifs au fond présentés par leur auteur. On songe notamment au constat d'un désistement du requérant,

---

[1] Formule de l'art. R. 611-8 CJA : « lorsqu'il apparaît au vu de la requête que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, [le président de juridiction ou de la formation saisie] peut décider qu'il n'y a pas lieu à instruction ».
[2] La jurisprudence a restreint l'application de l'art. R. 611-8 CJA à l'hypothèse du rejet de la requête car la solution inverse, qui consiste à y faire droit, est susceptible d'affecter les droits des parties adverses. Or une telle atteinte ne peut intervenir sans qu'elles aient été conviées à un débat contradictoire et mises en mesure de présenter leur défense, quand bien même leurs chances de succès paraîtraient nulles (CE, sect., 5 avril 1996 *Synd. des avocats de France,* n° 116594).
[3] V. art. R. 611-8 puis art. R. 122-12 (pour le Conseil d'État) et R. 222-1 CJA (pour les TA et CAA).
[4] À proprement parler, le juge ne peut jamais se dispenser de prendre connaissance de la requête et de procéder à son examen, ce qui constitue déjà une forme d'instruction. Toutefois, dans son acception juridique et procédurale, l'instruction implique l'organisation d'un débat contradictoire dont se dispense le juge lorsqu'il a recours à l'ordonnance de tri : aucun débat n'est organisé entre l'auteur de la requête et ses contradicteurs puisque ces derniers ne sont, au jour où le juge statue, même pas informés de son existence.
[5] La dispense d'audience n'est pas prévue par les textes mais a été permise par la jurisprudence (CE, 30 avril 1993 *Commune d'Arcangues,* n° 122075 et, plus récemment, CE, 10 février 2016 *Peyret et Vivier,* n° 387507).
[6] À commencer par leur droit au recours et aux garanties du procès équitable dont ils doivent jouir. Ces craintes sont exprimées tant par des universitaires (v. par ex. : P. CASSIA, « L'inquiétante justice administrative de demain », précité) que par des praticiens (v. par ex. : M.-C. DE MONTECLERC, « Les syndicats de magistrats administratifs toujours opposés à l'extension des ordonnances », précité).

au rejet des recours ne relevant manifestement pas de la compétence de la Cour, de ceux qui sont affectés d'une cause d'irrecevabilité (défaut de qualité, prescription, autorité de chose jugée) ou sont introduits par une requête affectée d'une cause de nullité (méconnaissance d'une condition de délai ou de forme prévue à peine de nullité) insusceptibles de régularisation et qu'un examen sommaire suffit à constater. Pourrait encore être prononcé par cette voie le rejet de requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés ou irrecevables. La liste n'est pas exhaustive mais ne devront y être incluses que des hypothèses dans lesquelles le rejet peut intervenir sous le sceau de l'évidence et sans nécessiter d'appréciation du fond[1]. En dehors du champ de cette dispense exceptionnelle, chaque recours devra donner lieu à instruction, aussi sommaire soit-elle.

2. La simplification drastique de l'instruction justifiée par l'urgence ou l'état du dossier

838. L'urgence justifiant la réduction de l'instruction à sa plus simple expression. En droit processuel, c'est en premier lieu dans le cadre des procédures tendant au prononcé de mesures urgentes, provisoires et/ou conservatoires (notamment référé et sursis à exécution) que l'instruction a vocation à être simplifiée. La formation à juge unique, le recours plus systématique à l'oralité[2] et le souci de traiter la demande dans les meilleurs délais conduisent, de fait, à la tenue d'une instruction souvent raccourcie et minimaliste ; l'essentiel se jouant à l'audience devant le juge. En outre, les conditions qui encadrent l'octroi des mesures sollicitées renvoient largement à l'évident, au manifeste et aux apparences. Il n'est dès lors pas attendu du juge qu'il mène une instruction longue et approfondie : il tranche, dans les meilleurs délais, au regard des échanges entre les parties avec lesquelles il a la possibilité d'instaurer un échange direct à l'audience et doit prononcer le rejet lorsque le doute et l'incertitude planent.

C'est encore lorsqu'une procédure urgente est engagée au fond, devant une formation collégiale, que l'urgence peut conduire à une réduction drastique des modalités d'instruction et de mise en état de l'affaire. D'abord, dans les situations dans lesquelles la loi prévoit la mise en

[1] À l'inverse de ce que semble peu à peu permettre le droit commun du contentieux administratif. V. spéc. art. R. 222-1, al. 9 CJA et le commentaire de P. CASSIA, article précité. V. encore, C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 23, qui explique qu'en droit positif, le rejet par ordonnance peut intervenir pour des requêtes « qui n'ont aucune chance de succès sur le fond (par exemple, une jurisprudence établie fait obstacle au succès de la demande) ».

[2] Tant en procédure civile qu'en contentieux administratif, l'oralité a une place prépondérante dans les procédures de référé ; ce qui a pour conséquence que l'audience y constitue le « moment clé » (M. DHIVER, B. JAVAUX, « Saisir le juge en urgence », *in* L. JANICOT, J.-C. ROTOULLIÉ (dir.), *Regards croisés sur la procédure administrative contentieuse et la procédure civile*, précité, p. 37 et s. ; spéc. p. 40-42).

œuvre d'une procédure à bref délai[1]/[2], la proximité de l'audience et la réduction des délais conduisent à réduire le temps et les modalités de l'instruction[3]. Dans une telle hypothèse, une instruction contradictoire existe bel et bien mais l'urgence ou l'état du dossier conduit à en justifier la simplification et la réduction. Mais surtout, lorsqu'en raison de l'urgence le président d'une juridiction permet au requérant d'engager une procédure à jour fixe[4], ce dernier est autorisé à assigner ses contradicteurs directement à une audience qui, devant se tenir par hypothèse dans un délai assez court, laisse peu de place à l'instruction. Celle-ci est alors réduite « quasiment à néant »[5]. De nouveau, l'essentiel a lieu à l'audience. L'instruction n'est, à proprement parler, pas inexistante, mais elle est réduite à son plus simple appareil.

Susceptible d'être saisie au moyen de telles procédures, la Cour de la concurrence a vocation à s'inscrire dans cette dynamique et devra, chaque fois que les circonstances l'exigeront, se contenter d'une instruction minimaliste. Il devra en aller de même lorsque l'état du dossier justifiera une telle minimalisation de l'instruction.

839. L'état du dossier justifiant le renvoi immédiat à l'audience aux fins de jugement (le circuit court). Il s'agit ici d'une hypothèse marginale[6] dans laquelle le président de la formation saisie qui, à l'issue d'une audience d'orientation[7], aura fait le constat de ce que l'affaire est en état d'être jugée, sera habilité à clore immédiatement l'instruction et à renvoyer l'affaire à la formation de jugement afin qu'elle soit débattue puis jugée sur le fond. En toutes hypothèses, l'emprunt de ce « circuit court » d'instruction implique que les parties aient produit l'ensemble de leurs pièces et arguments (le requérant, par la voie de conclusions adjointes à l'acte par lequel il a introduit le recours ; ses contradicteurs, par des conclusions produites en réponse) et que leurs échanges permettent au juge de s'assurer que le contradictoire a été respecté et que le débat a véritablement été épuisé. Devant la Cour de la concurrence, l'hypothèse pourrait se rencontrer en présence de recours ayant un objet précis et limité à une ou plusieurs questions

[1] Sur le modèle de l'art. 905 et, sur renvoi, des art. 778 et 779 CPC. Les délais fixés par l'art. 905 pouvant être encore réduits par décision du président de chambre (v. art. 905-2, al. 5 CPC).
[2] Voire d'une procédure accélérée au fond, v. *supra*, notre proposition de s'inspirer du modèle de cette procédure pour organiser le traitement du recours exercé contre les décisions par lesquelles des autorités de premier ressort refusent la protection du secret d'affaires ou en ordonne la levée (Partie II – Titre I – Chap. 2 – Sect. 2 – § 1).
[3] Délais de signification de la déclaration d'appel d'abord (10 jours à compter de la réception de l'avis de fixation de l'audience, v. art. 905-1 CPC) puis de communication des pièces et conclusions (en principe 1 mois ; pour le point de départ des délais applicables aux différentes parties v. 905-2 CPC ; en outre l'al. 5 prévoit que le président de la formation peut réduire encore ces délais légaux).
[4] Pour le premier président d'une Cour d'appel v. art. 917 CPC.
[5] L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 910.
[6] À plus forte raison devant une juridiction de recours et dans un contentieux auquel sont susceptibles d'intervenir de nombreux protagonistes, dont des autorités administratives à compétence nationale.
[7] Qui devra être tenue chaque fois que le premier examen du dossier lui laisse penser que ce renvoi immédiat est possible (v. *supra*).

n'impliquant pas de débats conséquents sur le fond (par ex. vice de forme ou méconnaissance invoquée d'une condition de validité de la procédure menée en premier ressort), lorsque chacune des parties a produit ses conclusions avant que l'audience d'orientation ne se soit tenue.

Dans tous les autres cas, la Cour sera tenue d'organiser une véritable phase d'instruction et de mise en état des recours. Celle-ci pouvant encore emprunter plusieurs circuits.

B. Le circuit moyen : l'instruction menée par le président de la formation de jugement

840. L'organisation d'ultimes échanges et d'une seconde audience d'orientation. Ce circuit moyen d'instruction devra être privilégié par le président de la formation saisie lorsque l'examen de la requête et des premiers éléments produits par les parties[1] laissera apparaître que l'essentiel des éléments nécessaires à la résolution du litige y figurent, que le débat strictement procédural est limité et que l'organisation d'une ultime salve d'échanges suffira à assurer que le dossier soit en état d'être débattu puis jugé sur le fond.

Alors, il appartiendra au président de la formation saisie de fixer la date d'une seconde audience d'orientation[2] avant la tenue de laquelle les parties devront procéder à la production de leurs ultimes pièces et conclusions. Il pourra, par la même occasion, enjoindre aux parties de profiter de ce délai pour communiquer certains éléments en leur possession et/ou pour apporter certaines explications de fait ou de droit qui lui paraissent nécessaires à la solution du litige.

Une telle voie pourrait notamment suffir à la résolution de recours relatifs à des actes adoptés en matière de micro-PAC, qui sont réputés concerner des situations moins complexes et couvrir des enjeux relativement limités, ou encore à des appels interjetés contre des jugements rendus en matière de pratiques restrictives de concurrence ou de transparence commerciale qui soulèvent des questions de reponsabilité ne présentant pas de difficulté particulière.

Si au jour de la seconde audience d'orientation, le président constate, au vu des derniers éléments produits par les parties et après en avoir conféré avec elles, que l'affaire est en état d'être jugée ; il en ordonnera le renvoi à une audience de plaidoiries et prononcera la clôture de l'instruction. Si ces ultimes communications et échanges laissent au contraire apparaître que le traitement du recours requiert une mise en état et une instruction plus approfondies[3], il lui

[1] Ainsi que les échanges tenus lors de l'audience d'orientation si ce président a décidé d'en organiser une.
[2] Il s'agit, à la fois, d'une audience d'orientation car, à son issue, le dossier peut être confié à un conseiller de la mise en état et d'une forme d'audience d'instruction simplifiée tenue devant le seul président de la formation de jugement : elle peut être l'occasion d'échanges entre les parties et entre les parties et le juge.
[3] Par ex. car il apparaît que certains tiers devraient être mis en cause ou intervenir, que des mesures d'instruction sont nécessaires, que des échanges oraux doivent être organisés entre et/ou avec les parties etc.

reviendra de confier le dossier à un conseiller spécialement désigné pour y procéder. L'instruction et la mise en état emprunteront alors le circuit long.

C. Le circuit long : l'instruction confiée à un juge chargé de la mise en état

841. De l'intérêt de désigner un juge chargé de la mise en état[1](1) : l'épuisement du débat procédural relatif à l'instance de recours. La « singularisation de la phase d'instruction »[2] par la désignation d'un juge spécifiquement affecté à la mise en état est susceptible de présenter divers avantages pour le traitement des affaires complexes dont sera saisie la Cour.

En premier lieu, elle permettra d'épuiser le débat d'ordre procédural relatif à l'instance en cours[3] avant que le dossier ne soit débattu puis jugé sur le fond. Dès lors qu'il sera désigné par le président de la formation de la Cour à laquelle l'affaire aura été distribuée, le conseiller de la mise en état devra alors être spécialement et exclusivement saisi de toutes difficultés et contestations d'ordre procédural et notamment de celles relatives à la recevabilité du recours et/ou des différents moyens produits et demandes formulées ; ou encore de celles relatives à la validité des actes adoptés et réalisés tout au long de la procédure (acte introductif d'instance, désignation d'un expert, rapport d'expertise etc.)[4]. Afin qu'il soit en mesure de purger ce débat, le pouvoir devra lui être confié de statuer sur ces contestations par des ordonnances qui, par dérogation, seront susceptibles d'être contestées devant la formation collégiale de la Cour par la voie du déféré[5].

---

[1] La proposition est qu'au sein des formations de jugement de chaque chambre de la Cour, un conseiller de la mise en état soit désigné par l'ordonnance de roulement. Il s'agit donc de conserver le modèle d'instruction « intégrée » tout en prévoyant une procédure spécifique au moyen de laquelle ce conseiller procèderait à la mise en état des affaires complexes. Sur la distinction entre « instruction intégrée » et « instruction autonome » v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès,* précité, n° 422-427.

[2] Expression empruntée à L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 424.

[3] Le conseiller chargé de la mise en état devant la Cour de la concurrence ne serait donc compétent que pour connaître des contestations procédurales relatives à l'instance de recours qui se tient devant la Cour et non à celles relatives à la procédure – administrative ou juridictionnelle – de premier ressort.
V. en ce sens la solution retenue en procédure civile : Cass., avis, 2 avril 2007, n° 07-00007 et Civ. 2ème, avis, 3 juin 2021, n° 21-70006 : « le conseiller de la mise en état ne peut connaître ni des fins de non-recevoir qui ont été tranchées par le juge de la mise en état, ou par le tribunal, ni de celles qui, bien que n'ayant pas été tranchées en première instance, auraient pour conséquence, si elles étaient accueillies, de remettre en cause ce qui a été jugé au fond par le premier juge ».

[4] Une délimitation précise des pouvoirs du conseiller de la mise en état impliquerait l'adoption d'une liste exhaustive des moyens relevant de sa compétence exclusive dès lors qu'il est désigné. On pourrait, pour dresser une telle liste, s'inspirer de celles des art. 789 et 914 CPC en y ajoutant des causes de nullité, de caducité et d'irrecevabilité spécifiques aux recours relevant de la compétence de la Cour. Il s'agit en somme des exceptions de procédures, des fins de non-recevoir et de tous incidents susceptibles de mettre fin à l'instance.

[5] En procédure civile, si le principe est que les ordonnances du conseiller de la mise en état (par lesquelles il ordonne, par ex., la tenue d'une mesure d'instruction ou une mesure conservatoire) sont dépourvues de l'autorité de chose jugée au principal et, à ce titre, insusceptibles de recours immédiat (art. 916, al. 1 CPC) ; certaines, en raison des conséquences qu'elles sont susceptibles d'emporter sur la poursuite de l'instance et sur les droits des parties, sont revêtues de cette autorité et susceptibles d'être immédiatement déférées à la formation collégiale de la Cour d'appel. V. art. 916 CPC qui vise, au nombre des ordonnances du conseiller de la mise en état susceptibles

C'est encore à ce conseiller qu'il appartiendra de se prononcer sur les demandes et contestations relatives à l'intervention de tiers et de procéder aux mises en cause nécessaires[1] ; questions qui, nous l'avons vu, soulèvent d'importantes difficultés dans le contentieux de la concurrence. Cette voie pourrait ainsi être appropriée pour le traitement des recours en matière de concentration nécessitant l'intervention, la consultation ou l'audition de nombreux protagonistes. Enfin, premier juge amené à opérer une véritable analyse du dossier, le conseiller de la mise en état devra disposer du pouvoir d'ordonner les mesures provisoires nécessaires à la préservation des droits de l'une ou plusieurs des parties le temps que durera la procédure[2].

Une telle singularisation de la mise en état assurera qu'à l'audience de plaidoiries tenue devant la Cour, il ne soit débattu que du fond de l'affaire et du recours[3]. Elle permettra en outre de tirer, en temps utile, les conséquences d'un vice devant conduire au rejet : en se prononçant directement par voie d'ordonnances, le conseiller de la mise en état évitera de différer inutilement le traitement d'une contestation d'ordre procédural dont la solution impose le rejet du recours sans qu'il soit nécessaire de statuer au fond. Une fois l'instruction close et l'affaire renvoyée à l'audience, les parties seront irrecevables à réengager un débat sur ces questions[4]. Son intervention serait par conséquent susceptible de permettre des gains de moyens et de temps non négligeables[5]. Les apports d'un tel circuit de mise en état ne s'arrêteraient pas là.

842. De l'intérêt de désigner un juge chargé de la mise en état (2) : organisation du contradictoire et mise en œuvre des mesures nécessaires à l'instruction. En second lieu, cette autonomisation de l'instruction permettrait une rationalisation des moyens de la Cour pour le traitement des recours les plus complexes – en raison du nombre de protagonistes qui y sont engagés et/ou de la complexité des questions y sont posées – dont l'instruction est susceptible de donner lieu à de nombreux échanges et de rendre nécessaire l'exécution de nombreux actes et mesures d'instruction. L'exemple peut encore être pris du recours consécutif à une décision

---

d'être déférées par requête dans les quinze jours de leur date, celles qui « ont pour effet de mettre fin à l'instance », qui « constatent son extinction » (al. 2) et celles qui « statuent sur une exception de procédure, sur un incident mettant fin à l'instance, sur une fin de non-recevoir ou sur la caducité de l'appel » (al. 3).

[1] Ainsi qu'aux éventuelles jonctions et disjonctions d'instance qui s'avèrent nécessaires.

[2] Par des ordonnances qui, elles, sont insusceptibles de recours immédiat (modèle de l'art. 916, al. 1 CPC).

[3] Lequel peut néanmoins avoir un objet procédural et comporter des contestations relatives à la procédure – administrative ou juridictionnelle – menée, en premier ressort, par l'autorité auteur de l'acte litigieux.

[4] Sauf à ce que la cause d'irrecevabilité ou de nullité invoquée soit intervenue postérieurement à celle clôture et sauf, enfin, révocation de l'ordonnance de clôture qui emporte réouverture exceptionnelle de l'instruction. V. en procédure civile : art. 799, 802 et 803 CPC (auquel renvoie l'art. 907 CPC applicable à l'appel).

[5] Elle se situe, de ce point de vue, dans une logique similaire à celle qui justifie l'octroi, aux présidents de formation de jugement, du pouvoir de rejeter certaines requêtes par le biais d'ordonnances de tri non contradictoires. Toutefois, les pouvoirs du conseiller de la mise en état ont un champ différent et, à certains égards, plus large : ils peuvent concerner des motifs de rejet non marqués par le sceau de l'évidence et sont mis en œuvre après que les parties ont pu en débattre contradictoirement.

rendue en matière de concentration ou aux contentieux – répressifs et indémnitaires – consécutifs à la commission d'une pratique anticoncurrentielle complexe tel qu'un cartel.

L'organisation et le suivi des échanges entre les parties devront alors être confiés à ce juge auquel le Code de procédure civile confie pour mission générale de « veiller au déroulement loyal de la procédure »[1]. Sur ce plan, le conseiller de la mise en état devra s'assurer que les parties produisent leurs écritures et pièces dans les formes requises et les délais impartis[2] et disposer d'un pouvoir d'injonction, voire de sanction à l'encontre de celles qui ne s'y conformeraient pas. En outre, il a été vu que la procédure devant la Cour de la concurrence ne pouvait demeurer strictement accusatoire et être abandonnée à la pleine maîtrise des parties. Dès lors, ce conseiller de la mise en état devra être doté d'outils de nature à lui permettre d'être un véritable acteur de l'instruction : pouvoir d'entendre les parties, de leur adresser toute communication utile, de les inviter – voire de leur enjoindre – de communiquer des pièces et/ou d'orienter leurs écritures sur certains moyens et éléments du dossier, notamment en fournissant des explications de fait ou de droit nécessaires à la solution du litige.

Pour faire face aux situations dans lesquelles ces échanges entre les parties s'avèreront insuffisants, le conseiller de la mise en état doit en outre disposer du pouvoir d'ordonner qu'il soit procédé aux mesures d'instruction nécessaires à la complétude du dossier (expertise, enquêtes, audition de tiers, désignation d'un *amicus curiae* etc.). Chaque fois qu'il ordonnera – d'office ou à la demande d'une partie – la tenue d'une telle mesure, il lui appartiendra d'en contrôler l'exécution. Cette organisation ne s'oppose toutefois pas à ce que certaines se déroulent devant la formation collégiale : des audiences d'instruction orales ou l'audition de tiers – au premier rang desquels l'*amicus curiae* – pourront ainsi utilement se tenir devant la formation de jugement, à sa demande ou sur invitation du juge chargé de l'instruction[3].

In fine, le conseiller de la mise en état aura pour fonction de présenter à la formation de jugement un dossier purgé de toutes difficultés procédurales relatives à l'instance de recours et comprenant l'ensemble des éléments nécessaires pour se prononcer sur le fond. Le tout pouvant le conduire à se confronter à des analyses économiques produites par les parties ou à en amorcer certaines de son propre chef, il est nécessaire qu'il soit, à l'instar de ses homologues de la

[1] Art. 780, al. 2 CPC.
[2] Sur la gestion du temps de l'instruction et des échanges par le conseiller de la mise en état, v. *infra.*
[3] Sur ces séances d'instruction orale v. nos développements *supra*, n° 681 – 682. V. aussi art. R. 623-2 CJA qui dispose que la décision qui ordonne la tenue de telles séances précise « si elle aura lieu devant une formation de jugement ou d'instruction ».

formation de jugement, assisté d'économistes dès ce stade de l'instruction[1]. Au terme de son intervention, le litige devra être « cristallisé »[2] et en état d'être débattu puis jugé. Avant d'envisager les modalités de clôture de l'instruction et de renvoi de l'affaire, il nous faut consacrer quelques développements à la gestion du temps de l'instruction par ce juge.

843. Le Conseiller de la mise en état : chef d'orchestre de l'instruction ou garant de la bonne exécution du calendrier procédural. Sauf le cas spécifique des procédures d'urgence, pour lesquelles il convient de fixer des délais légaux afin d'offrir une certaine prévisibilité aux différents protagonistes concernés[3], il serait inopportun que les textes organisent un modèle de mise en état « à marche forcée »[4]. La diversité et la complexité variable des recours dont la Cour de la concurrence a vocation à être saisie se prêtent mal à un tel modèle et requièrent, au contraire, adaptation au cas par cas[5]. Dès lors, deux pistes sont envisageables.

La première, qui doit être empruntée par défaut, consiste à confier au juge chargé de l'instruction le pouvoir d'en imposer le rythme[6]. Pour ce faire il reviendra au conseiller de la mise en état – spécifiquement désigné pour organiser et superviser cette étape cruciale de la procédure – de fixer, au fur et à mesure de l'instruction[7], les délais qui s'imposeront aux parties. Faute pour celles-ci de s'y tenir ou d'avoir obtenu une prorogation exceptionnelle, le conseiller devra disposer d'un pouvoir de sanction pouvant aller jusqu'au prononcé d'une clôture partielle de l'instruction à l'égard des parties retardataires[8]. Chaque fois qu'il disposera d'une visibilité

---

[1] Sur notre proposition d'affecter des assistants économistes au service du juge chargé de l'instruction v. *supra*, n° 768.

[2] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 425 : à l'occasion de la présentation des effets produits par l'ordonnance de clôture de l'instruction, les auteurs expliquent qu'elle produit « des effets […] énergiques de cristallisation du litige de sorte que, sauf exceptions […], aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office » ».

[3] Ce qui n'empêche pas de confier au juge le pouvoir de modifier ces délais légaux chaque fois que les circonstances l'exigent.

[4] Expression empruntée à H. CROZE, « Procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, à propos du décret du 9 décembre 2009 », *JCP G*, 2010, 3.

[5] Seuls les délais dans lesquels les différents recours doivent être exercés – d'ores et déjà prévus par le droit positif pour chaque type d'acte et de recours – doivent être maintenus. Sur tout cela v. *supra*, n° 686 et s. Idem pour les délais d'intervention et d'exercice de recours accessoires.

[6] C'est, en droit positif, le modèle adopté pour les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris : le pouvoir est confié au juge (en l'occurrence le premier président ou son délégué) de fixer le rythme de la procédure en imposant des délais aux différents protagonistes (v. art. R. 464-18 C. com.). V. en contentieux administratif les pouvoirs confiés sur ce plan au rapporteur : devant les tribunaux administratifs : art. R. 611-10 et devant les cours administratives d'appel : art. R. 611-17 CJA.

[7] À l'instar de son homologue des juridictions civiles (v. art. 781 CPC), le conseiller devra, pour arrêter ces délais, tenir compte de la nature du recours, de l'éventuelle urgence qu'il y a à le traiter et de la complexité de l'affaire.

[8] Cette clôture partielle a pour effet d'empêcher la partie qui en fait l'objet de produire de nouvelles pièces et conclusions sauf évidemment, à pouvoir répondre aux éléments nouveaux produits par ses contradicteurs. Si l'ensemble des parties manquent de diligences, le juge doit disposer du pouvoir d'ordonner, par ordonnance, la radiation de l'affaire qui a pour effet de suspendre le cours de l'instance (v. en procédure civile art. 801 CPC). Sur les autres sanctions envisageables v. *supra*, n° 686 et s.

suffisante, ce conseiller devra établir un calendrier prévisionnel où seront répertoriées les différentes étapes d'instruction qu'il projette allant des premiers échanges entre les parties jusqu'à la clôture et au renvoi, en passant par l'organisation d'éventuelles séances d'instruction orale, d'une expertise, de l'audition d'un ami de la cour etc. Ce calendrier sera impératif pour les parties mais trop de rigueur serait contreproductif : le pouvoir doit être laissé au conseiller de la mise en état, chaque fois que les circonstances l'exigent, de l'adapter en le modifiant et/ou en accordant des prorogations aux parties.

La seconde piste est celle d'un établissement concerté du calendrier d'instruction entre les parties et le juge. Les avantages d'une telle organisation conjointe du temps de la procédure ont été rappelés[1]. En considération de ceux-ci, le conseiller de la mise en état devra favoriser son aboutissement en invitant les parties à échanger – entre elles et avec lui – à ce sujet. De tels échanges seront l'occasion pour chaque protagoniste d'exposer les différentes étapes et mesures qu'il souhaiterait voir intégrer à l'instruction du recours en cause (auditions, échanges écrits, expertise, audiences d'instruction devant la formation de jugement, intervention d'un *amicus curiae* etc.) et de s'engager sur un calendrier impératif qui, sauf « causes graves », devra être observé par tous : opérateurs privés, administrations engagées dans la procédure et la Cour elle-même. À défaut de s'y tenir, les parties s'exposeront aux mêmes sanctions que celles résultant de l'inobservation des délais légaux[2].

Au terme de cette mise en état et quelles qu'en aient été les modalités, l'instruction devra être close et l'affaire renvoyée pour être débattue puis jugée.

§ III – Clôture de l'instruction et renvoi de l'affaire à la formation de jugement

844. Dernière phase de l'instance. Une fois le recours instruit et en état d'être jugé, le litige qui en constitue le cœur devra être débattu puis tranché sur le fond par une formation de jugement de la Cour de la concurrence. Cette dernière phase de l'instance se décompose en plusieurs actes. Dans un premier temps, le juge qui a procédé à la mise en état devra en prononcer la clôture. Cette décision produit des conséquences fondamentales puisqu'à ce stade le litige sera, sauf exception, insusceptible de nouvelles évolutions : il est « cristallisé » (A). Dans le même temps, cette clôture de l'instruction emportera renvoi de l'affaire à une audience

[1] V. *supra*, n° 688.

[2] La Cour, quant à elle, peut se voir opposer la méconnaissance de ces délais dans le cadre d'une procédure engagée contre l'État pour déni de justice tenant à un délai de jugement excessivement long (v. l'art. L. 141-1 COJ) ou pour méconnaissance du délai raisonnable auquel la Cour EDH astreint l'activité judiciaire des États parties. Sur tout cela v. *supra,* n° 688 et les références citées.

de débats qui devra se tenir devant la formation de jugement ; ultime étape avant que celle-ci ne se retire pour en délibérer (B).

A. La clôture de l'instruction : modalités et effets

845. La clôture de l'instruction sans conseiller de la mise en état : l'ordonnance de renvoi. Chaque fois que le président de la formation de jugement saisie décidera de procéder lui-même à l'instruction d'un recours, renonçant par là à la désignation d'un conseiller de la mise en état[1], c'est à lui qu'il appartiendra d'en prononcer la clôture lorsqu'il estimera l'affaire en état d'être jugée. Pour ce faire, en s'inspirant des solutions retenues tant en procédure civile qu'en contentieux administratif[2], il convient de prévoir que la décision par laquelle ce président renvoie l'affaire à l'audience des plaidoiries[3] vaut convocation à ladite audience et emporte, dans le même temps, clôture de l'instruction. C'est donc par ordonnance – ici rendue par le président de la formation de jugement – que la clôture devra intervenir ; il devra en être de même, mais selon des modalités différentes, lorsque le circuit long d'instruction sera emprunté.

846. La clôture de l'instruction confiée au conseiller de la mise en état : l'ordonnance de clôture. Concernant les procédures dans lesquelles l'instruction aura été confiée à un conseiller de la mise en état, c'est à ce dernier que le pouvoir d'en prononcer la clôture doit être octroyé. À l'instar de ce qui est pratiqué devant les juridictions civiles[4] – mais également, bien que dans une moindre mesure et dans des conditions différentes, devant les juridictions administratives[5] – la clôture interviendra, ici encore, par voie d'ordonnance non motivée et insusceptible de

[1] Soit qu'il aura été saisi au moyen d'une procédure pour laquelle la loi ne prévoit pas la désignation d'un conseiller de la mise en état, soit qu'il aura considéré, après un premier examen du dossier, qu'une telle désignation n'est pas nécessaire pour instruire le recours.

[2] En procédure civile v. art. 778, al. 3 ; art. 779 al. 1 à 4 et art. 905 CPC ; en contentieux administratif v. la pratique dite de « la clôture par avis d'audience », art. R. 613-2 et R. 611-11-1 CJA.

[3] Cette décision pouvant intervenir au terme de la première audience d'orientation (c'est le circuit court) ou être différée et intervenir alors au terme d'une seconde audience organisée par le président de la formation saisie (c'est le circuit moyen) ; v. *supra.*

[4] Devant le Tribunal judiciaire (art. 798 et 799 CPC) et devant la Cour d'appel (art. 907 et 912 CPC).

[5] La clôture de l'instruction par ordonnance connaît un champ de plus en plus large en contentieux administratifs. Longtemps réservée aux tribunaux et cours administratives d'appel, elle a récemment été rendue possible au sein du Conseil d'État après une période d'expérimentation auprès de certaines chambres de la section du contentieux (art. R. 613-5, al. 2 et 3 CJA résultant du décret n° 2019-82 du 7 février 2019). Reste que cette modalité de clôture y est conçue comme un acte que le juge chargé d'instruire adopte dès le début de l'instance, ce qui en limite l'usage. Lorsqu'il entend procéder à la clôture en fin d'instruction, une fois l'affaire en état, le juge a davantage recours à l'avis d'audience qui emporte, lui aussi, clôture de l'instruction (art. R. 613-2 et R. 711-2 CJA : cette modalité de clôture n'est cependant prévue que devant les tribunaux et cours administratives d'appel). Sur ces modalités de clôture de l'instruction, v. O. GOHIN, F. POULET, *Contentieux administratif,* précité, n° 414-415.
Devant le Conseil d'État – et, plus exceptionnellement, devant les tribunaux et cours administratives d'appel (v. art. R. 613-2, al. 2 CJA : applicable que dans les situations d'urgence) – la clôture de l'instruction n'intervient, le plus souvent, qu'à l'audience ; après que les avocats se sont exprimés (art. R. 613-5 CJA).

recours[1]. Cette ordonnance devra être communiquée aux représentants des parties et vaudra convocation à l'audience de plaidoiries dont la date – convenue entre le conseiller de la mise en état et le président de la formation saisie – devra être indiquée.

847. Effets de la clôture de l'instruction : la « cristallisation » du litige. L'effet principal de la clôture de l'instruction – qui en constitue l'objectif majeur – est de fixer une date à compter de laquelle le litige sur lequel la formation de jugement aura à se prononcer ne soit plus susceptible d'aucune évolution substantielle. L'ordonnance par laquelle elle intervient doit ainsi emporter « cristallisation du litige »[2] jusqu'à l'audience des plaidoiries. « Après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office » dispose le Code de procédure civile dont il convient de transposer, sur ce point, la solution à la procédure suivie devant la Cour de la concurrence. Sauf le cas exceptionnel du dépôt de notes en délibéré – à la demande du juge ou en réaction à la lecture de ses conclusions par le rapporteur public lors de l'audience[3] – les parties ne seront plus en mesure d'apporter un quelconque élément au dossier jusqu'à l'audience des plaidoiries. Toutes pièces et écritures devront dès lors être versées au dossier et communiquées, « en temps utile »[4], avant la survenance de cette ordonnance de clôture dont le juge aura, chaque fois que cela lui est possible, préalablement communiqué la date ou la période prévisible aux parties.

Eu égard à cet effet recherché et afin d'éviter que l'écoulement du temps ne provoque une évolution du litige et la survenance d'évènements nouveaux qui en perturberaient le traitement, il conviendra, comme en toutes matières, que l'audience des plaidoiries se tienne dans un délai assez bref après la date à laquelle intervient l'ordonnance de clôture (ou de renvoi). La fiction juridique que constitue la « cristallisation du litige » est en effet susceptible d'être grandement fragilisée par l'écoulement d'un temps trop long. Parfois, il n'est d'ailleurs d'autre solution que d'y renoncer en procédant à une réouverture exceptionnelle de l'instruction.

848. Réouverture exceptionnelle de l'instruction : la révocation de l'ordonnance de clôture. Afin d'éviter un allongement non maîtrisé et trop fréquent des procédures, il est nécessaire que la réouverture de l'instruction, qui implique révocation de l'ordonnance qui en a prononcé la clôture, demeure exceptionnelle. Elle devra ainsi intervenir, à la demande des parties ou d'office – par décision du conseiller de la mise en état s'il est toujours saisi et de la formation de jugement une fois les débats ouverts – que s'il « se révèle une cause grave » depuis

[1] V. art. 798 CPC.
[2] L. CADIET, E. JEULAND, ouvrage précité, n° 912.
[3] V. *infra.*
[4] Formule de l'art. 15 CPC.

la clôture[1]. Autrement dit, ça n'est qu'en raison de la survenance d'évènements susceptibles d'avoir une incidence réelle sur la solution du litige et que les parties n'auront, par hypothèse, pas été en mesure de prendre en compte dans leurs écritures (jurisprudence ou texte nouveau adopté postérieurement à la clôture, évolution substantielle de la structure d'un marché au sein duquel le litige objet du recours est né, obtention tardive mais justifiée d'une pièce dont dépend la solution du litige etc.), ou lorsque la formation de jugement estimera nécessaire qu'il soit procédé à de nouveaux échanges de pièces et/ou écritures avant de se prononcer au fond qu'une telle réouverture pourra avoir lieu[2]. L'instruction devra alors être rouverte selon les mêmes modalités (confiée au président de la formation de jugement ou à un conseiller de la mise en état), menée jusqu'à ce que l'affaire soit en état d'être jugée puis, de nouveau, close par ordonnance valant renvoi à l'audience des plaidoiries.

B. Le renvoi de l'affaire : l'audience des plaidoiries et le délibéré

849. Oralité et publicité des débats. Nonobstant le caractère écrit de la procédure devant la Cour de la concurrence, celle-ci devra aboutir à la tenue d'une audience publique[3] au cours de laquelle auront lieu d'ultimes débats oraux destinés à assurer que la formation de jugement dispose de l'ensemble des éléments et explications nécessaires à la résolution du litige.

La teneur et l'utilité de ces débats seront variables d'une affaire à l'autre. Comme l'observation de la pratique des procédures écrites le laisse à penser, il est probable que les représentants des parties se contenteront bien souvent de déposer leurs écritures et d'y renvoyer en guise de prise de parole. Reste que dans un certain nombre de procédures – à la demande des juges, en réaction aux conclusions du rapporteur public ou de l'intervention d'un contradicteur – certains pourraient souhaiter exposer une véritable plaidoirie à l'audience[4]. Afin d'assurer que ces prises de parole seront d'un véritable apport pour la formation de jugement, son président – auquel il appartiendra d'assurer la police de l'audience et de diriger les débats – devra disposer de la faculté de les orienter – en invitant le représentant concerné à développer certains points et à être concis sur d'autres – voire d'y mettre un terme lorsqu'il estimera la Cour suffisamment éclairée. Par-delà ces considérations générales, l'audience devra en principe donner lieu, dans un ordre déterminé, à plusieurs interventions successives.

[1] C'est la formule de l'art. 803 CPC.
[2] Cette hypothèse est à distinguer de celle dans laquelle la formation de jugement ordonnerait la seule réouverture des débats oraux : celle-ci ne devrait pas emporter systématiquement réouverture de l'instruction.
[3] Sauf les hypothèses dans lesquelles la loi ou le juge décidera que l'audience a lieu en chambre du conseil.
[4] Toutefois, la procédure étant écrite, aucun élément qui n'aurait pas été développé à l'écrit avant clôture de l'instruction ne pourra valablement être soumis à la Cour à l'occasion de ces débats oraux. Il s'agit davantage d'expliciter et d'étayer encore des positions préalablement exposées par écrit.

850. La lecture du rapport du conseiller de la mise en état. En premier lieu, chaque fois qu'il aura été désigné pour procéder à l'instruction du recours, le conseiller de la mise en état devra donner lecture de son rapport en début d'audience. L'objet de ce rapport est d'exposer, publiquement et par voie orale, l'objet des demandes et les moyens des différentes parties. Il doit en outre préciser les questions de fait et de droit sur lesquelles la Cour devra se prononcer et faire mention de tout élément de nature à éclairer le débat[1].

Il s'agit en somme d'un rapport objectif et impartial par lequel sera présentée à la Cour l'affaire en état d'être jugée et à l'occasion duquel seront mises en avant les principales questions soulevées par le recours. Objectif et ne devant comporter aucune appréciation de son auteur ni aucune proposition quant à la solution à apporter au litige, ce rapport du conseiller de la mise en état se distingue nettement des conclusions du rapporteur public.

851. La lecture des conclusions du rapporteur public. Le rapporteur public devra, au cours de la première phase de l'instance, s'être vu communiquer la requête, l'ensemble des éléments produits par les parties ainsi que, le cas échéant, les résultats des différentes mesures d'instruction qui se sont tenues. Lorsque des audiences d'instruction seront organisées, devant le juge chargé de la mise en état ou devant la formation de jugement, il a également vocation y assister. Pour faciliter l'accomplissement de sa mission, il est par ailleurs opportun de prévoir que le conseiller de la mise en état lui communiquera son rapport avant l'audience.

Hormis les procédures pour lesquelles les textes auront exclu son intervention[2] ou celles dans lesquelles, sur décision du président de la formation de jugement[3], le rapporteur public en sera dispensé, il lui appartiendra de rédiger[4], sur la base des éléments dont il disposera, des conclusions dont il devra communiquer le sens aux parties[5] avant d'en donner lecture à

---

[1] Sur le modèle de ce que prévoit l'art. 804 CPC applicable à la procédure devant la cour d'appel (art. 907 CPC).
[2] Ce qui devrait être le cas, notamment, pour les procédures d'urgence et autres procédures à juge unique.
[3] Sur laquelle il doit avoir pu donner son avis (v. *supra*).
[4] En pratique, les rapporteurs publics près les juridictions administratives ont tendance à rédiger l'ensemble de leurs conclusions, surtout dans les affaires les plus complexes. Reste que le Conseil d'État insiste sur le caractère oral du cœur de l'intervention du rapporteur public et a notamment jugé que ses conclusions « peuvent ne pas être écrites » dès lors qu'elles sont lues à l'audience (CE, 29 juillet 1998 *Esclatine,* n° 179635 et 180208 et, plus récemment, CE, sect., 21 juin 2013 *Communauté d'agglomération du pays de Martigues,* n° 352427).
[5] Des auteurs regrettent cette obligation à laquelle la Cour EDH (v. CEDH, 7 juin 2001 *Kress c/ France,* n° 39594/98) conditionne la conformité du rôle du rapporteur public aux garanties du procès équitable (v. O. GOHIN, F. POULET, ouvrage précité, n° 429). Par-delà le renforcement du contradictoire qu'elle permettrait, elle nous semble de nature à favoriser la tenue d'échanges utiles lors de l'audience. Les avocats, informés du sens des conclusions du rapporteur public, auront tout intérêt à insister sur les principaux éléments sur lesquels ce dernier fonde des conclusions qui leur sont défavorables. Un tel apport requiert néanmoins que le rapporteur public communique aux parties, en temps utile avant l'audience, un véritable résumé de ses conclusions et non seulement – ce qui semble être la pratique actuelle au sein des juridictions administratives – leur « sens » (rejet ou non). Comme l'a récemment relevé le Conseil d'État (CE, sect., 21 juin 2013 *Communauté d'agglomération du pays de Martigues,* précité) « les conclusions du rapporteur public permettent aux parties de percevoir les éléments décisifs

l'audience. Cette intervention orale à l'audience est au cœur de la mission qui doit lui est confiée : c'est à ce moment de la procédure qu'il sera conduit à exposer publiquement son opinion sur l'affaire et sur la solution qu'appelle le litige soumis à la Cour. Sa position devra être exposée de manière argumentée, pédagogique et en toute impartialité. La solution qu'il suggèrera devra, elle, poursuivre un objectif parfaitement déterminé : être conforme et assurer la préservation de l'intérêt général dont il sera le seul représentant indépendant à l'instance.

Membre de la juridiction, le rapporteur public n'est ni l'adversaire, ni le contradicteur des parties. Il n'en demeure pas moins qu'ayant vocation à jouer une influence déterminante sur la formation de jugement à travers l'avis qu'il expose quant à la solution à apporter au litige, il est nécessaire que les parties puissent réagir à son intervention. La parole devra ainsi leur être permise – par la voix de leur représentant – après qu'il aura donné lecture de ses conclusions. Il en va du respect du contradictoire. Cet ordre de prise de parole favorise dans le même temps une meilleure orientation des débats vers le cœur du litige[1].

852. La parole donnée aux parties : réponse aux questions de la Cour et aux conclusions du rapporteur public. Procédure écrite oblige, la prise de parole des représentants des parties lors de l'audience n'aura pas pour objet – et ne pourra d'ailleurs avoir pour effet – de formuler de nouvelles demandes ni de produire de nouveaux moyens. Si elle peut être l'occasion pour chacun de reprendre les principaux éléments développés au cours de l'instruction contradictoire, elle devra avant tout poursuivre deux objectifs : répondre aux questions, demandes d'explications et/ou de précisions formulées par la Cour d'une part et formuler des observations en réaction aux conclusions du rapporteur public d'autre part.

En premier lieu, la formation de jugement pourra demander à l'une ou plusieurs des parties de fournir de plus amples explications et/ou précisions sur certains points du litige[2]. Comme en toutes matières, les échanges oraux permettront parfois de lever quelques incertitudes ou incompréhensions[3].

---

du dossier, de connaître la lecture qu'en fait la juridiction et de saisir la réflexion de celle-ci durant son élaboration tout en disposant de l'opportunité d'y réagir avant que la juridiction ait statué ». La communication aux parties d'un résumé de ces conclusions avant la tenue de l'audience permettrait de renforcer encore la qualité et l'utilité des débats qui s'y tiennent. V. sur le sujet F. MELLERAY, B. NOYER, « L'information des parties sur le sens des conclusions du rapporteur public », *AJDA,* 2013, p. 1839.

[1] Un juge administratif indique ainsi qu'il est propice à un renforcement de la qualité et de la concision des éventuels débats oraux : en prenant connaissance de la position du rapporteur public, les parties sont en mesure d'identifier les principales difficultés que contient le dossier et peuvent orienter leur argumentaire en conséquence. V. B. CHEMIN, « Le statut de l'oralité », *AJDA,* 2011, p. 604.

[2] Comp. art. 442 CPC : « Le président et les juges peuvent inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur ».

[3] L. CADIET, « Construire ensemble des débats utiles… », *in Mélanges J. Buffet*, 2004, p. 99 et s. qui explique (p. 110) que « dès lors que le dossier est par hypothèse en état d'être jugé, la plaidoirie ne se justifie vraiment que

En second lieu, les prises de parole des différents protagonistes – demandeur(s) puis défendeur(s) et éventuel(s) intervenant(s) – devront leur permettre de formuler des observations en réaction aux conclusions dont aura donné lecture le rapporteur public ; qu'il s'agisse de combattre ou, au contraire, de soutenir l'une de ses positions et/ou le sens de la décision qu'il suggère à la Cour de faire sienne. Ce droit de réponse aux conclusions du rapporteur public a été imposé, au sein des juridictions administratives, par la jurisprudence de la Cour EDH[1]. Il comporte deux volets : la formulation d'observations orales à l'audience après l'intervention du rapporteur public et, lorsque cela leur paraît nécessaire, la production, par les parties, de notes de délibéré adressées à la formation de jugement[2]. Il convient d'en permettre l'exercice devant la Cour de la concurrence. Après que chacune des parties aura, par la voix de son représentant, été invitée à prendre la parole, les débats auront vocation à être clos et l'affaire à être mise en délibéré.

853. Mise en délibéré et lecture publique de la décision. Lorsqu'il estimera la Cour suffisamment éclairée, le président de la formation prononcera la clôture des débats et mettra l'affaire en délibéré[3]. À ce stade, hormis de rares notes en délibéré – sollicitées par les juges ou produites par les parties en réaction aux conclusions du rapporteur public – ou réouverture exceptionnelle des débats à la demande de la Cour[4] – plus aucun élément ne pourra être versé au dossier[5]. La Cour se retirera alors pour délibérer et devra, en principe, donner lecture de sa décision en audience publique[6] puis en communiquer une copie à l'ensemble des parties[7]/[8].

---

si elle est utile et elle n'est utile que si elle est sélective et interactive : la plaidoirie doit ainsi tendre vers un exposé-discussion avec la partie adverse et le juge ».

[1] CEDH, 7 juin 2001 *Kress c/ France,* précité. En droit positif v. art. R. 732-1 (TA et CAA) et R. 733-1 CJA (CE). Comp., en procédure civile, art. 445 CPC qui permet aux parties de déposer des notes en délibéré « en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président (…) ».

[2] En contentieux administratif v. art. R. 731-3 CJA.

[3] Délibéré auquel le rapporteur public ne doit ni participer, ni assister.

[4] Si elle l'estime nécessaire et à l'instar de ce que prévoit le droit commun (v. art. 444 et 803 CPC et art. R. 613-4 CJA) la Cour doit disposer de la faculté d'ordonner la réouverture des débats – alors une seconde audience sera tenue – voire le renvoi à la mise en état – ce qui emporte révocation de sa clôture et éventuelle re-saisine du conseiller chargé de la mise en état sur laquelle v. *supra.*

[5] Facultés déjà prévues tant en procédure civile (art. 444 et 803 CPC) qu'en contentieux administratif (art. R. 613-4 CJA).

[6] En pratique, sauf pour les recours sur lesquels il est « délibéré sur le siège », directement au terme de l'audience, les décisions sont simplement mises à disposition des parties au greffe de la juridiction et il y est fait mention que lecture publique en a été donnée. Cette pratique a vocation à s'appliquer au sein de la Cour.

[7] En ce compris les autorités administratives qui interviennent sur fondement de la « personnalité contentieuse fonctionnelle » qui doit leur être reconnue (v. *supra*, n° 668 – 669).

[8] Il convient en outre que soit organisée la publicité – par exemple sur un site internet de la Cour – de ses décisions ; *a minima* des plus importantes d'entre elles.

Dans l'hypothèse où l'une d'elles serait insatisfaite du sort qui lui aura été réservé par la Cour, seule la voie du recours en cassation serait susceptible de lui être offerte. C'est à ce recours qu'il convient désormais de consacrer quelques développements.

Section 3 : Le recours en cassation contre les décisions de la Cour de la concurrence

854. Encadrement strict. Le cadre juridictionnel d'exercice puis de traitement des pourvois exercés contre les décisions rendues par la Cour de la concurrence a déjà été posé. Nous avons suggéré, reprenant une proposition formulée par d'autres, la constitution d'une chambre mixte et paritaire réunissant des juges issus de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Les présents développements porteront, eux, sur les modalités d'exercice et de traitement de ces pourvois. Sans prétendre à l'exhaustivité concernant cette piste prospective dont l'aboutissement commanderait de plus amples réflexions, deux questions essentielles nous semblent devoir être abordées : celle des pouvoirs qu'il convient de confier au juge de cassation saisi des pourvois exercés contre les décisions de la Cour de la concurrence d'une part, puis celle des conditions d'accès au prétoire de ce juge d'autre part. Toutes deux doivent être abordées en considération des importants pouvoirs et moyens confiés à la Cour de la concurrence et dans le souci de préserver l'équilibre sur lequel repose notre proposition de réorganisation. Pour ce faire, il apparaît d'abord nécessaire de limiter les pouvoirs octroyés à cette formation *sui generis* de cassation afin qu'elle n'empiète pas sur l'office particulier de la Cour. Il pourrait, en outre, être opportun d'organiser une limitation de l'accès à son prétoire afin d'empêcher que ne se développe le sentiment qu'elle constitue un troisième degré de juridiction et de garantir que sa saisine demeure exceptionnelle.

Après avoir justifié notre proposition d'octroyer des pouvoirs limités à ces juges de cassation (§ I), il nous faudra donc nous interroger sur l'opportunité de restreindre l'accès à leur prétoire puis envisager les modalités par lesquelles une telle restriction pourrait être organisée (§ II).

§ I – L'octroi de pouvoirs limités aux juges de cassation

855. Équilibre. Le maintien de l'équilibre sur lequel repose notre proposition de réorganisation commande que la formation de cassation compétente pour connaître des pourvois exercés contre les décisions de la Cour de la concurrence dispose de pouvoirs limités. En premier lieu, nous exposerons les raisons pour lesquelles il convient de lui confier pour mission principale d'exercer un contrôle essentiellement disciplinaire des décisions de la Cour (A). En second lieu,

nous ferons état de la nécessité d'empêcher cette formation de cassation de statuer sur le fond en substituant sa décision à celle préalablement annulée de la Cour (B).

A. Une fonction essentiellement disciplinaire

856. Fonction disciplinaire et fonction normative : proposition de distinction. La présentation des juridictions de cassation par les juristes français – de droit privé – repose souvent sur une dichotomie faite entre deux fonctions, missions ou contrôles remplis ou opérés par de telles juridictions : l'un disciplinaire et l'autre normatif[1]. L'étanchéité et parfois même le bienfondé de cette distinction sont débattus[2] et nous en mesurons les limites. Toutefois, elle pourrait d'être d'un apport réel pour la suite de nos propos. La nécessaire limitation des pouvoirs confiés aux juges de cassation en charge du contrôle des décisions de la Cour de la concurrence pourrait en effet y trouver une solution. Il nous faut donc identifier des éléments, sinon de définition, au moins de distinction de ces deux types de fonction[3].

En guise de définition générale, des auteurs présentent le contrôle normatif comme « celui qui est exercé sur le fond des décisions déférées à la Cour de cassation (interprétation et application de la règle de droit, qualification des faits…) »[4]. Dans son étude annuelle pour 2018, la Cour de cassation, par la voix du Professeur Marchadier, décrit son propre rôle normatif comme celui qui « consisterait à participer à la création de la norme, de la règle de droit, ainsi qu'à orienter et unifier la jurisprudence »[5]. C'est là que se trouve le cœur de la fonction normative : la participation à la création, à l'adaptation et à l'évolution de la norme.

Le contrôle disciplinaire, lui, « porte sur la forme ou la motivation des décisions » et a « seulement pour objet, sans parti pris sur le fond, de sanctionner le non-respect de certaines exigences de forme ou de procédure »[6]. Il tend à garantir « aux justiciables que leur litige a été jugé correctement »[7]. Dans la même perspective, le Professeur Amrani-Mekki explique que la

---

[1] V. par ex. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile,* Dalloz, 9e éd., 2018, p. 75.
[2] V. A. PERDRIAU, « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G,* 1991, doctr. 3538, qui avance que « tout contrôle est normatif, puisqu'il est destiné à vérifier que la décision frappée de pourvoi se trouvait conforme aux règles de droit ».
[3] Nous nous en tiendrons, en tout état de cause, à une tentative de définition sommaire et opératoire de ces deux fonctions. Pour des études complètes et récentes à leur sujet v. D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle,* LGDJ, 2017 ; J.-B. BELDA, *Du discours sur l'office de la Cour de cassation. Contribution à l'analyse réaliste de la justice française,* l'Épitoge, 2018 et F. MARCHADIER (dir.), *Le rôle normatif de la Cour de cassation,* Étude annuelle de la Cour de cassation, 2018.
[4] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, ouvrage précité, p. 75.
[5] F. MARCHADIER (dir.), étude précitée, p. 7.
[6] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, ouvrage précité, p. 75.
[7] J.-H STAHL, « La cassation », *Revue Admin.*, 1999, n° spécial *Évolutions et révolution du contentieux administratif,* 1998, p. 83.

fonction disciplinaire d'une juridiction de cassation permet d'abord « d'assurer le respect des garanties du procès équitable » par les juridictions de fond[1]. Il s'agirait donc, au sens strict, d'un contrôle de légalité ayant pour objet premier de garantir le respect des exigences de forme et de procédure, ainsi que de l'ensemble des garanties du procès équitable par les juridictions qui y sont soumises.

Si, *in fine*, « tout contrôle est normatif »[2] dès lors qu'il conduit son titulaire à veiller à la conformité de procédures, d'actes et de décisions aux règles de droit, la fonction normative serait davantage que cela. Elle consisterait à participer à la création de la norme en en imposant une interprétation – potentiellement évolutive – aux juridictions inférieures, voire en veillant, à travers l'exercice d'un contrôle de proportionnalité[3], à ce qu'elle soit justement appliquée par celles-ci. Ainsi entendue, la fonction normative implique que le juge de cassation procède à un contrôle approfondi des décisions des juges du fond ; non seulement sur les conditions de forme et de procédure, mais également sur les opérations d'interprétation et d'application de la norme, de qualification juridique des faits, voire même de leur appréciation. *A contrario*, étant exercée « sans parti pris sur le fond » et tendant « au contrôle de la cohérence de la motivation des arrêts »[4], la fonction disciplinaire relève et repose davantage sur un strict contrôle de légalité, accordant ainsi une plus large marge de manœuvre au juge du fond[5]. Elle laisse donc un champ potentiellement plus vaste au pouvoir souverain d'appréciation de ce dernier, notamment sur les questions techniques lorsque celui-ci justifie d'une « compétence particulière »[6].

---

[1] V. S. AMRANI-MEKKI, « Introduction générale », *in Le filtrage des recours devant les cours suprêmes*, AHJUCAF, 30 mai – 1er juin 2016, p. 26.

[2] A. PERDRIAU, article précité.

[3] Dont le développement récent observé par certains a donné lieu à de nombreuses et vivres controverses parmi lesquelles v. P. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.,* 2014, p. 2061 ; B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.,* 2015, p. 1326 ; H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *D.,* 2016, p. 1376 ; P.-Y. GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau » », *JCP G,* 2016, 189 ; A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité…un brin disproportionné ? », *D.,* 2016, p. 137 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP G*, 2016, doctr. 552 ; F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.,* 2016, p. 511 ; F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.,* 2016, p. 796.

[4] S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir,* précité, n° 634.

[5] Sur les outils dont dispose le juge de cassation – en particulier de l'ordre administratif – pour laisser une certaine liberté, voire un véritable « pouvoir discrétionnaire » au juge du fond v. *ibid.*, spéc. Partie II, Titre 2, n° 603 et s.

[6] *Ibid.*, n° 631 qui explique « certains auteurs n'ont pas manqué d'appliquer le critère de « la réserve des questions techniques » pour rendre compte du domaine du pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond. L'appréciation est alors la « qualification technique des faits ». Une telle opération « consiste à donner des faits une définition technique en fonction de la compétence particulière de la juridiction en cause » ».

857. Cantonnement du juge de cassation à sa fonction disciplinaire. Sur la base de ces quelques précisions et à rebours d'une tendance observée ici et ailleurs[1], il convient de confier à la formation spéciale de cassation dont nous proposons l'instauration une fonction prioritairement – sinon exclusivement – disciplinaire à l'égard de la Cour de la concurrence.

Le rôle premier de ces juges de cassation serait ainsi de veiller à ce que la Cour assure le respect des garanties du procès équitable : en les observant elle-même au cours des procédures qui se déroulent en son prétoire d'abord et en tirant les conséquences de l'inobservation de ces garanties par les autorités de « premier ressort » donc elle contrôle les actes et décisions ensuite. Une attention particulière devra être prêtée à la bonne observation des conditions de forme et des délais applicables à chaque type d'acte et de procédure, au respect du contradictoire et de l'égalité des armes, à la pleine conformité des procédures menées et actes adoptés aux principes qui gouvernent la matière pénale lorsqu'ils trouvent à s'appliquer etc. En outre, attendu qu'une insuffisante motivation empêche le plein exercice de sa mission par le juge de cassation[2], celui-ci devra veiller à ce que la Cour de la concurrence réponde, sur ce plan, à l'ensemble des obligations qui lui incombent ; notamment en statuant sur tous les moyens qui lui sont valablement soumis et en motivant, en fait et en droit, chacune des réponses qui leur sont apportées. Enfin, puisqu'une limitation des pouvoirs du juge de cassation n'est légitime qu'autant que sont assurées la qualité et la complétude des décisions rendues par les juges du fond – ici la Cour de la concurrence – le premier devra systématiquement s'assurer que cette dernière fait pleinement application des règles et moyens qu'il lui appartient de relever d'office.

La mission tendant à assurer une interprétation et une application harmonisées du droit de la concurrence sur l'ensemble du territoire doit, elle, être essentiellement confiée à la Cour de la concurrence, juridiction de recours unique et spécialisée. C'est d'ailleurs là l'une de ses principales raisons d'être. Sous réserve de ne méconnaître aucune règle de droit, cette dernière devra ainsi disposer d'une importante souveraineté quant aux opérations d'appréciation et de qualification des faits dont nous avons rappelé le caractère fondamental dans cette branche du

[1] Tendance qui tendrait à réduire, voire à supprimer la fonction disciplinaire des juridictions suprêmes sur laquelle v. par ex. N. GROSS, « Quelle mission et quel critère pour l'accès au juge de cassation ? L'exemple allemand », *in* G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, Société de législation comparée, 2015, spéc. p. 260, qui explique qu'en Allemagne, la Cour suprême assume de « sacrifier dans une certaine mesure les parties au profit de l'intérêt général » ; v. encore S. AMRANI-MEKKI, « Introduction générale », précitée, p. 34-35, qui donne également l'exemple du Canada où « il est clairement affiché que la Cour n'a pas de mission disciplinaire ». V. cependant les propos du Premier président Louvel qui s'oppose fermement à l'abandon de cette fonction par la Cour de cassation : B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G*, 2015, 1122.

[2] V. à ce sujet l'étude complète de T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit privé,* LGDJ, 1997. La remarque vaut tant en droit judiciaire privé qu'en contentieux administratif, v. A. DAMIEN, J. BORÉ, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA,* 1990, p. 777.

droit qui repose sur de nombreuses notions au contenu indéterminé et souvent issues des sciences économiques. En l'absence d'impair disciplinaire, les juges de cassation devront s'abstenir de procéder à un contrôle trop rigoureux et/ou à une remise en cause systématique de la jurisprudence développée par la Cour de la concurrence sur ce plan.

La préservation de cet équilibre impose en outre que le juge de cassation soit dépourvu du pouvoir de statuer sur le fond en substituant ses propres décisions à celles de la Cour.

B. L'absence de tout pouvoir de statuer sur le fond

858. Développement contemporain de la cassation sans renvoi. En droit positif, les textes prévoient, en des termes similaires, des situations dans lesquelles la Cour de cassation et le Conseil d'État sont habilités à procéder à des « cassations sans renvoi ». L'hypothèse de l'annulation d'une décision de juges du fond à la suite de laquelle il « ne reste plus rien à juger » ou qui « n'implique pas qu'il soit statué de nouveau »[1] n'appelle pas de commentaire[2]. Plus intéressant est l'octroi à ces juridictions du pouvoir de statuer sur le fond d'une affaire après avoir prononcé l'annulation d'un jugement dont elles étaient saisies. Cette faculté, qui conduit le juge de cassation à se faire juge du fond, est de longue date reconnue au Conseil d'État[3] qui en fait un usage régulier[4]. La Cour de cassation en bénéficie depuis 2016[5] et si l'observation de la pratique conduit au constat qu'elle n'en fait encore qu'un usage très modéré, des évolutions sont peut-être à attendre et certains font d'ores et déjà état d'un mouvement à l'occasion duquel la Haute juridiction se ferait, peu à peu, juge du fond[6]. Au nom de l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la tendance serait ainsi au développement du pouvoir des juges de cassation de statuer sur le fond et de limiter le nombre de renvois vers les juridictions inférieures. Il serait inopportun que la formation à laquelle est confié le contrôle de cassation des décisions de la Cour de la concurrence s'y inscrive.

---

[1] Formule de l'art. L. 411-3 COJ.

[2] Elle concerne notamment la cassation fondée sur l'irrecevabilité de la demande adressée aux juges du fond ou sur l'existence d'une cause de non-lieu à statuer dont l'autorité de premier ressort a omis de tenir compte.

[3] Cette faculté lui est reconnue depuis qu'il a été fait juge de cassation, en 1987. En droit positif v. art. L. 821-2 CJA (« soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie »).

[4] V. C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 633, qui relève toutefois un changement récent de pratique ; O. GOHIN, F. POULET, ouvrage précité, n° 535, qui évoquent une faculté « qui n'est pas d'un usage très modéré ».

[5] V. art. L. 411-3, al. 2 COJ créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle* (« elle peut, aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie »).

[6] V. E. DREYER, « La main invisible de la Cour de cassation », *D.,* 2016, p. 2473, qui avance que la Cour de cassation serait « une Cour qui ne plus simplement être juge du droit (de l'application de la loi), mais aussi juge du fond (veillant à une « bonne » application de la loi aux faits qu'elle réexamine au besoin) ». V. aussi F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », précité.

859. Préserver l'office de la Cour de la concurrence par l'interdiction faite au juge de cassation de statuer au fond. Eu égard au haut degré d'expertise – juridique et économique – que la composition et les modalités procédurales d'exercice de son office par la Cour de la concurrence sont de nature à assurer en son sein, il serait injustifié et inopportun que des juges de cassation disposent du pouvoir de se substituer à elle dans l'exercice de ses pouvoirs. Dès lors, il convient de cantonner la chambre mixte de cassation dont nous proposons l'instauration à l'exercice d'un strict pouvoir d'annulation des décisions qu'elle jugera irrégulières et de lui faire interdiction de se prononcer sur le fond d'une affaire après cassation. Il en va de la sauvegarde de l'équilibre sur lequel repose le modèle de réorganisation proposé : la nécessaire spécialisation de cette juridiction de recours à compétence nationale, sa composition innovante et les importants pouvoirs qui lui sont confiés ne conservent leur intérêt et ne seront source d'améliorations qu'à condition qu'aucune autre juridiction ne puisse s'y substituer. Si le maintien d'un contrôle disciplinaire de ses décisions est pertinent en ce qu'il est de nature à éviter toute irrégularité strictement juridique et à assurer « la bonne discipline des juges du fond »[1] qui composeront la Cour de la concurrence ; il ne doit pas être l'occasion d'une remise en cause des analyses menées par cette dernière. Si cassation il y a, elle devra être suivie d'un renvoi de l'affaire à une formation de la Cour autrement composée.

À la Cour de la concurrence seule doit être réservé le pouvoir de statuer au fond sur les recours exercés contre les actes des autorités nationales de concurrence. Si cette limitation des pouvoirs confiés au juge de cassation est de nature à le garantir, elle ne doit pas conduire à éluder l'intérêt qu'il pourrait y avoir d'organiser un accès restreint à son prétoire. C'est à cette question qu'il convient désormais de consacrer quelques réflexions.

§ II – Restreindre l'accès au juge de cassation ?

860. Prudence. L'observation de récents débats témoigne de ce que tout projet visant à l'instauration de mécanismes tendant à restreindre l'accès des justiciables au prétoire d'une juridiction est source de réserves et inquiétudes légitimes[2]. Dès lors, notre proposition

[1] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 489.

[2] V. parmi une littérature abondante : P. CASSIA, « Filtrer l'accès au juge de cassation ? », *D.,* 2015, p. 1361 ; « L'inquiétante justice administrative de demain », précité ; B. HAFTEL, L. MAYER, « Non à la transformation de la Cour de cassation en « Cour suprême » », *Les Echos,* 19 juillet 2018 ; B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction de juger », *D.,* 2015, p. 1378. Pour une approche comparatiste v. L. VOGEL (dir.), *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges,* éd. Panthéon-Assas, 2005 ; ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION, *Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012 (spéc. p. 39 et s.) et, plus récemment, AHJUCAF, *Le filtrage des recours devant les cours suprêmes*, 30 mai – 1er juin 2016.

d'organiser une telle restriction dans l'accès au prétoire de la chambre mixte de cassation évoquée imposerait d'y consacrer une importante réflexion et d'en fixer les conditions et modalités avec précision et exhaustivité. Cela dépasserait toutefois le cadre de cette recherche. Il faudra, dès lors, nous en tenir à l'objectif de suggérer, au soutien de notre proposition de réorganisation d'un droit positif dont nous avons identifié les causes d'insatisfaction, un modèle possible tendant à nourrir la réflexion davantage qu'à convaincre unanimement.

Pour ce faire, deux modèles permettant de restreindre l'accès à une juridiction de cassation seront envisagés. Le premier, qui fait déjà l'objet de nombreux débats, réflexions et propositions, consiste en l'instauration d'un mécanisme de sélection des pourvois. Après en avoir brièvement présenté le fonctionnement et les objectifs, nous en démontrerons le caractère inadapté au regard de notre proposition générale de réorganisation (A). Le second, sur lequel repose le droit positif, consiste en l'instauration d'une procédure d'admissions – ou de filtrage – des pourvois destinée à en contrôler la recevabilité et/ou les chances de succès. Mêlé à l'adoption de strictes conditions encadrant la recevabilité des recours, ce second modèle nous semble devoir être privilégié (B).

A. La sélection des pourvois : une solution inadaptée

861. La sélection des pourvois : fonctionnement et objectifs. La sélection des pourvois dont il est ici fait état[1] est celle qui confère à la juridiction qui en bénéficie – le plus souvent juridiction de cassation ou « cour suprême » – le pouvoir de retenir, par un choix subjectif et en pure opportunité, les recours sur lesquels elle se prononcera. Cette faculté lui confère, par voie de conséquence, le pouvoir d'écarter de son prétoire tous les autres pourvois non sélectionnés. Sans qu'il soit nécessaire de s'arrêter sur les modalités par lesquelles une telle sélection peut intervenir, recherchons en les objectifs, auxquels sont intimement liés les critères sur la base desquels la sélection est opérée.

L'objectif direct invoqué au soutien d'un tel système est celui de décharger la juridiction en question d'une part importante de la masse contentieuse qu'il lui appartient de traiter. Mais, *in fine,* c'est bien souvent le souci de recentrer le juge de cassation sur sa « mission normative » qui motive la proposition faite d'instaurer un mécanisme de sélection des pourvois[2]. Il ne s'agit

[1] Sur la distinction entre filtrage et sélection des pourvois v. nos développements *infra.*

[2] V. B. LOUVEL, « Réflexions en cours à la Cour de cassation », précité, qui vise l'objectif de « limiter [l'intervention de la Cour de cassation] aux recours s'inscrivant dans le rôle unificateur et normatif qui fait sa raison d'être ». V. encore J.-B. BELDA, thèse précitée, n° 793, qui avance que « Dans un contexte d'engorgement de la justice, le contrôle disciplinaire doit s'appuyer sur des questions qui apportent au droit, car non traitées ou largement débattues. Cela constitue déjà le principe de l'office de la Cour de cassation dans l'uniformisation de la

plus, pour ce juge, « de censurer les violations de la loi commises par les juridictions qui leur sont subordonnées, mais d'adapter le droit à l'évolution de la société »[1]. Il ne lui appartiendrait alors plus que de statuer sur les seuls recours qui couvrent un intérêt juridique majeur, qui « soulèvent une question de principe », « présentent un intérêt pour l'évolution du droit » ou pour « l'unification de la jurisprudence »[2] ; ce qui lui permettrait d'y consacrer davantage de temps. Juger moins pour juger mieux et avec davantage d'autorité en somme. En rendant des arrêts moins nombreux mais de meilleure qualité, sur les seules affaires présentant un enjeu juridique impérieux et revêtus d'une forte autorité, le juge de cassation deviendrait chef d'orchestre d'une ferme jurisprudence et titulaire d'un véritable « rôle normatif »[3]. L'on perçoit bien que les objectifs poursuivis et effets produits par de tels mécanismes sont bien éloignés de ceux que nous souhaiterions affecter au contrôle des décisions de la Cour de la concurrence.

862. Une solution inapte à produire les effets recherchés. Il a été vu que le contrôle de cassation opéré sur les décisions de la Cour de la concurrence devra poursuivre un objectif avant tout – sinon exclusivement – disciplinaire. Il est donc conçu comme une faculté offerte aux justiciables mécontents du traitement qui leur aura été réservé devant la Cour d'en solliciter l'annulation devant une juridiction de cassation et ce, quelle que soit l'importance de l'intérêt – économique ou juridique – en cause. Or l'instauration d'un mécanisme de sélection des pourvois tend par définition à permettre au juge de cassation de se dispenser de l'examen des pourvois qui présentent un faible intérêt[4]. Il s'agit d'une « conception aristocratique »[5] de la juridiction de cassation parfaitement inapte à produire les effets attendus du contrôle opéré sur les décisions de la Cour de la concurrence. Il nous faut dès lors envisager d'autres modalités d'encadrement de l'accès au prétoire de ce juge.

---

jurisprudence avec les cas difficiles. Les cas dits « faciles » pourront être évacués par les juridictions inférieures. Sa mission est de réguler le droit privé ». Comp. N. MOLFESSIS, « Filtrage des pourvois : ne pas renoncer à réformer », *Gaz. Pal.,* 15 mai 2018, n° 17, p. 90.

[1] J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile,* Dalloz, 5e éd., 2015, n° 23.12.

[2] Ce sont les critères posés par un article L. 411-2-1 du COJ dont le Gouvernement avait, en avril 2016, suggéré l'adoption. Ce projet a été rejeté en Commission. V. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, ouvrage précité, p. 20.

[3] L. VOGEL, « Introduction », *in* L. VOGEL (dir.), ouvrage précité, p. 7-8.

[4] Le Premier président Louvel fixe, parmi les objectifs poursuivis par les projets soumis à la Chancellerie, celui de permettre à la Cour de cassation de « limiter son intervention aux recours s'inscrivant dans le rôle unificateur et normatif qui fait sa raison d'être ». Ce serait donc avant tout en considération de l'intérêt juridique qu'il présente que la section – ou non – d'un pourvoi devrait intervenir. V. B. LOUVEL, article précité.

[5] S. AMRANI-MEKKI, « La sélection des pourvois à la Cour de cassation », précité, p. 54.

B. La procédure d'admission des pourvois : une solution à privilégier

863. Filtrage des pourvois par la procédure d'admission. Filtrage et sélection des pourvois ne sont pas toujours clairement distingués l'un de l'autre[1], ce qui pourrait conduire à considérer que l'un est une modalité de l'autre ou encore qu'un filtrage trop rigoureux conduirait, *de facto*, à une forme de sélection[2]. Le retour à la définition générale de la notion de filtrage offre un critère possible de distinction entre les deux.

Alors que l'opération de sélection reposerait sur un acte de volonté, sur une décision subjective – qui peut néanmoins être fondée sur des critères préétablis – de celui qui y procède[3], le filtrage consisterait, lui, à « soumettre des gens ou des choses à un contrôle minutieux, sévère, et à n'admettre que ceux qui ont satisfait ce contrôle »[4]. L'opération de filtrage ne reposerait ainsi pas sur une décision subjective, une manifestation de volonté[5], mais sur le fait de « passer au tamis » les différents recours soumis à la Cour[6] – tamis d'autant plus filtrant que les conditions d'admission du pourvoi seront strictes et nombreuses – puis de ne statuer que sur ceux qui, étant passé entre les mailles, ont fait la preuve qu'ils étaient purgés de toutes « impuretés »[7]. Il ne s'agit plus, dès lors, d'offrir au juge de cassation la possibilité de « choisir » les pourvois sur lesquels il statuera ; mais de confier aux plus expérimentés d'entre eux[8] la mission de veiller scrupuleusement à ne statuer que sur ceux qui remplissent toutes les conditions nécessaires à leur admission. C'est cela que permet l'instauration de procédures d'admission des pourvois[9] :

---

[1] V. qui conteste la confusion entre procédure d'admission et technique de sélection des pourvois : G. CANIVET, « Propos introductifs », *in* S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation,* Economica, 2005, p. 5 et s.

[2] V. par ex. B. HAFTEL, L. MAYER, « Non à la transformation de la Cour de cassation en « Cour suprême » », précité, qui, commentant le projet de réforme présenté par le Premier président de la Cour de cassation au garde des Sceaux et tendant à organiser un « filtrage » des pourvois, expliquent qu'un tel mécanisme tend *in fine* à instaurer « un système de sélection des pourvois ».

[3] Le fait de sélectionner implique en effet de « choisir », de « retenir au sein d'un ensemble, ceux de ses éléments possédant des caractéristiques déterminées ». La sélection peut ainsi être définie comme une « opération volontaire et méthodique » (CNTRL, *v°* « sélection », « sélectionner »).

[4] *Le Petit Robert de la langue française*, *v°* « filtrage ».

[5] Comp. J. BUFFET, « Le critère de la non-admission. Quelle rationalité ? », *in* S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET (dir.), ouvrage précité, p. 103, « il n'y a pas de sélection puisqu'il n'y a pas de choix ». V. *contra* S. AMRANI-MEKKI, « La sélection des pourvois à la Cour de cassation », précité, p. 53.

[6] L. CADIET, J. NORMAND, AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 490.

[7] V. S. AMRANI-MEKKI, « Introduction générale », précitée, n° 2, p. 27.

[8] Eu égard aux effets que l'opération est susceptible d'emporter sur les droits des justiciables, et en premier lieu sur ceux des demandeurs au pourvoi, nous rejoignons la position du professeur Amrani-Mekki qui avance qu'il faut s'assurer que « les magistrats en charge du filtre soient les plus expérimentés et spécialistes des contentieux » (S. AMRANI-MEKKI, « Introduction générale », précitée, n° 29, p. 40).
Notons toutefois que, dans certains systèmes, l'opération de filtrage est confiée à la juridiction de fond ou à une instance spécifique et non aux juges de cassation (v. J.-P. JEAN, « Système judiciaire et filtrage », *in Le filtrage des recours devant les Cours suprêmes,* précité, p. 82 et s.). V. encore M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, ouvrage précité, p. 18 et s.

[9] Qui est de droit positif en contentieux administratif (art. L. 822-1 CJA) et en procédure civile (art. 1014 CPC).

chaque pourvoi est transmis à une formation restreinte – voire à juge unique – de la juridiction de cassation – nous concernant, la chambre *sui generis* dont nous avons proposé la mise en place – à laquelle il appartient de veiller à ce que les conditions d'admission d'un tel recours (en premier lieu : recevabilité et validité) soient réunies. Dans l'affirmative, le dossier est transmis à une formation de jugement. Dans la négative, le pourvoi est rejeté par décision de cette formation restreinte.

Avant de nous intéresser à l'objet du contrôle qui devra être opéré à l'occasion du filtrage mis en œuvre par la formation compétente pour connaître des pourvois exercés contre les décisions de la Cour de la concurrence, notons que les avocats aux conseils auront également un rôle important à jouer. En informant leurs clients, chaque fois qu'ils en feront le constat, de l'inopportunité d'engager un pourvoi contre une décision de la Cour, ils permettront un filtrage important de nature à réduire de manière drastique la formation de pourvois voués à l'échec[1].

864. L'objet nécessaire du filtrage : un contrôle rigoureux de la recevabilité des pourvois. En premier lieu, les conditions de recevabilité (intérêt et qualité à agir, absence prescription ou de forclusion notamment) et de validité (respect des conditions de forme principalement) de toute action en justice sont applicables au recours en cassation. D'autres, spécifiques, devront être posées en s'inspirant du droit positif (on songe notamment au monopole de la représentation dont bénéficient, devant les juridictions de cassation, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation[2]). L'ensemble de ces conditions devra constituer le premier objet du contrôle mis en œuvre au stade de la procédure d'admission.

En outre, le caractère extraordinaire de la voie de recours que constitue le pourvoi en cassation permet au législateur d'en limiter la possibilité par l'adoption d'une liste limitative de cas d'ouverture qui en conditionnent l'existence[3]. Si, en droit positif, le législateur a – sur avis du Conseil d'État – renoncé à l'adoption d'une telle liste exhaustive[4], il pourrait en être établi une applicable aux seuls pourvois exercés contre les décisions de la Cour de la concurrence. À défaut, il reviendrait à la formation de cassation compétente d'en établir une au fil de sa jurisprudence en conformité avec les trois impératifs suivants : ne pas étendre le champ de son

[1] V. S. AMRANI-MEKKI, « Introduction générale », précité, p. 39-40 qui se fonde sur les chiffres et rapports fournis par des avocats de différentes nationalités dont celui de L. BORÉ, « L'avocat et le filtrage », p. 75 et s.
[2] Art. R. 821-3 CJA et art. 973 CPC.
[3] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, ouvrage précité, n° 489 : « Plus singulières sont les conditions d'existence du droit au pourvoi liées aux cas d'ouverture à pourvoi, qui justifient la qualification de voie de recours extraordinaire ». Pour une présentation complète de ces cas d'ouverture v. en matière civile : J. BORÉ, L. BORÉ, ouvrage précité, n° 70.00 à 79-211 et en contentieux administratif : C. BROYELLE, ouvrage précité, n° 599-622.
[4] J. BORÉ, L. BORÉ, ouvrage précité, n° 70.01.

contrôle aux faits ou aux appréciations portées à leur égard par la Cour, s'en tenir au contrôle de la conformité des décisions rendues par cette dernière aux règles de droit[1] et, enfin, ne consacrer aucun moyen d'ouverture à cassation qui lui fournirait l'occasion de s'extraire trop largement de sa fonction disciplinaire[2]. Quelles qu'en soient les modalités d'établissement, l'inscription, dans cette liste de cas d'ouverture à cassation, de chacun des pourvois qui leur seront soumis devra faire l'objet d'un contrôle rigoureux par les juges en charge du filtrage.

L'examen de ces différentes conditions d'admission du recours commande un contrôle objectif qu'un juge expérimenté et fin connaisseur du contentieux serait à même d'opérer seul. En cas de méconnaissance *manifeste* de l'une d'elles, la décision de rejet pourrait ainsi prendre la forme d'une ordonnance de tri rendue à juge unique ; sauf le besoin exprimé par ce dernier qu'il soit statué sur la question en formation collégiale[3]. Chaque fois que la recevabilité d'un pourvoi apparaîtra simplement *douteuse*, ce juge qui aura procédé au premier examen pourra le transmettre, au terme de son intervention, à un réviseur chargé d'opérer un second examen. C'est au terme de ce second examen qu'une formation restreinte de cette chambre *sui generis* de cassation – voire son seul président – pourra alors statuer sur son admissibilité.

L'objet du contrôle opéré à l'occasion de ces opérations de filtrage pourrait être étendu encore à d'autres éléments et, par exemple, à l'appréciation des chances de succès du recours.

865. L'objet possible du filtrage : l'appréciation des chances de succès du pourvoi. Outre les conditions de validité et de recevabilité dont la procédure d'admission permet l'examen à travers un contrôle que l'on peut qualifier d'objectif ; un filtrage plus rigoureux pourrait tendre à examiner l'existence d'un ou plusieurs « moyens sérieux » dans chacun des pourvois soumis aux juges de cassation et à y conditionner le renvoi à une formation de jugement. L'appréciation ne serait alors plus simplement objective mais commanderait un examen, au moins sommaire, des moyens présentés par le demandeur au pourvoi. Cela renforce encore le besoin que cette opération soit confiée aux juges les plus expérimentés[4] et justifie l'intervention de plusieurs juges. À l'instar de ce qui est pratiqué au Conseil d'État, un double examen à juge unique pourrait ainsi être mis en œuvre : au premier examen d'un rapporteur auquel aura été confié l'opération de filtrage et au terme duquel il envisage une décision de rejet fondée sur l'absence

[1] C'est la formule générale de l'art. 604 CPC.
[2] Par ex. en procédant à un contrôle trop systématique et/ou approfondi de qualifications juridiques reposant sur des notions économiques telles qu'elles sont établies par la jurisprudence de la Cour de la concurrence.
[3] Sur le modèle de ce qui est pratiqué au Conseil d'État. V. art. R. 822-5, spéc. al. 1 à 3 CJA. V. sur le sujet J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les modalités de filtrage des pourvois en cassation devant le Conseil d'État », *in* ORDRE DES AVOCATS AUX CONSEILS, *Le juge de cassation en Europe,* précité, p. 47.
[4] S. AMRANI-MEKKI, « Introduction générale », précitée, n° 29, p. 40.

de moyen sérieux, pourrait succéder le second examen d'un « réviseur » au terme duquel une formation restreinte de cette chambre *sui generis* de cassation – voire son seul président – pourrait décider s'il y a, ou non, lieu à rejet du pourvoi sur ce fondement[1].

Ces modalités de filtrage sont de nature à assurer que le recours au juge de cassation demeurera exceptionnel. Cette solution est non seulement justifiée par le souci de maintenir l'équilibre sur lequel repose notre proposition de réorganisation des modalités de contrôle juridictionnel des actes des autorités nationales de concurrence, mais également par les importants moyens, pouvoirs et obligations confiés à la Cour de la concurrence qui tendent à garantir un degré élevé de qualité des décisions rendues par cette juridiction de recours spécialisée.

Conclusion du Chapitre 2

866. La démarche consistant à proposer le modèle d'une juridiction de recours spécialisée à compétence nationale imposait que l'on s'intéresse aux modalités organisationnelles et procédurales d'exercice de son office par cette Cour de la concurrence. Sans prétendre à l'exhaustivité sur ce terrain prospectif, des développements ont été consacrés à trois questions revêtant une importance, théorique et pratique, particulière.

En premier lieu, nous avons suggéré que cette Cour soit divisée en chambres spécialisées au sein desquelles chaque juge professionnel devra être affecté à une fonction (président, assesseur, conseiller de la mise en état ou rapporteur public). Si ces chambres constituent la formation ordinaire en laquelle devra juger la Cour, il a été proposé qu'elle puisse réunir des formations élargies pour traiter des recours présentant des enjeux importants et/ou soulevant des difficultés particulières et, à l'inverse, statuer à juge unique lorsque les circonstances le justifieront ou que l'urgence l'exigera. Les économistes-juges seront, quant à eux, réunis en un collège que toute formation pourra solliciter afin que l'un d'eux vienne siéger en son sein chaque fois que le jugement d'une affaire le requerra.

Ont ensuite été envisagés les circuits procéduraux par lesquels la Cour devra procéder à l'instruction des affaires. Eu égard à l'importante diversité et au degré de difficulté variable qui caractérisent les recours dont elle a vocation à être saisie, c'est le modèle d'une pluralité de voies qui a été retenu. À l'opposé de l'hypothèse exceptionnelle d'absence de véritable instruction, se trouve alors celle du circuit long donnant lieu à désignation d'un juge

[1] C'est cette même procédure qu'il a été proposé de mettre en œuvre lorsque la recevabilité d'un pourvoi est « douteuse » (v. *supra*).

spécifiquement chargé de procéder à la mise en état d'une affaire au moyen d'une procédure particulière. L'économie de ce système repose sur le rôle confié aux présidents de formation de jugement d'orienter chaque affaire vers la voie idoine ; rôle qui devra également les conduire à dispenser le rapporteur public de toute intervention lorsqu'elle paraîtrait superfétatoire.

Enfin, ont été abordées les modalités de mise en œuvre du contrôle de cassation dont seront susceptibles de faire l'objet les décisions de la Cour. Sur ce terrain, eu égard aux pouvoirs et moyens octroyés à cette dernière et aux obligations mises à sa charge, il nous a semblé nécessaire et justifié d'organiser à la fois une limitation des pouvoirs confiés à la formation de cassation compétente, ainsi qu'une restriction de l'accès à son prétoire par l'instauration d'une rigoureuse procédure de filtrage. La voie du pourvoi devra demeurer exceptionnelle.

CONCLUSION DU TITRE II

867. Au terme d'une réflexion consacrée aux finalités du contrôle juridictionnel des actes et décisions à l'étude, le choix a été fait d'accompagner la proposition de réorganisation de la construction progressive d'un modèle de juridiction de recours unique et spécialisée. Cette démarche prospective impliquait d'abord de s'intéresser à la composition de cette juridiction. Celle-ci a été déterminée en considération des spécificités du contentieux dont cette Cour de la concurrence a vocation à connaître, desquelles découle la singularité de son office. Deux caractéristiques du contentieux de la concurrence nous ont retenu.

La première tient à sa technicité, due à la place prépondérante qu'y occupe l'analyse économique. Cet outil est au cœur de la mise en œuvre du droit de la concurrence et du traitement du contentieux qui en naît. Sa pleine maîtrise est indispensable à l'exercice des importants pouvoirs confiés à la Cour de la concurrence et à l'accomplissement des missions de pédagogie et d'harmonisation qui lui échoient. Eu égard à l'insuffisance des dispositifs que le droit commun offre au juge pour solliciter l'expertise de protagonistes extérieurs, l'intégration d'économistes au sein même de la Cour est apparue nécessaire. C'est ainsi le modèle d'une juridiction échevinale, composée de juges professionnels et d'économistes, qui a été suggéré.

La seconde concerne l'hybridité du contentieux de la concurrence. Mêlant acteurs, actes et enjeux relevant tant de la sphère publique et de la sphère privée, il rend inopérante la *summa divisio* droit public/droit privé et se délite inévitablement dans le dualisme juridictionnel. Au regard de l'existant, l'unification est « un mythe », le droit positif en atteste. La voie du dépassement du dualisme juridictionnel est apparue plus pérenne et la Cour de la concurrence offrait un cadre propice à son organisation. C'est alors le modèle d'une juridiction paritaire, composée de juges judiciaires et de juges administratifs, qui a été proposé.

868. Pour compléter notre proposition, quelques réflexions ont ensuite été consacrées à l'organisation interne de la Cour et aux modalités procédurales suivant lesquelles elle traitera les recours qui lui seront présentés. Sur le premier point, l'organisation des juridictions de recours de droit commun demeure adaptée : il convient que la Cour de la concurrence soit divisée en chambres spécialisées au sein desquelles chaque juge professionnel sera affecté à une fonction spécifique. Les économistes-juges doivent quant à eux être réunis au sein d'un collège que toute chambre pourra solliciter pour compléter la formation appelée à statuer sur une affaire qui requiert leur intervention.

Sur le second point, la complexité variable des recours dont a vocation à être saisie la Cour commande que divers circuits puissent être empruntés pour procéder à l'instruction des affaires. La désignation d'un juge spécifiquement chargé de la mise en état s'avèrera parfois nécessaire, d'autres requêtes pourront être traitées au terme d'une instruction simplifiée, voire réduite à sa plus simple expression. En toutes hypothèses, après clôture de l'instruction, l'affaire devra être renvoyée à une formation de jugement adaptée qui statuera par une décision susceptible de pourvoi devant une juridiction de cassation *sui generis*. Toutefois, eu égard aux importants pouvoirs et moyens octroyés à la Cour de la concurrence, l'accès au prétoire du juge de cassation doit être strictement encadré et tendre à l'exercice d'un contrôle essentiellement disciplinaire. Il en va de la préservation de l'office particulier confié à cette juridiction de recours spécialisée et de l'équilibre sur lequel repose le modèle de réorganisation proposé.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

869. Démarche de réorganisation. La première partie a été conclue sur le constat d'un profond état de désorganisation du contentieux à l'étude, comportant des risques et conséquences nuisibles. Une réorganisation est alors apparue nécessaire. Pour y procéder, nous avons d'abord recherché les finalités qu'il convenait d'assigner au contrôle juridictionnel des actes et décisions des autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Puisque les recours tendent à l'exercice de son contrôle par le juge, la réorganisation de ceux-ci commandait d'être au clair sur les finalités de celui-là.

870. Rétablir l'unité. Sur ce plan, les risques que présente la diversité observée au « premier degré » justifient le rétablissement d'une certaine unité au stade du recours. En premier lieu, pour veiller à ce que l'arsenal législatif consacré à la protection de la libre concurrence fasse l'objet d'une application harmonisée au moyen de procédures n'emportant pas d'atteinte disproportionnée aux droits et intérêts des justiciables, il est nécessaire que les recours soient soumis à un juge apte à exercer un contrôle approfondi des procédures et actes litigieux, quels qu'en soient l'auteur et la nature. En outre, pour permettre un traitement efficace des difficultés qui peuvent résulter de l'engagement de procédures parallèles au sujet d'une même affaire, il est opportun que l'ensemble des recours puisse être porté devant une même juridiction.

Ce cadre unifié est par ailleurs propice au développement d'un droit procédural adapté. Les difficultés à traiter le contentieux de la concurrence au moyen du droit commun du procès – qu'il soit civil ou administratif – ont été relevées. Elles comportent le risque que l'intervention du juge intervienne à contretemps et/ou qu'elle perturbe à l'excès l'activité des autorités de « premier ressort », en particulier de celles chargées d'une mission de régulation. Pour l'éviter, la piste la plus prometteuse consiste à offrir au juge les moyens d'inscrire son intervention dans la poursuite du processus engagé au « premier degré ». Cela implique d'adapter le cadre de son intervention – donc l'instance de recours : son rythme, ses acteurs et la matière qui la compose – et les pouvoirs qui lui sont confiés. Afin de limiter le recours au prononcé d'une annulation « sèche » des actes et décisions affectés d'un vice, qui s'avère souvent contreproductive, le juge doit disposer d'un panel fourni de pouvoirs diversifiés. Il lui appartiendra néanmoins d'en faire un usage raisonné en veillant à ne pas empiéter sur ceux que le législateur a confiés en propre aux autorités administratives spécialisées.

871. Accepter d'innover. Ces finalités assignées au contrôle juridictionnel, dont découle l'office du juge de recours, requièrent d'importantes innovations, notamment quant à la

composition de cette juridiction unique et spécialisée dont nous suggérons l'instauration. Pour les présenter, notre proposition a été appuyée sur la construction progressive d'un modèle de juridiction échevinale et paritaire compétente pour connaître de l'ensemble des recours à l'étude : la Cour de la concurrence.

L'échevinage permet l'intégration d'économistes au sein de cette Cour. Eu égard à l'importance croissante qu'occupe l'analyse économique dans le contentieux de la concurrence, il est apparu nécessaire que cette juridiction, dont l'office impliquera bien souvent qu'elle se saisisse du fond des affaires qui lui seront soumises, dispose d'une pleine maîtrise de cet outil. Pour ce faire, la voie idoine est celle du recrutement d'économistes en qualité d'assistants du juge, mais aussi, pour le traitement des affaires les plus complexes, en qualité de juge à part entière.

Le recours au paritarisme tend, lui, à la réunion de juges expérimentés issus des deux ordres juridictionnels au sein de la Cour. L'hybridité du droit de la concurrence conduit au délitement de son contentieux dans le dualisme juridictionnel. Pour l'éviter et maintenir l'unité, le dépassement de ce dualisme est inéluctable. Bien qu'innovant, ce « scénario » était, selon des modalités différentes, « déjà écrit »[1]. Nous nous sommes efforcé de le préciser puis de le compléter par quelques réflexions relatives à l'organisation de cette Cour de la concurrence, aux modalités procédurales suivant lesquelles elle traitera les recours qui lui seront présentés puis, enfin, au contrôle dont ses décisions pourront faire l'objet devant une chambre de cassation *sui generis* dont l'accès devra être particulièrement encadré.

[1] L. GRARD, « La systématique des contentieux concurrence en Europe. Propos introductifs et…intuitifs », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe,* précité, p. 35, qui se réfère notamment aux propositions contenues dans G. CANIVET, F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Le club des juristes, 2018. Ce « scénario » diffère néanmoins de celui que nous proposons puisqu'est visée « *une chambre spécialisée, paritairement composée de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation, compétente pour juger de tous les recours contre les décisions émanant de la cour d'appel de Paris et des juridictions administratives et des recours pour excès de pouvoir contre les textes rentrant dans ce domaine juridique* ». Les modalités et le champ de la proposition diffèrent de la nôtre, l'on y retrouve néanmoins des innovations similaires.

CONCLUSION GÉNÉRALE

872. Le constat d'un profond éclatement. Partant de l'observation, devenue habituelle, de l'état d'éclatement qui caractérise le contentieux national de la concurrence, l'étude avait pour premier objectif d'en préciser l'ampleur et d'en identifier les causes. Un étonnement et une crainte justifiaient cette recherche de précisions.

873. Un étonnement, d'abord, qui provenait de la confrontation de cet état d'éclatement au discours d'unité qui a largement été diffusé à l'époque de la fondation du droit moderne de la concurrence, consacré par l'ordonnance du 1er décembre 1986. Un regard sur les circonstances qui ont entouré la préparation du texte et sur l'œuvre à laquelle est parvenu le réformateur a permis de faire état de l'incomplétude et des lacunes originelles de cet édifice. Vaine recherche d'un consensus, poids des idées, importance excessive accordée à des luttes de pouvoirs…les causes explicatives avancées ont été nombreuses sans être, d'ailleurs, exclusives les unes des autres. Notre analyse a conduit à la conclusion qu'il s'agissait avant tout d'une erreur de méthode.

En tout état de cause, l'unification était vouée à l'échec. La compétence confiée à la Cour d'appel de Paris, que certains souhaitaient voir instaurée comme juridiction de recours unique, ne couvrait pas l'ensemble des champs de l'ordonnance. Dès l'origine, l'incomplétude laissait place à une certaine dispersion : le contentieux relatif au contrôle des concentrations devait revenir au juge administratif. Les autres lacunes rendaient l'éclatement inévitable et celui-ci s'est produit. D'une part, les juridictions administratives se sont peu à peu réapproprié une large part du contentieux issu de l'application des différents titres qui composent le Livre IV du Code de commerce. D'autre part, les réformes successives ont perturbé les équilibres instaurés en 1986 en accordant une inconstante attention à la question des recours dont sont susceptibles de faire l'objet les actes et décisions rendus par les autorités chargées de la mise en œuvre, en « premier ressort », du droit de la concurrence. Il est devenu bien délicat de présenter avec clarté la répartition des rôles entre ces autorités et de dresser un tableau lisible du rattachement des actes de chacune à la juridiction de recours compétente et aux modalités de contrôle qui lui sont applicables.

En droit positif, certains de ces recours font l'objet d'un régime spécifique, d'autres, dans le silence des textes, ont dû être organisés en application d'un droit commun pas toujours adapté. Certains relèvent de la compétence de juridictions judiciaires spécialisées, d'autres de

juridictions administratives de droit commun. Certains sont tranchés par des juges de premier ressort qui statuent à charge d'appel, d'autres par une juridiction d'appel qui statue en premier et dernier ressort laissant ouverte la seule voie du pourvoi en cassation. D'autres encore sont confiés à une juridiction suprême qui rend des décisions revêtues de la force de chose jugée.

874. À l'étonnement s'ajoute alors une crainte. Cet état d'éclatement est en premier lieu source d'incertitudes, qui font peser sur le justiciable de lourdes charges procédurales et dont le traitement retarde la résolution des litiges sur le fond. Ensuite, il conduit, nonobstant le mouvement de rapprochement des contentieux administratif et judiciaire, à de réelles disparités dans le traitement des différents recours. Ces disparités ne sont, à nouveau, pas sans conséquences sur la situation des parties en cause et autres opérateurs concernés par les actes et procédures litigieux. À ce titre, ont été notamment évoquées les conditions d'accès au prétoire du juge, les modalités d'obtention du sursis à exécution de l'acte objet d'un recours, celles par lesquelles est assurée la protection du secret des affaires ou encore l'intensité variable du contrôle opéré par le juge sur les actes et décisions qui lui sont soumis. En outre, elles menacent la poursuite efficace de l'objectif fondamental qui donne au droit de la concurrence son unité : la protection de la libre concurrence sur les marchés, laquelle participe de la protection de l'intérêt général et de l'ordre public économique.

Tant du point de vue du justiciable que de la sauvegarde de l'intérêt général, ce « désordre processuel »[1] peine à satisfaire.

875. Formulation d'une proposition. Le second temps de l'étude a alors été tourné vers la recherche de solutions. Une réflexion préalable a permis d'identifier les contraintes qui pesaient sur l'entreprise de réorganisation, puis de déterminer l'objectif que doit poursuivre le contrôle juridictionnel des actes des autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Les résultats de cette réflexion ont orienté la démarche prospective vers la recherche d'un subtil équilibre. Premièrement, il est apparu indispensable que le juge de recours soit en mesure d'exercer un contrôle approfondi de l'ensemble des actes adoptés par les autorités compétentes en « premier ressort ». Deuxièmement, il importe que son intervention ne perturbe pas de manière excessive l'activité de ces dernières, surtout de celles auxquelles le législateur a confié une mission de régulation. Cet horizon imposait plusieurs éléments.

D'abord, pour être en mesure d'exercer ce contrôle et d'apprécier les arguments sur fondement desquels la validité de ces actes est débattue, le juge doit disposer d'une parfaite maîtrise des

[1] Désordre relevé par L. CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », *in Mélanges A. Pirovano,* 2003, p. 109.

outils d'analyse économique qui sont au cœur de la mise en œuvre du droit de la concurrence et du traitement de son contentieux. Pour ce faire, outre sa nécessaire spécialisation, il convient qu'il soit accompagné d'économistes directement intégrés à la juridiction.

Ensuite, pour que son intervention n'emporte pas de rupture de l'activité conduite par les autorités de premier ressort, tant le cadre de son intervention que les pouvoirs qui lui sont confiés doivent permettre au juge de poursuivre le processus dans lequel s'inscrivait la procédure et/ou l'acte litigieux dont il est saisi. Il convenait, en conséquence, d'envisager l'organisation d'un droit procédural adapté.

876. L'ensemble de ces éléments a justifié la proposition d'instaurer une juridiction de recours unique, composée de juges professionnels et d'économistes, pour connaître de l'ensemble des recours à l'étude. Restait une difficulté : le contentieux de la concurrence mêle des acteurs et enjeux relavant à la fois du droit public et du droit privé. La création d'une cour de contrôle unique imposait alors de dépasser aussi bien la dualité juridique que la dualité juridictionnelle qui structurent le droit français par la réunion de juges issus des deux ordres.

877. En définitive, la création d'une juridiction échevinale et paritaire, réunissant, d'une part, des juges administratifs et judiciaires expérimentés et, d'autre part, des économistes, a été préconisée. Cette proposition, dont nous mesurons la singularité, a été accompagnée de la construction progressive d'un modèle : la Cour de la concurrence.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités, manuels, dictionnaires

ALLAND Denis, **RIALS** Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Quadrige / Lamy-PUF, coll. Dicos Poche, 2003.

AMRANI-MEKKI Soraya, **STRICKLER** Yves, *Procédure civile,* PUF, coll. Thémis droit, 2014.

AUBY Jean-Marie, **DRAGO** Roland, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992.

BLANCO Florent, *Contentieux administratif,* PUF, coll. Thémis droit, 2019.

BORÉ Jacques, **BORÉ** Louis,

- *La cassation en matière civile,* Dalloz, coll. Dalloz action, 5e éd., 2015.

- *La cassation en matière pénale. 2018-2019,* Dalloz, coll. Dalloz action, 2017.

BOUTAYEB Chahira, *Droit institutionnel de l'Union Européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux,* LGDJ, coll. manuel, 6e éd., 2020.

BROYELLE Camille, *Contentieux administratif,* LGDJ, coll. Manuel, 10e éd. (2022-2023), 2022.

CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004.

CADIET Loïc, **JEULAND** Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* LexisNexis, 11e éd., 2020.

CADIET Loïc, **NORMAND** Jacques, **AMRANI-MEKKI** Soraya, *Théorie générale du procès,* PUF, coll. Thémis droit, 3e éd., 2020.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Tome 1, Introduction,* PUF, coll. Thémis droit privé, 27e éd. Refondue, 2002.

CAYROL Nicolas, *Procédure civile,* Dalloz, coll. Cours, 4e éd., 2022.

CHAINAIS Cécile, **FERRAND** Frédérique, **MAYER** Lucie, **GUINCHARD** Serge, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, coll. Précis, 35e éd., 2020.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit,* Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2e éd., 2016.

CHAPUS René,

- *Droit administratif général,* t. 1, Montchrestien, coll. Précis Domat droit public, 13e éd., 2001 ;

- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Précis Domat droit public, 13e éd., 2008.

COMBE Emmanuel, *Économie et politique de la concurrence,* Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2020.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique,* PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 14e éd., 2022.

DEBARD Thierry, **GUINCHARD** Serge, *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, Dalloz, coll. Lexique, 30e éd., 2022.

DEGOFFE Michel, *Droit de la sanction non pénale,* Economica, 2000.

DELAUNAY Benoit, *Droit public de la concurrence,* LGDJ, coll. Manuels, 2e éd., 2018.

DELVOLVÉ Pierre, *Droit public de l'économie,* Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2021.

DIDIER Paul, **DIDIER** Philippe, *Droit commercial. Tome 1 : Introduction générale – L'entreprise commerciale*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2005.

DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, *Droit des libertés fondamentales,* PUF, coll. Thémis droit, 3e éd., 2022.

ELLUL Jacques, *Histoire des institutions. Tome 4 : XVIe-XVIIIe siècle,* PUF, coll. Thémis Science politique, 9e éd., 1987.

FAVOREU Louis, **GAÏA** Patrick, **GHEVONTIAN** Richard, **MESTRE** Jean-Louis, **PFERSMANN** Otto, **ROUX** André, **SCOFFONI** Guy, *Droit constitutionnel,* Dalloz, coll. Précis, 25e éd., 2023.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, **PAYET** Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence,* Dalloz, coll. Précis, 1e éd., 2006.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, **RODA** Jean-Christophe, *Droit de la concurrence,* Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2022.

GHESTIN Jacques, **LOISEAU** Grégoire, **SERINET** Yves-Marie, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, coll. Traités, 4e éd., 2013.

GLAIS Michel, **LAURENT** Philippe, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983.

GOHIN Olivier, **POULET** Florian, *Contentieux administratif,* LexisNexis, coll. Manuels, 10e éd., 2020.

GONOD Pascale, **MELLERAY** Fabrice, **YOLKA** Philippe (dir.), *Traité de droit administratif* (2 tomes), Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2011.

GUINCHARD Serge, **BUISSON** Jacques, *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. Manuels, 14e éd., 2021.

GUINCHARD Serge, **CHAINAIS** Cécile, **DELICOSTOPOULOS** Constantin S., **DELICOSTOPOULOS** Ioannis S., **DOUCHY-OUDOT** Mélina, **FERRAND** Frédérique, **LAGARDE** Xavier, **MAGNIER** Véronique, **RUIZ FABRI** Hélène, **SINOPOLI** Laurence, **SOREL** Jean-Marc, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès,* Dalloz, coll. Précis, 11e éd., 2021.

GUINCHARD Serge, **VARINARD** André, **DEBARD** Thierry, *Institutions juridictionnelle. Grands enjeux de la justice. Juridictions – Gens de justice*, Dalloz, coll. Précis, 16e éd., 2021.

GUYOMAR Mattias, **SEILLER** Bertrand, (avec le concours de) **MEYNAUD-ZEROUAL** Arianne, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. HyperCours, 6e éd., 2021.

HAMON Francis, **TROPER** Michel, *Droit constitutionnel,* LGDJ, coll. manuel, 42e éd. (2021-2022), 2021.

HÉRON Jacques, **LE BARS** Thierry, **SALHI** Karim, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 7e éd., 2019.

JESTAZ Philippe, *Le droit,* Dalloz, coll. Connaissance du droit, 11e éd., 2021.

JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général,* LGDJ, coll. Précis Domat, 4e éd., 2018.

JEULAND Emmanuel, **VEYRE** Liza, *Institutions juridictionnelles,* PUF, coll. Thémis droit, 2021.

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, **BACHELLIER** Xavier, **BUK LAMENT** Julie, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile,* Dalloz, coll. Méthodes du droit, 9e éd., 2018.

LAUBADÈRE André (de), *Traité de droit administratif. Tome 1 : L'organisation administrative - La fonction administrative et les actes administratifs - La justice administrative - La police administrative et les services publics - La responsabilité administrative*, LGDJ, 8e éd., 1980.

LAUBADÈRE André (de), **VENEZIA** Jean-Claude, **GAUDEMET** Yves, *Traité de droit administratif*, *Tome 1 : Droit administratif général : Organisation et action de l'administration, la juridiction administrative,* LGDJ, 15e éd., 1999.

LAUBADÈRE André (de), **MODERNE** Franck, **DELVOLVÉ** Pierre, *Traité des contrats administratifs. Tome 2 : Les obligations du cocontractant et de l'administration, les interventions de l'administration, l'incidence de faits nouveaux, la fin des contrats, le contentieux des contrats*, LGDJ, 2e éd., 1984.

LONG Marceau, **WEIL** Prosper, **BRAIBANT** Guy, **DELVOLVÉ** Pierre, **GENEVOIS** Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Dalloz, coll. Grands Arrêts, 23e éd., 2021.

LOTARSKI Jaroslaw, *Droit du contentieux de l'Union européenne,* LGDJ, coll. Systèmes, 5e éd., 2014.

MAINGUY Daniel, **DEPINCÉ** Malo, **CAYOT** Mathilde, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, coll. Manuels, 3e éd., 2019.

MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen,* Sirey, coll. Université, 8e éd., 2019.

MELLERAY Fabrice, *Droit de la fonction publique*, Economica, coll. Corpus Droit public, 5e éd., 2020.

MOTULSKY Henri, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 1973, réimp. 2009.

PERROT Roger, **BEIGNIER** Bernard, **MINIATO** Lionel, *Institutions judiciaires,* LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 18e éd., 2020.

PERROUD Thomas, **CAILLOSSE** Jacques, **CHEVALLIER** Jacques, **LOCHAK** Danièle (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative,* LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2019.

PETIT Nicolas, *Droit européen de la concurrence,* LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 3e éd., 2020.

PLESSIX Benoît, *Droit administratif général,* LexisNexis, coll. Manuels, 3e éd., 2020.

PUTMAN Emmanuel, *Contentieux économique,* PUF, coll. Thémis droit privé, 1998.

RICHER Laurent, **LICHÈRE** François, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. Manuel, 12e éd., 2021.

RODA Jean-Christophe, *Droit de la concurrence,* Dalloz, coll. Mémentos, 2019.

ROYER Jean-Pierre, **DERASSE** Nicolas, **ALLINNE** Jean-Pierre, **DURAND** Bernard, **JEAN** Jean-Paul, *Histoire de la justice française du XVIIIe siècle à nos jours,* PUF, coll. Droit Fondamental, 5e éd., 2016.

SAINT-BONNET François, **SASSIER** Yves, *Histoire des institutions avant 1789,* LGDJ, coll. Domat droit public, 6e éd., 2019.

SUEUR Philippe,

- *Histoire du droit public français. XVe-XVIIIe siècle. Tome I : La Constitution monarchique,* PUF, coll. Thémis droit, 4e éd., 2007 ;

- *Histoire du droit public français. XVe-XVIIIe siècle. Tome 2 : Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime,* PUF, coll. Thémis droit, 4e éd., 2007.

TEITGEN-COLLY Catherine (dir.), *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif,* Mare & Martin, coll. de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2017.

TRUCHET Didier, *Droit administratif,* PUF, coll. Thémis droit, 9e éd., 2021.

VERGÈS Etienne, **VIAL** Géraldine, **LECLERC** Olivier, *Droit de la preuve*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 2022.

VINEY Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, coll. Traités, 4e éd., 2019.

VOGEL Louis, *Traité de droit économique. Tome 1.2 : Droit de la concurrence – Droit français,* Bruylant/LawLex, 3e éd., 2020.

WATHELET Melchior, **WILDEMEERSCH** Jonathan, *Contentieux européen,* Larcier, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2010.

II. Ouvrages spéciaux

AMARO Rafael, **LABORDE** Jean-François, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles*, Concurrences, 2e éd., 2021.

AMRANI-MEKKI Soraya, **CADIET** Loïc (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation,* Economica, coll. Études juridiques, 2005.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT,

- *Le rôle du juge en présence de problèmes économiques,* Travaux de l'association Henri Capitant, journées de Paris et Montpellier (1970), tome XXII, 1975 ;

- *La Concurrence,* Travaux de l'association Henri Capitant, journées marocaines (2006), tome LVI, 2010.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, **BOSCO** David, **PRIETO** Catherine, *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles,* IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2016.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, **CHARBIT** Nicolas, **AMARO** Rafael (dir.), *À quoi sert la concurrence ? Compétitivité, innovation, emploi, enseignement… 100 personnalités répondent,* Institut de droit de la concurrence / Concurrences, 2014.

BONFILS Sébastien, **FRISON-ROCHE** Marie-Anne, *Les grands problèmes du droit économique. Introduction et documents,* PUF, coll. Quadrige Manuels, 2005.

BONNET Baptiste, **DEUMIER** Pascale (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2011.

BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, **CANIVET** Guy, **CLAUDEL** Emmanuelle, **MICHEL-AMSELLEM** Valérie, **VIALENS** Jérémie, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles,* LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008.

BRAULT Dominique, *L'Etat et l'esprit de la concurrence en France*, Economica, 1987.

CANIVET Guy, **IDOT** Laurence (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Évolutions et perspectives*, LexisNexis, coll. Colloques & Débats, 2007.

CHAPUT Yves, **LÉVI** Aristide (dir.), *Quelles juridictions économique en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen,* préf. R. Badinter, concl. G. Canivet, Litec, coll. Le Droit des affaires, 2007.

DELMAS-MARTY Mireille, **TEITGEN-COLLY** Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

DESHAYES Olivier, **GENICON** Thomas, **LAITHIER** Yves-Marie, *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LGDJ, 2e éd., 2018.

FARJAT Gérard,

- *Droit économique,* PUF, coll. Thémis, 1971 ;

- *Pour un droit économique*, PUF, coll. les Voies du droit, 2004.

FRÉGET Olivier, *La concurrence, une idée toujours neuve en Europe et en France*, Odile Jacob, 2015.

FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.),

- *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 1997 ;

- *Les régulations économiques ; efficacité et légitimité,* Presses de Science-Po et Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2004 ;

- *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Science-Po et Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2006.

GERBER David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus,* Clarendon Press, Oxford, 1998.

GINESTET Catherine (dir.), *La spécialisation des juges,* LGDJ et Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, actes de colloques de l'IFR, 2012.

GRARD Loïc, **SAINTOURENS** Bernard (dir.), *La libre concurrence face aux juges*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2010.

GUYOMAR Mattias, *Les sanctions administratives,* préf. B. Genevois, LGDJ, coll. Systèmes, 2014.

JALABERT-DOURY Nathalie, *Les inspections de concurrence des autorités françaises,* av. propos L. Idot, préf. A. Marie, Concurrences, 2e éd., 2021.

JANICOT Laetitia, **ROTOULLIÉ** Jean-Charles (dir.), *Regards croisés sur la procédure administrative contentieuse et la procédure civile*, Université Cergy-Pontoise/LEJEP, 2019.

JOURDAIN Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du Droit, 10e éd., 2021.

KERGUELEN Erwann, *Les pratiques restrictives. L'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce à travers la jurisprudence*, av. propos N. Homobono, préf. D. Ferrier, Concurrences, 2015.

LAGARDE Xavier, *Le métier de juriste. Une introduction générale au droit*, IRJS éditions, coll. Les Humanités du droit, 2020.

LAGET-ANNAMAYER Aurore (dir.), *L'ordre public économique,* LGDJ, coll. Droit et Économie, 2018.

MATHIEU Bertrand,

- *La loi,* Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2e éd., 2004.

- *Justice et politique : la déchirure ?,* LGDJ, coll. Forum 2015.

MINARD Philippe, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières,* Fayard, 1998.

MOUSSERON Jean-Marc, **SELINSKY** Véronique, *Le droit français nouveau de la concurrence,* préf. J. Donnedieu de Vabres, Litec, 2e éd., 1988.

OST François, **VAN DE KERCHOVE** Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2e tirage, 2010

PIETTRE André, *Économie dirigée d'hier et d'aujourd'hui : colbertisme et dirigisme*, Librairie de Médicis, 1947.

RACINE Jean-Baptiste (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle. Notions et enjeux,* LGDJ, coll. Droit et Économie, 2020.

SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres – Cours au Collège de France (2012-2014),* Fayard, coll. Sciences humaines, 2015.

VAN LANG Agathe (dir.), *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2007.

VEDEL Georges, **DELVOLVÉ** Pierre, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, coll. Droit public, 1991.

VIDELIN Jean-Christophe (dir.), *La règlementation de l'économie : persistance ou renouveau ?*, LexisNexis, 2016.

VOGEL Louis, *Code de la concurrence. Droits européen et français,* Bruylant, coll. Lawlex, 3e éd., 2021.

VOGEL Louis (dir.), *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, Éditions Panthéon Assas, 2005.

WARLOUZET Laurent, *Europe contre Europe. Entre liberté, solidarité et puissance,* CNRS Éditions, 2022.

WEBER Jean-François, *La Cour de cassation,* La Documentation française, 2006.

III. Thèses

AMARO Rafael, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, préf. M. Behar-Touchais, Bruylant-Concurrences, 2014.

AMBRA Dominique (d'), *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges,* préf. G. Wiedekehr, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 236, 1994.

AMRANI-MEKKI Soraya, *Le temps et le procès civil,* préf. L. Cadiet, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 11, 2002.

ANTOINE Aurélien, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence,* préf. S. Bernard, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 261, 2009.

AVRIL Lola, *Le costume sous la robe. Les avocats en professionnels multi-cartes de l'État régulateur européen : genèse, consolidation, contestations (1957-2019),* dir. A. Vauchez, thèse Paris I, 2019.

BAILLEUL David, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, préf. G. Lebreton, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 220, 2002.

BARTHE Denis, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence. Étude comparative des procédures communautaire et française*, préf. L. Idot, PUAM, coll. de l'Institut de Droit des Affaires, 2000.

BELDA Jean-Benoist, *Du discours du l'office de la Cour de cassation. Contribution à l'analyse réaliste de la justice française*, préf. B. Louvel, dir. D. Mainguy et A. Viala, L'Epitoge, coll. L'Unité du Droit, 2018.

BENEZECH Ludovic, *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme : contribution à l'étude de la fondamentalisation des droits*, dir. C.-A. Dubreuil, A.-B. Caire, thèse Clermont Auvergne, 2019.

BIDAUD Laila, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* préf. F. Jenny, dir. J.-M. Mousseron, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 51, 2001.

BILGER François, *La Pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine,* préf. D. Villey, LGDJ, coll. Bibliothèque d'économie politique, t. 5, 1964.

BLANC François, *Les engagements dans le droit français des concentrations,* préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 284, 2015.

BLANCO Florent, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, avant-propos B. Stirn, préf. J.-M. Pontier, PUAM, coll. Centre de Recherches Administratives, 2010.

BLANQUER Jean-Michel*, Les méthodes du juge constitutionnel*, dir. J. Robert, thèse Paris II, 1993.

BLOCH Cyril, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. R. Bout, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008.

BOUSSARD Sabine, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir,* préf. D. Labetoulle, dir. Y. Gaudemet, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 13, 2002.

BOUSSARIE Thomas, *La codification de la procédure administrative,* préf. F. Melleray, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2021.

BREEN Emmanuel, *Gouverner et punir. Le rôle de l'Exécutif dans les procédures répressives,* préf. C. Teitgen-Colly, PUF, coll. Les voies du droit, 2003.

BRISSON Jean-François, *Les recours administratifs en droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, préf. B. Pacteau, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 185, 1996.

BRUS Florence, *Le principe dispositif et le procès civil,* dir. J.-J. Lemouland, thèse Pau, 2014.

BURUIANA Monica-Elena, *L'application de la loi étrangère en droit international privé*, dir. J.-P. Laborde et L. Grard, thèse Bordeaux, 2016.

CALANDRI Laurence, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français,* préf. S. Regourd, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 259, 2009.

CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée,* préf. G. Viney, LGDL, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995.

CAYOT Mathilde, *Le préjudice économique pur*, dir. D. Mainguy, Institut Universitaire de Varenne, 2017.

CHAGNY Murielle, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations,* préf. J. Ghestin, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 32, 2004.

CHARBIT Nicolas, *Le droit de la concurrence et le secteur public,* préf. L. Idot, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2002.

CHEVALLIER Jacques, *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,* préf. R. Drago, LGDJ, 1970, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2015.

CHOLET Didier, *La célérité de la procédure en droit processuel,* préf. G. Giudicelli-Delage, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 466, 2006.

CHONÉ Anne-Sophie, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence,* préf. B. Teyssié, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010.

CIAUDO Alexandre, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français,* préf. M. Deguergue, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009.

CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préf. J.-L. Autin, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 51, 2006.

CLAUDEL Emmanuelle, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats,* dir. M.-C. Boutard-Labarde, thèse Paris X, 1994.

COHEN Dany, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, préf. F. Terré, Economica, coll. Droit civil, 1987.

COLLET Martin, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 233, 2003.

CONNIL Damien, *L'office du juge administratif et le temps,* préf. D. de Béchillon, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012.

CRESPY-DE CONINCK Marie, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique,* préf. P. Idoux, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 164, 2017.

DEBBASCH Charles, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile,* préf. J. Boulouis, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 38, 1962.

DEFOORT Benjamin, *La décision administrative,* préf. B. Seiller, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 286, 2015.

DELICOSTOPOULOS Constantin, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire. Contentieux de la concurrence et de la bourse*, préf. S. Guinchard, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 364, 2002.

DELLIS Georges, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 184, 1997.

DORANDEU Nicolas, *Le dommage concurrentiel,* préf. Y. Serra, Presses universitaires de Perpignan, 2000.

DOUVRELEUR Olivier, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français,* préf. C. Gavalda, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 345, 2000.

DU MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique,* Presses de Sciences-Po et Dalloz, coll. amphi, 2004.

DUMARÇAY Marie, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles,* préf. B. Lasserre, dir. V. Sélinsky, Litec, coll. Bibliothèque du droit de l'entreprise, t. 84, 2010.

DUVAL Christian, *La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif français*, dir. C. Debbasch, thèse Aix Marseille 3, 1994.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel,* LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014 (rééd. de thèse Paris II, 1988, dir. J. Foyer).

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif,* LGDJ, 1972, préf. G. Vedel, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013.

GIRARD Anne-Laure, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral,* préf. J.-J. Bienvenu, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 124, 2013.

GODARD Lénaïc, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence,* préf. M. Chagny, Bruylant, coll. Competition Law/Droit de la concurrence, 2021.

GOUTNER-DIALLO Alice, *L'appel en contentieux administratif,* dir. D. Pouyaud, thèse Paris 5, 2012.

GREMAUD William, *La régularisation en droit administratif,* préf. B. Seiller, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 205, 2021.

GUINCHARD Audrey, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un modèle unitaire*, préf. Y. Mayaud, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 38, 2003.

HENNEBEL Ludovic, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, préf. M. Nowak, Bruylant, coll. Droit et justice, vol. 77, 2007.

HOFFSCHIR Nicolas, *La charge de la preuve en droit civil*, préf. S. Amrani-Mekki, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 153, 2016.

IDOUX Pascale, *La contradiction en droit administratif français,* préf. J.-L. Autin, Presses Universitaires Montpellier 1.

JORDAO Eduardo, *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence,* préf. J.-B. Auby, Bruylant, coll. Droit administratif/Administrative law, 2016.

KATZ David, *Juge administratif et droit de la concurrence*, préf. L. Grard, PUAM, coll. de L'institut de Droit des Affaires, 2004.

KORNPROBST Bruno, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir,* préf. P. Weil, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 21, 1959.

LANZARA Delphine, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle,* préf. Y. Strickler, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 579, 2017.

LAVAL Marie, *La procédure d'engagements en droits européen, français et allemande : étude comparée*, dir. A.-S. Choné-Grimaldi, thèse Paris Nanterre, 2020.

LAVERGNE Benjamin, *Recherche sur la soft law en droit public français,* préf. N. Jacquinot, LGDJ/Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013.

LE BARS Thierry, *Le défaut de base légale en droit privé*, préf. J. Héron, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 270, 1997.

LE BERRE Christophe, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence,* dir. M. Bazex, thèse Paris 10, 2006.

LECLERC Olivier, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 443, 2005.

LECOURT Arnaud, *Le juge et l'économie,* préf. B. Saintourens, PUAM, coll. de l'Institut de Droit des Affaires, 2004 (2 tomes).

LEDOUX Amaury, *L'Administration, le juge et l'expert. Droits et devoirs des experts,* dir. J. Morand-Deviller, Éditions universitaires européennes, 2011.

LEFEBVRE José, *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, dir. N. Decoopman, thèse Amiens, 1997.

LEFORT Christophe, *Théorie générale de la voie de l'appel,* dir. M.-A. Frison-Roche, thèse Angers, 2000.

LELLIG Wendy, *L'office du juge administratif de la légalité*, dir. G. Clamour, thèse Montpellier, 2015.

LEPETIT-COLLIN Hélène, *Recherches sur le plein contentieux objectif,* préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 259, 2011.

LE SOUDÉER Mathieu, *Le contrôle du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de procédures applicables aux pratiques anticoncurrentielles*, dir. F. Picod, thèse Paris II, 2017.

LIANOS Ioannis, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préf. R. Kovar, Bruylant, 2007.

LOCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, préf. P. Weil, LGDJ, 1972, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2015.

MARTIN Marielle, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, préf. L. Vogel, PUAM, coll. de L'institut de Droit des Affaires, 2012.

MELLERAY Fabrice, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, préf. J. De Gaudusson, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001.

MENÉTREY Séverine, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?,* préf. C. Kessedjian, av. propos S. Guillemard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 97, 2010.

MENURET Jean-Jacques, *Le contentieux du Conseil de la concurrence,* préf. P. Delvolvé, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont Ferrand-LGDJ, 2003.

MEYNAUD-ZEROUAL Ariane, *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, préf. B. Seiller, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 316, 2020.

MEZAGUER Mehdi, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union Européenne, Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, préf. M. Blanquet, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2015.

MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* préf. F. Sudre, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 57, 2006.

MONCUIT DE BOISCUILLÉ Godefroy (de), *La faute lucrative en droit de la concurrence,* préf. M. Chagny, Concurrences, 2020.

MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, Sirey, 1948, réimp. Dalloz, 2002.

MOUCHETTE Julien, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes,* préf. P. Wachsmann, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 303, 2019.

MULLER Yvonne, *Le contrat judiciaire en droit privé,* dir. G. Viney, thèse Paris I, 1995.

NORMAND Jacques, *Le juge et le litige,* préf. R. Perrot, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 65, 1965.

NTINOKA Vasiliki, *Le partage du contentieux de la régulation économique des autorités indépendantes*, dir. C. Teitgen-Colly, thèse Paris I, 2018.

PEREZ Léa, *La volonté des parties dans les procédures de régulation,* dir. P. Idoux, thèse Montpellier, 2019.

PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni,* préf. G. Marcou et J. McEldowney, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 127, 2013.

PETIT Nicolas, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préf. L. Idot, Bruylant, 2007.

PLISSONNIER Martin, *Concentration et procès civil,* dir. S. Amrani-Mekki, thèse Université Paris Nanterre, 2021.

PONSARD Anne-Laure, *La transaction administrative,* dir. S. Boussard, thèse Paris 10, 2015.

PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, *La pénalisation du droit des marchés publics,* préf. G.-J. Guglielmi, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 223, 2002.

RAMBAUD Romain, *L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, préf. G. Marcou, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012.

RICOU Benjamin, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, préf. P. Terneyren, L'Epitoge – Lextenso, coll. L'Unité du Droit.

RIALS Stéphane, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. P. Weil, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 135, 1980.

RODA Jean-Christophe, *La clémence en droit de la concurrence : étude comparative des droits américain et européens*, préf. C. Prieto, PUAM, coll. de L'institut de Droit des Affaires, 2008.

SCHWARTZENBERG Roger-Gérard, *L'autorité de chose décidée,* préf. G. Vedel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. XCIII, 1969.

SÉE Arnaud, *La régulation des marchés en droit administratif : étude critique*, dir. G. Eckert, thèse Strasbourg, 2010.

SERRE Pauline, *La dualité juridictionnelle à l'épreuve de l'érosion de la distinction entre le droit public et le droit privé*, dir. O. Salati, thèse Aix-Marseille, 2016.

SIBONY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* av. propos B. Vesterdof, préf. G. Canivet, dir. M.-A. Frison-Roche, LGDJ, coll. Droit et Économie, 2008.

SOFIANATOS Gerasimos Alex, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence. Étude de droit communautaire, français, grec,* préf. C. Lucas de Leyssac, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 506, 2009.

SOUCHE Renaud, *Les critères de répartition des compétences contentieuses dans la jurisprudence du Tribunal des conflits*, dir. G. Clamour, thèse Montpellier, 2017.

TIMSIT Gérard, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français,* préf. C. Eisenmann, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 54, 1963.

TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, préf. C. Eisenmann, LGDJ, 1973, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.

VAUTROT-SCHWARZ Charles, *La qualification juridique en droit administratif,* préf. D. Truchet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 263, 2009.

VEYRE Liza, *La notion de partie en procédure civile*, préf. E. Jeuland, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 109, 2019

VOGEL Louis, *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative,* préf. B. Goldman, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1988.

ZEVOUNOU Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit,* préf. P. Brunet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 272, 2012.

IV. Articles, chroniques, notes et observations

A

ADDA Joëlle, **AMARO** Rafael, **LABORDE** Jean-François, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », *AJDA,* 2019, p. 320.

AKOUN Émilie, « L'invocation de nouveaux chefs de préjudice en appel », *AJDA,* 2015, p. 171.

ALÈS Thibaud (d'), **CONSTANS** Arnaud, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP E,* n° 23, 5 juin 2014, étude 1306.

ALÈS Thibaud (d'), **SICSIC** Olivia, « Secret des affaires : un nouvel arsenal législatif pour une protection renforcée », *JCl. Com.,* fasc. 24.

AMARO Rafael, « Le référé de droit commun en droit des pratiques anticoncurrentielles : brève analyse du contentieux porté devant le juge français », *Concurrences,* n° 4-2013, art. n° 57387 ; « De quelques cailloux procéduraux dans les bottes de victimes de pratiques anticoncurrentielles…Les questions de compétence matérielle laissées sans réponse », *CCC*, n° 3, mars 2015, étude 4 ; « Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015) », *Concurrences*, n° 1-2016, art. n° 77721 ; « Transposition de la directive dommages en France : regards sur le nouveau Titre VIII du Livre IV du Code de commerce », *Concurrences,* n° 2-2017, art. n° 84026 ; « Appel mal dirigé en matière de pratiques anticoncurrentielles : confirmation de la (très discutable) thèse du défaut de pouvoir juridictionnel », comm. sous Com., 10 juillet 2018, n° 17-16365, *D.,* 2018, p. 2171 ; « Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. – Actions. Compétence et pouvoir juridictionnel », *JCl. Concurrence-consommation*, fasc. 316, février 2021 ; « Compétence du juge administratif pour connaître de l'action pour rupture brutale d'une association contre un

EPIC », note sous TC, 5 juillet 2021 *EPIC Pais de Fontainebleau Tourisme*, n° C4213, *LEDICO,* septembre 2021, n° 200f8, p. 3 ; note sous CA Paris, 24 novembre 2021, n° 20/04265, *L'actu-concurrence Hebdo,* n° 47/2021, 13 décembre 2021.

AMRANI-MEKKI Soraya, « Le droit processuel de la responsabilité civile », *in Liber Amicorum. Études offertes à Geneviève Viney,* LGDJ, 2008, p. 1 ; « Le principe de célérité », *RFAP,* 1/2008, n° 125, p. 43 ; obs. sous Ass. plén., 21 décembre 2007 *Dauvin,* n° 06-11343, *JCP G,* 2008, chron. doctr. 138 ; « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence : le point de vue d'un processualiste », *in Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles sur les ententes et abus de position dominante, Concurrences,* n° 2-2009 ; « La sélection des pourvois à la Cour de cassation », *in* ORDRE DES AVOCATS AUX CONSEILS, *Le juge de cassation en Europe,* Dalloz, 2012, p. 53 ; « Droit comparé interne des procédures. Retour vers le futur », *in Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges,* Dalloz, 2014, p. 445 ; « Décret sur l'action de groupe : la procédure…enfin ! », *JCP G,* n° 42, 13 octobre 2014, 1030 ; « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », *in* M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés,* actes du colloque du 29 novembre 2013, Dalloz, 2015, p. 111 ; « La fondamentalisation du droit du procès », *RDA,* n° 11, octobre 2015, p. 72 ; « Insuffisance de preuve et déni de justice : un principe de complétude dans l'administration de la preuve ? », note sous Civ. 1ère, 12 novembre 2015, n° 14-16603, *Gaz. Pal.,* 9 février 2016, n° 6, p. 53 ; « Introduction générale », *in* AHJUCAF, *Le filtrage des recours devant les cours suprêmes*, 30 mai – 1er juin 2016, p. 26 ; « La voie d'appel en chantier », *in* C. BLÉRY, L. RASCHEL (dir.), *Vers une procédure civile 2.0.,* actes du colloque du 16 mars 2018, Dalloz, 2018, p. 101 ; « Garanties *versus* efficience. Le rationnel est-il toujours raisonnable ? », *in Les mots du droit, les choses de justice. Mélanges en l'honneur de Jean Danet,* Dalloz, 2020, p. 265.

AMRANI-MEKKI Soraya, **JEULAND** Emmanuel, **SERINET** Yves-Marie, **CADIET** Loïc, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? À propos du décret « procédure » », *JCP G,* n° 24, 14 juin 2006, doctr. 146.

AMSELEK Paul, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 291.

ANCELIN Ombline, **FOSSATI-KOTZ** Iphigénie, « L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence », *JCP E,* n° 24, 16 juin 2011, étude 1458.

ARCELIN Linda, « L'adaptabilité » du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJCA*, 2016, p. 338 ; « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.*, 2018, p. 575 ; « L'effet tentaculaire de la notion d'entreprise en droit de la concurrence », *RLC,* n° 84, 1er juin 2019, p. 39 ; « Notion d'entreprise en droit européen et interne de la concurrence », *JCl. Concurrence-Consommation,* fasc. 35, 2021.

ARHEL Pierre, « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », *Rép. com.*, janvier 2022.

ARMAND-PRÉVOST Michel, « Quel profil pour un juge économique en France ? », *in Le juge et le droit de l'économie : Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard,* Montchrestien, 2002, p. 33.

ARRIGHI DE CASANOVA Jacques, « Les modalités de filtrage des pourvois en cassation devant le Conseil d'État », *in* ORDRE DES AVOCATS AUX CONSEILS, *Le juge de cassation en Europe,* Dalloz, 2012, p. 47.

ATIAS Christian, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.,* 2009, p. 744.

AUBY Jean-Bernard, « Dualité juridictionnelle et dualisme juridique », *in Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique*, Economica, 1991, p. 105 ; « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *in Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992, p. 3 ; « Progrès de la divisibilité », *DA,* n° 5, mai 2015, repère 5.

AUBY Jean-Marie, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1 ; « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA,* 1967, p. 131 ; « L'*ultra petita* dans la procédure contentieuse administrative », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : Le juge et le droit public,* LGDJ, 1974, t. II, p. 267 ; note sous CE, ass., 10 juillet 1981 *Retail,* n° 05130, *RDP*, 1981, p. 1687.

AUTIN Jean-Louis, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *RDP*, 1991, p. 1533 ; « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA,* 2010, p. 875.

AYNÈS Augustin, « Le droit à la preuve sous surveillance de la Cour de cassation », note sous Civ. 1ère, 25 février 2016, n° 15-12403, *JCP G*, n° 20-21, 16 mai 2016, 583.

AZAR-BAUD Maria José, **CARVAL** Suzanne, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.,* 2015, p. 2136.

B

BACACHE Mireille, « Office du juge et responsabilité civile », *in Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron,* LGDJ, 2009, p. 23 ; « Introduction de l'action de groupe en droit français. À propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *JCP G,* n° 13, 31 mars 2014, 377 ; « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.*, 2014, p. 450.

BACHERT Audrey, « La régularisation des actes administratifs », *RDP,* 2019, n° 1, p. 3.

BAILLEUL David, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA,* 3 février 2003, n° 24, p. 6.

BALATE Éric, **MENÉTREY** Séverine, « Des magistratures économiques à la régulation judiciaire », *RIDE*, 2013/4, p. 533.

BANDRAC Monique, « L'action donnée au ministre de l'Économie et des Fiances (art. L. 442 6-III c. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », *D.*, 2007, p. 2433.

BANIA Konstantina, « The platform-to-business regulation : Taming the « big tech » beast ? », *Concurrences,* n° 2-2020, art. n° 94430.

BARBIER DE LA SERRE Éric, « De l'estoppel devant la cour d'appel », *RLC*, n° 32, 1er juillet 2012, p. 89.

BARLERIN Axel, « Ordonnances : gare à l'abus de prescription ! », *AJDA,* 2007, p. 329.

BARRAUD Boris, « Droit public-droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *RRJ*, 2014, p. 1101.

BARRET Olivier, « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile »*, RTD civ.,* 1990, p. 199.

BARTHÉLEMY Jean, « Le droit au pourvoi », *in Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 185.

BAZEX Michel, « L'implosion du dualisme juridictionnel », *Pouvoirs,* n° 46, septembre 1988, p. 35 ; « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence, *AJDA,* 1989, p. 467 ; « Incompatibilité avec le droit communautaire du règlement de France Télécom refusant la communication à des éditeurs d'annuaires concurrents le nom des abonnés figurant sur la liste *orange* », note sous Com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ CMS,* n° 94-13347, *AJDA*, 1996, p. 1033 ; « Le droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 781 ; « Répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence et le juge administratif », note sous TC, 18 octobre 1999 *ADP,* n° 3174, *AJDA,* 1999, p. 1029 ; « Les interactions entre le droit et l'économique : l'exemple du contrôle par le juge administratif des opérations de concentration entre entreprises », *in L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper,* Economica, 2006, p. 145 ; « La fonction consultative de l'Autorité de la concurrence, nouvel instrument de régulation ? », *DA*, 2012, n° 6, p. 42 ; , « Confier la sanction des pratiques restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », *in Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier,* LexisNexis-Dalloz, 2021, p. 33 ; « Le contrôle du juge administratif sur les opérations de concentration dans le secteur de l'audiovisuel », *DA,* avril 2013, n° 27, p. 28.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA,* 20 novembre 2002, n° 232, p. 36 ; « Chronique d'une mort annoncée (À propos de l'action en nullité et en restitution de l'indu exercée par le ministre de l'Économie, après les arrêts des Cours d'appel de Versailles du 3 mai 2007 et d'Angers du 29 mars 2007) », *RLC*, n° 12, 1er juillet 2007, n° 33 ; « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », *RLC*, n° 22, 1er janvier 2010, p. 31 ; « L'amende civile serait répressive mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la cour d'appel de Nîmes, comm. sous CA Nîmes, 25 février 2010 *SAS Carrefour France c/ Min. de l'économie*, n° 07/00606, *RDC,* 2010, p. 1331 ; « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », *Concurrences,* n° 1-2011, art. n° 33944 ; « L'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce est bien répressive », note sous Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *RDC*, 2011/2, p. 536 ; « Projet de loi Hamon : Le droit des pratiques restrictives est-il en passe de devenir du droit administratif ? », *Concurrences*, n° 4-2013, art. n° 58722 ; « Brèves remarques sur la mise en œuvre du droit à indemnisation, dans les dispositions relatives à l'action de groupe, du projet de réforme du droit de la consommation », *in Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.,* 16 mai 2013,

n° 136, p. 44 ; « L'amende civile devant le Parlement ou le vote à l'aveugle ! », *RDC*, 2015, p. 535 ; « Un revirement au service de l'efficacité de la spécialisation des juridictions », note sous Com., 29 mars 2017, n° 15-17659, *JCP G,* n° 18, 1er mai 2017, 498 ; « Quand le droit des pratiques restrictives de concurrence empiète sur le droit des pratiques anticoncurrentielles », *in Le juriste dans la cité. Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc,* LGDJ, 2018, p. 53 ; « Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ? », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90890 ; « Confier la sanction des pratiques restrictives de concurrence à une autorité administrative indépendante : serpent de mer ou nécessité dans une démocratie libérale ? », *in Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier,* LexisNexis-Dalloz, 2021, p. 33 ; « De l'oubli par les juges du caractère d'action publique répressive de l'action du ministre », note sous CA Paris, 5 janvier 2022, n° 20/00737, *LEDICO,* février 2022, n° DDC200o7, p. 4 ; « Réflexions sur l'évolution de la preuve des pratiques restrictives de concurrence lors de l'action publique du ministre », *in Laurence Idot. Liber amicorum - Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, vol. 2, p. 165.

BELFANTI Ludovic, « La création des juristes assistants : entre utilité et questionnements », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2018, n° 20, p. 10.

BELLAMY Christopher, « Le juge contrôleur du régulateur », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* Dalloz et Presses de Sciences po, 2004, p. 17.

BELLAMY Marcel, « Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès », *JCP,* 1973, I, 2522.

BÉLOT Frédéric, « Pour une reconnaissance en droit français de la notion de préjudice économique », *LPA*, 28 décembre 2005, n° 258, p. 8.

BÉNABENT Alain, « La mise en jeu de la responsabilité civile », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, *LPA,* 20 janvier 2005, n° 14, p. 31 ; « Autour de la méthode générale, ainsi que des nullités et autres sanctions », *RDC,* 2006, p. 33 ; « Un culte de la proportionnalité…un brin disproportionné ? », *D.,* 2016, p. 137.

BERLIOZ Georges, **DURUPTY** Michel, « Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics », comm. sous Civ. 1ère, 18 juin 2014, n° 13-19408, *AJDA*, 2015, p. 352.

BERNARD Elsa, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE,* n° 2009/3, p. 353.

BERTIN Philippe, « L'indication du fondement juridique de la demande : un atout superflu ?», *Gaz. Pal.*, 1987, n° 2, p. 839.

BÉZARD Pierre, « Réflexions sur le fonctionnement de la justice économique et financière » *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 59.

BEZZINA Anne-Charlène, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence *AC !* », *RFDA,* 2014, p. 735.

BLANC Dominique, « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ Pénal,* 2008, p. 69.

BLANC Emmanuel, « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP G*, 1973, 2559.

BLANC François, « Libéralisation ou planification ? », *RFDA*, 2017, p. 76.

BLANC Philippe, « Le silence du juge », *RDP*, 2012, n° 4, p. 1133.

BLANCHET Benjamin, **NERENHAUSEN** Prisca, « Faut-il guérir le procès administratif de sa taciturnité chronique », *ADJA*, 2007, p. 1912.

BLANCO Florent, « Entre l'annulation et la conservation de l'acte », *in* J.-M. PONTIER (dir.)*, Les états intermédiaires en droit administratif*, PUAM, 2008, p. 132 ; « Du juge censeur au juge correcteur », *AJDA*, 2014, p. 1722.

BLANQUET Pierre, « Pratiques restrictives de concurrence et contrat administratif : de la tectonique des blocs de compétence », comm. sous TC, 8 février 2021, n° 4201, *DA,* n° 6, juin 2021, comm. 27.

BLÉRY Corinne, « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors du procès) », *in Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron,* LGDJ*,* 2008, p. 112.

BOILLOT Christine, « La loyauté en procédure civile », *in* P. GONOD, H. ASCENSIO (dir.)*, Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Mare & Martin, 2019, p. 173.

BOLARD Georges, « Les recours-nullité en procédure civile », *Justices*, 1996, n° 4, p. 119 ; « Les écritures qualificatives », *JCP G*, n° 12, 22 mars 2000, doctr. 214 ; « Les faits tirés du dossier », *in Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 43 ; « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G*, n° 26, 25 juin 2008, doctr. 156.

BOLARD Georges, **FLECHEUX** Georges, « L'avocat, le juge et le droit », *D.*, 1995, p. 221.

BOMBARDIER Julia, **CHALENDAR** Laure (de), « Pratiques anticoncurrentielles locales : Fonctionnement et bilan du dispositif de transaction-injonction », *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 91120.

BONICHOT Jean-Claude, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme. De la prévention pour les adaptations à l'adaptation préventive », *AJDA,* 2001, p. 73.

BONNARD Roger, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP,* 1923, p. 363.

BOSCO David, « Un nouveau pas vers le private enforcement : un Livre blanc de la Commission », *CCC,* n° 5, mai 2008, comm. 133 ; « La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse », *Concurrences,* n° 1-2011, art. n° 33864 ; « Misère de

la justice économique française (le cas du contentieux de la concurrence) », *CCC*, n° 4, avril 2011, repère 4 ; « Mise en conformité du Code de commerce avec la jurisprudence VEBIC, une réforme en trompe l'œil ? », *CCC,* n° 11, novembre 2012, comm. 260 ; « Une nouvelle injonction structurelle décomplexée », *CCC,* n° 1, janvier 2013, repère 1 ; « Validation du « communiqué sanctions » de l'Autorité de la concurrence par la Cour de Paris », comm. sous CA Paris, 10 octobre 2013 *Sté Nestlé Purina PetCare France*, n° 2012/07909, *CCC*, n° 1, janvier 2014, comm. 18 ; « De la théodulisation du droit de la concurrence », *CCC*, n° 5, mai 2014, repère 5 ; « La faute politique serait de politiser le contrôle des concentrations », *CCC,* n° 5, mai 2019, repère 5 ; « Arrêt Skanska : un nouveau jalon pour le *private enforcement* », comm. sous CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *CCC,* n° 5, mai 2019, comm. 88 ; « À propos de l'effet relatif des décisions d'engagements », comm. sous CJUE, 9 décembre 2020 *Groupe Canal + SA c/ Commision,* aff. C-132/19 P, *CCC*, n° 2, février 2021, comm. 29 ; « La prise en compte d'intérêts publics dans la mise en œuvre des règles sur l'abus de position dominante », *in* C. PRIETO (dir.), *L'intégration de considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence (conférence du 26 novembre 2020)*, *Concurrences,* n° 2-2021, art. n° 99790 ; « Regards sur la postmodernisation de l'abus de position dominante », *in Laurence Idot. Liber amicorum – Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, vol. 1, p. 25.

BOTTEGHI Damien, **LALLET** Damien, « Le Conseil d'État, « régleur » de différends », *AJDA,* 2020, p. 1924.

BOUILLON Henri, « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA*, 2017, p. 217.

BOULOC Bernard, « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *LPA*, 20 janvier 2005, n° 14, p. 11.

BOULOUIS Jean, « Rapport sur le juge communautaire », *in Le rôle du juge en présence de problèmes économiques,* Travaux de l'association Henri Capitant*,* t. XXII, 1975, p. 254 ; « Supprimer le droit administratif ? »*, Pouvoirs,* 1988, n° 46, p. 5.

BOUSSARIE Thomas, « Le pouvoir du vice-président du Conseil d'État de désigner des membres de la juridiction administrative dans l'administration », *RFDA,* 2020, p. 851.

BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, « Existe-t-il un droit à la procédure pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle ? », *JCP G,* n° 46, 16 novembre 1988, doctr. 3360.

BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, **GAUDEMET** Yves, « Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », *LPA,* 25 avril 1990, n° 50, p. 7.

BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, **VOGEL** Louis, « Droit de la concurrence et personnes publiques », *Gaz. Pal.,* 1989, n° 2, p. 747.

BOY Laurence, « Cartel de l'acier : des sanctions surprenantes pour une méthodologie exemplaire », comm. sous CA Paris, 19 janvier 2010, n° 2009/00334, *RLC*, n° 23, 1er avril 2010, p. 21 ; « L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR (dir.)*, Pluralisme juridique et efficacité du droit économique*, Larcier, 2011, p. 335.

BRACONNIER Stéphane, « Quand un prétexte se substitue aux principes », comm. sous TC, 16 novembre 2015, n° C4035, *AJDA*, 2015, p. 2401.

BRETZNER Jean-Daniel, « Preuve d'une pratique anticoncurrentielle et utilisation de l'article 145 du Code de procédure civile par voie d'ordonnance sur requête », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Lucas de Leyssac,* LexisNexis, 2018, p. 31.

BRETZNER Jean-Daniel, **BENDAVID** Michaël, « Analyse critique des dispositions relatives aux sanctions administratives », *AJCA*, avril 2014, p. 19.

BROYELLE Camille, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA,* n° 3, mars 2004, chron. 6 ; « L'intensité du contrôle des motifs », *JCP A,* n° 38-39, 24 septembre 2012, étude 2315 ; « L'office du juge d'appel et les moyens », *AJDA,* 2019, p. 690 ; « La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire », *RDA*, n° 18, mai 2019, p. 52.

BRUNET François, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113.

BRUNET François, **VERNEY** Céline, « L'évaluation par le juge administratif du préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences,* n° 2-2020, art. n° 93691.

BUFFET Jean, « Le critère de la non-admission. Quelle rationalité ? », *in* S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation,* Economica, 2005, p. 103.

BURDEAU François, « Les crises du principe de dualité de juridictions », *AJDA,* 1990, p. 724 ; « À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel », *in* A. VAN LANG (dir.), *Le dualisme juridictionnel : limites et mérites,* Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2007, p. 17.

BUSSY Florence, « La notion de partie l'instance en procédure civile », *D.*, 2003, p. 1376 ;

« Nul ne peut être juge et partie », *D.*, 2004, p. 1745.

C

CADIET Loïc, « Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil », *in La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat,* PUF, 2001, p. 3 ; « Ordre concurrentiel et justice », *in L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, 2003, p. 109 ; « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *in Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand,* Litec, 2003, p. 90 ; « Construire ensemble des débats utiles… », *in La procédure en tous ses état - Mélanges en l'honneur de Jean Buffet,* LGDJ, 2004, p. 99 ; « La légalité procédurale en matière civile », *BICC,* n° 636 du 15 mars 2006 ; « Diversités, convergences et perspectives. Rapport général de synthèse », *in* Y. CHAPUT, A. LÉVI (dir.), *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen*, Litec, 2007, p. 551 ; « Le procès civil à l'épreuve de la complexité », *in Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 73 ; « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », *Procédures*, 2015, n° 12, dossier 10 ; « Sur la fragmentation et la dispersion des règles de procédure », *Procédures,* 2018, n° 12, repère 11.

CADIET Loïc, **GUINCHARD** Serge, « Les enjeux de la justice et de l'économie », *Justices,* n° 1995/1, p. 4.

CALANDRI Laurence, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », comm. sous CE, 11 octobre 2012 *Sté Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193 et CE, 11 octobre 2012 *Sté ITM Entreprises*, n° 346378, *RDP*, 2013, p. 771 ; « La justiciabilité variable des actes de Soft Law des autorités de régulation : retour sur une jurisprudence en construction », *DA*, janvier 2020, étude 2.

CANIVET Guy, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ Com.,* 1992, p. 185 ; « L'expertise en droit de la concurrence », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise,* Dalloz, 1995, p. 61 ; « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », *in Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p. 243 ; « Concurrence : entre droit et politique », *Les Annonces de la Seine,* 2002, n° 36 ; « Régulateurs et juges : conclusions générales », *LPA,* 23 janvier 2003, n° 17, p. 50 ; « De l'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.,* 26-28 janvier 2003, p. 86 ; « Le temps, un impératif dans l'organisation des procédures », *in Ateliers de la concurrence : Le facteur temps en droit de la concurrence, Rev. conc. consom.,* n° 136, novembre-décembre 2003, p. 9 ; « La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit », Conférence Beyrouth, 21 décembre 2001, *Publications de l'Université Saint-Joseph, CEDROMA,* Bruylant, 2004, p. 333 ; « L'*amicus curiae* en France et aux États-Unis », *RJC*, mars-avril 2005, n° 2, p. 99 ; « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 23 ; « Propos introductifs », *in* S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation,* Economica, 2005, p. 5 ; « Le juge joue un rôle majeur dans l'élaboration d'une politique de concurrence », *Gaz. Pal.*, 20-21 janvier 2006, p. 3 ; « L'histoire sans fin des lois éphémères ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution », *in Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra,* Dalloz, 2006, p. 68 ; « Vision prospective de la Cour de cassation », *in Conférence de l'Académie des sciences morales et politiques*, 13 novembre 2006 (consultable sur le site de la Cour de cassation) ; « La place des économistes dans les organes d'application du droit de la concurrence – Retour sur un malaise existentiel », *Concurrences,* n° 2-2019, art. n° 90116 ; « L'écueil bureaucratique du droit de la concurrence », *in Laurence Idot. Liber amicorum – Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, vol. 1, p. 193.

CANIVET Guy, **CHAMPALAUNE** Carole, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », *in Le juge et le droit économique. Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard,* Montchrestien, 2002, p. 257.

CARBONNIER Jean, « Droit et non-droit », *in Flexible droit*, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 22.

CARPENTIER-DAUBRESSE Nil, « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *AJDA*, 2014, p. 1143 ; « L'acte juridictionnel, une décision intégrée à un environnement économique et sociale » *in* R. MATTA-DUVIGNEAU, M. LAVAINE (dir.), *L'efficacité e la justice administrative,* Mare & Martin, 2016, p. 281.

CARVAL Suzanne, « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels. Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *D.,* 2015,

p. 1290 ; « Les dommages économiques « purs » », *in* B. DUBUISSON, P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 779 ; « L'amende civile », *JCP G*, suppl. au n° 30-35, 25 juillet 2016, p. 42 ; « Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles. À propos de l'ordonnance et du décret du 9 mars 2017 », *JCP G*, n° 12, 20 mars 2017, 298.

CARVAL Suzanne, **CHAGNY** Murielle, **CHONÉ-GRIMALDI** Anne-Sophie, **MONNIER** Constance, **TROPÉANO** Jean-Philippe, « L'évaluation des préjudices concurrentiels », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles,* IRJS, 2016, p. 149.

CARVAL Suzanne, **LABORDE** Jean-François, « L'évaluation du surcoût causé par une entente anticoncurrentielle : l'expérience française », *Gaz. Pal.,* 2016, n° 34, p. 11.

CASSIA Paul, « Filtrer l'accès au juge de cassation ? », *D.,* 2015, p. 1361 ; « L'inquiétante justice administrative de demain », *D.,* 2016, p. 2475.

CAYROL Nicolas, « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.*, 2011, p. 904.

CERRUTTI Guillaume, « La DGCCRF et l'action au civil en matière de concurrence »*, in La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspective,* Cycle de conférences-débats à la Cour de cassation*,* 17 octobre 2005 (disponible sur le site de la Cour de cassation).

CHABANOL Daniel, « Le décret du 23 décembre 2006 : vers une refonte de l'accès au juge ? », *AJDA*, 2007, p. 304.

CHAGNY Murielle, « L'articulation entre actions privées et actions publiques », *RLC,* n° 18, 1er janvier 2009, p. 150 « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence »*, Procédures*, 2011, n° 4, dossier 10 ; « Faut-il désespérer du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles ? », note sous CA Paris, 27 juin 2012, n° 10/18278, *CCE,* 2013, comm. 6 ; « L'indemnisation des dommages concurrentiels par la Cour d'appel de Paris : une hirondelle avant la réforme ? », *AJCA,* 2015, p. 465 ; « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la Cour d'appel de Paris », *RTD Com.*, 2015, p. 492 ; « L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique », *JCP G*, n° 49, 30 novembre 2015, doctr. 1340 ; « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115 ; « Le droit français de la concurrence trente ans après…l'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives,* LGDJ, 2017, p. 289 ; « Contribution sur le Titre IV du Livre IV du Code de commerce », *in* G. CANIVET et F. JENNY (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Le club des juristes, 2018, p. 143 ; « Application dans le temps : la Cour d'appel de Paris affirme, dans l'affaire de l'entente des produits pour l'hygiène corporelle, que la présomption mettant à la charge du défendeur à l'action la preuve de la répercussion du préjudice n'est pas applicable *ratione temporis* (*Vania / Carrefour*), note sous CA Paris, 5 janvier 2022, n° 19/22293, *Concurrences,* n° 4-2021, art. n° 104718.

CHAIEHLOUDJ Walid, « Quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ? », *CCC,* n° 3, mars 2020, étude 4.

CHAINAIS Cécile, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », *in* L. FLISE, E. JEULAND (dir.), *Le procès est-il encore la chose des parties ? Actes des cinquièmes rencontres de procédure civile*, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS, t. 65, 2015, p. 21.

CHAMPAUD Claude, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, p. 215 ; « L'apport du droit de la concurrence au droit économique », *RTD eur.,* 1987, p. 557 ; « Caractères du droit de la concurrence », *JCl. Concurrence-Consommation,* 1991, fasc. 30 ; « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Justices*, 1995, n° 1, p. 61.

CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. consti.,* n° 21, dossier précité, janvier 2007.

CHAPUS René, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE,* n° 29, 1977-1978, p. 11 ; « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP,* 2003, n°1, p. 3.

CHARBIT Nicolas, « Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation,* Presses de science po-Dalloz, 2004, p. 57.

CHARLES Christopher, « Une illustration du juge-administrateur : la substitution de base légale pour des motifs d'opportunité », *RRJ,* 2005, p. 1155.

CHARPIN Ariane, « L'indispensable test du monopoleur hypothétique », *RLC,* n° 47, 1er février 2016, p. 30.

CHAUVAUX Didier, **STAHL** Jacques-Henri, « Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès », *AJDA*, 2005, p. 2116.

CHAUVET Clément, « La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes », *RDP*, 2007, n° 2, p. 379.

CHAVRIER Géraldine, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA,* 2000, p. 548.

CHAZAL Jean-Pascal, « L'État de droit : la fin d'une illusion ? », *D.,* 2020, p. 2281.

CHEMIN Bernard, « Le statut de l'oralité », *AJDA,* 2011, p. 604.

CHÉNÉDÉ François, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.,* 2016, p. 796.

CHÉROT Jean-Yves, « La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution », *D.,* 1991, p. 163 ; « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA,* 2000, p. 687.

CHETARD Guillaume, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC,* 2013, p. 51.

CHEVALLIER Jacques, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972 ; « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *in*

Problèmes de Droit Public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 275 ; « L'État de droit », *RDP*, 1988, p. 313 ; « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA, 1990,* p. 712 ; « Vers un droit post-moderne ? », *RDP*, 1998, p. 678 ; « État et ordre concurrentiel », *in L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, 2003, p. 59 ; « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Science Po/Dalloz, 2006, p. 147.

CHEYNEL Benjamin, « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite… », *RLC*, n° 6, 1er janvier 2006, p. 71.

CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie, « Présentation », *in* A. S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.), « La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences,* n° 2-2015, Dossier p. 11-37 ; « Les autorités administratives indépendantes, une réponse à la crise des institutions ? », *in* V. MAZEAUD, P. DE MONTALIVET (dir.), *La crise des institutions,* LGDJ, 2016, p. 80 ; note sous Com., 8 novembre 2016 *GoodMills Deutschland c/ Grands Moulins de Paris,* n° 14-28234, *Concurrences,* n° 1-2017, art. n° 82707 ; comm. sous art. 1171 *in* T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Gualino, 2e éd., 2018 ; « Proposition de règlement sur les plateformes en ligne », *LEDICO,* juillet 2018, n° 111k7, p. 4 ; « L'activité juridictionnelle confrontée au numérique : le droit de la distribution », *in* N. BLANC, M. MEKKI (dir.), *Le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIe siècle,* Dalloz, 2019, p. 37 ; « Rapprochement à l'achat : l'Autorité de la concurrence, pour la première fois, apprécie la validité d'un rapprochement à l'achat dans le secteur de la grande distribution alimentaire, sur le fondement des textes issus de la loi EGalim », note sous Aut. conc., décision n° 20-D-13 du 22 octobre 2020, *Concurrences,* n° 1-2021, art. n° 98970 ; « Rapprochement à l'achat : l'Autorité de la concurrence, sur le fondement des textes issus de la loi EGalim, rend obligatoires les engagements pris par deux géants de la grande distribution qui ont conclu des accords de rapprochement à l'achat », note sous Aut. conc., décision n° 20-D-22 du 17 décembre 2020, *Concurrences,* n° 2-2021, art. n° 100263 ; « Les interactions entre le droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit de la concurrence déloyale », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe,* Bruylant, 2021, p. 25.

CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie, **GODIVEAU** Grégory, « La reconfiguration des rapports entre sphères publique et privée. L'entreprise, interface des rapports entre l'Union Européenne et les États membres : le droit antitrust », *Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71640.

CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie, **MAUGER-VIELPEAU** Laurence, comm. sous art. 1143 *in* T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Gualino, 2e éd., 2018.

CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie, **RASCHEL** Loïs, « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et assur*., 2014, étude 4.

CIAUDO Alexandre, « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2 décembre 2009, n° 240, p. 3 ; « La maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdoctoria,* n° 3,

2009, p. 21 ; « Le rejet par ordonnance des recours manifestement mal fondés », *DA,* n° 6, juin 2010, étude 11.

CLAUDEL Emmanuelle, « Les injonctions », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anti-concurrentielles, LPA,* 20 janvier 2005, n° 14, p. 23 ; « La processualisation du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.) *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, 2006, p. 285 ; « Enfin l'avènement des tribunaux spécialisés en droit de la concurrence… », *RTD com.*, 2006, p. 322 ; « Quelle influence du droit communautaire sur la procédure devant le juge national ? », *in* G. CANIVET, L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Évolutions et perspectives,* LexisNexis, 2007, p. 35 ; « La procédure d'*amicus curiae* : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences,* n° 4-2012, art. n° 49314 ; « Régulation de la distribution par les autorités de concurrence : quels objectifs ? », *RLDA,* 2013, supplément au n° 83, p. 9 ; « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer - 1er volet. L'injonction structurelle : une loi pour l'outre-mer, un terrain d'expérimentation pour la métropole ? », *RTD com.,* 2013, p. 506 ; « La qualité de partie à l'instance officiellement reconnue à l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris », *RTD com.,* 2013, p. 736 ; « Le communiqué sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires validé sans réserve par la cour d'appel de Paris. Ou la *soft law* en roue libre », *RTD com.,* 2014, p. 78 ; « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD com.*, 2014, p. 339 ; « L'essor des sanctions en droit de la concurrence – Quelle efficacité ? Quelles garanties ? », *CCC,* n°6, juin 2014, dossier 13 ; « La loi Macron au crible du contrôle de constitutionnalité : feu l'injonction structurelle ? », *RTD com.,* 2015, p. 699 ; « Procédure négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder ! », *Concurrences,* n° 4/2015, art. n° 75896 ; « Compétence juridictionnelle pour traiter des actions en réparation des dommages concurrentiels subis par une collectivité publique : l'assiégée devenue assiégeante », comm. sous TC, 16 novembre 2015, n° C4035, *AJCA,* 2016, p. 30 ; « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence – Un exemple à suivre ? », *CDE,* n° 5, septembre 2017, dossier 27 ; « La temporalité des règles de concurrence est-elle adaptée au numérique ? », *CDE,* n° 3, mai 2019, dossoer o1 ; « Autonomie du droit de la concurrence – Autonomie et notion d'entreprise », *CCC,* n° 6, juin 2020, dossier 7.

COHEN Dany, « Le domaine de l'évocation », *in Mélanges à la mémoire du doyen Jaques Héron,* LGDJ, 2009, p. 173 ; D. COHEN, « La croissance des Gafam et le droit des concentrations d'entreprises », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi,* Defrénois, 2020, p. 235.

COHEN-JONATHAN Gérard, « La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme », *AFDI,* 1981, n° 27, p. 269.

COHEN-TANUGI Laurent, « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs,* 1988, n° 46, p. 13.

COLLET Martin, « De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité,* Presses Sciences-Po/Dalloz, p. 41.

CONNIL Damien, « De la nature et des finalités de l'*amicus curiae* », *AJDA,* 2015, p. 1545.

CORNU Gérard, « Rapport de synthèse », *in Les rôles respectifs du Juge et du Technicien dans l'administration de la preuve*, Xe Colloque des IEJ, PUF, 1975, p. 121 ; « Les principes

directeurs du procès par eux-mêmes, fragments d'un état des questions », *in Études offertes à Pierre Bellet,* Litec, 1991, p. 83.

COSLIN Christelle, LAPILLONNE Delphine, « Quel futur pour *l'amicus curiae* en France ? », *Gaz. Pal.,* 8 janvier 2013, n° 8, p. 7.

COSTA Delphine, « Juger de la légalité du droit souple », *in* B. DEFOORT, B. LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 89.

COSTER Suzanne (von), **DAUMAS** Vincent, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple » », comm. sous CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International*, n° 368082, n° 368083 et n° 368084 et CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numéricable*, n° 390023, *DA,* n° 4, avril 2016, comm. 20.

COULON Jean-Marie, « Réflexions sur la durée de la justice et le temps économique », *RIDE,* 1999/2, p. 235.

CROZE Hervé, « Procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, à propos du décret du 9 décembre 2009 », *JCP G*, n° 1-2, 11 janvier 2010, 3.

D

DAILLY Lilian, « La loyauté de la preuve : principe commun de droit administratif et de droit pénal ? », *in* P. GONOD, H. ASCENSIO (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification,* Mare & Martin, 2019, p. 203.

DAMIEN André, **BORÉ** Jacques, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA,* 1990, p. 777.

DAVID Éric, « L'incidence des procédures « alternatives » sur l'établissement des pratiques anticoncurrentielles devant l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne », *Concurrences,* n° 1-2011, art. n° 33858.

DEBET Anne, « Autorités administratives indépendantes et personnalité morale », *in La personnalité morale*, Travaux de l'association Henri Capitant, journées nationales, 2007, t. XII, Dalloz, 2010, p. 17.

DECOOPMAN Nicole, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *in* CURAPP, *Le droit administratif en mutation,* PUF, 1993, p. 211

DECOCQ Georges, « Un nouveau moyen d'obtenir le sursis à exécution d'une décision du Conseil de la concurrence ? », comm. sous CA Paris, 23 janvier 2007 *SA Eiffage Construction*, n° 2007-324833*CCC,* n° 4, avril 2007, comm. 97 ; « Le principe du contradictoire ne s'applique pas à la procédure de clémence », comm. sous CA Paris, 24 avril 2007 *Sté JH industries et Sté Malerba*, n°2006/06912, *CCC*, n°6, juin 2007, comm. 155 ; « Pouvoir et devoir de la cour d'appel après annulation d'une décision du Conseil de la concurrence », comm. sous Com., 26 février 2008 *SA Brenntag c/ SAS Gaches Chimie, CCC*, n° 4, avril 2008, comm. 105 ; « Confirmation de la décision du Conseil suspendant l'exclusivité d'Orange sur la commercialisation de l'iPhone », comm. sous CA Paris, 4 février 2009 *Apple et France Télécom, CCC,* n° 4, avril 2009, comm. 110 ; « Le réveil du « private enforcement » ? », *CCC,*

n° 6, juin 2012, repère 6 ; « Les entreprises communes produisant un effet anticoncurrentiel doivent être strictement nécessaires à l'opération qui les justifie », comm. sous Com., 8 novembre 2016, n° 14-28234, *CCC*, n° 1, janvier 2017, comm. 18 ; « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de la concurrence », *in Laurence Idot. Liber amicorum. Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, p. 317.

DEFFAINS Bruno, **PELLEFIGUE** Julien, « Vraiment pertinent ? Une analyse économique des marchés pertinents », *RTD Com.,* 2018, p. 555.

DEFOORT Benjamin, « Juge de la légalité et « effet utile » des décisions du juge », *in* B. DEFOORT, B. LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 227 ; « Les petits pas de l'office du juge de la légalité en matière de régulation du secteur bancaire », *AJDA*, 2021, p. 1919.

DEGUERGUE Maryse, « Le double degré de juridiction », *AJDA,* 2006, p. 1308 ; « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », *in Le droit administratif, permanences et convergences : Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume,* Dalloz, 2007, p. 377 ; « Les dysfonctionnements du service public de la justice », *RFAP,* n° 1/2008, p. 151 ; « Les principes directeurs du procès administratif », *in* P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif,* t. 2, Dalloz, 2011, p. 549.

DEHARO Gaëlle, « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », *Gaz. Pal.*, 22 septembre 2005, n° 265, p. 3.

DELAUNAY Benoît, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *AJDA*, 2016, p. 781.

DELMAS MARSALET Jacques, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE,* 1969, p. 146.

DELMAS-MARTY Mireille, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.,* 1986, p. 27.

DELPECH Xavier, « Publication de la directive sur l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles », *AJCA,* 2015, p. 4.

DELVOLVÉ Pierre, « La justice hors juge », *CDE,* 1984, n° 4, p. 16 ; « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? » *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat,* LGDJ Montchrestien, 1988, p. 269 ; « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly. Soc.,* 1er juin 1990, n° 6, p. 499 ; « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *in Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992 p. 47 ; « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *in Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 135 ; « Répression, droit pénal et droit administratif » *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique,* Dalloz, 1997, p. 37 ; « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, p. 261 ; « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre juridictionnel administratif », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 51 ; « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA,* 2014, p. 1211.

DENIZOT Arthur, « L'immutabilité de l'instance en contentieux administratif : un principe de procédure civile acclimaté aux spécificités du procès administratif », *RFDA,* 2018, p. 99.

DENOIX DE SAINT MARC Renaud, **LABETOULLE** Daniel, « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *EDCE,* 1970, p. 69.

DESCHAMPS Marc, **JEANDIDIER** Bruno, « Expertise économique et droit français de la concurrence », *CRESE,* working paper n° 2018-01, janvier 2018.

DESCHAMPS Marc, **POESY** René, « Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles », *RIDE*, 2013/4, p. 569.

DESHAYES Olivier, « L'office du juge à la recherche de sens », comm. sous Ass. pl., 21 décembre 2007, n° 0611343, *D.*, 2008, p. 1102 ; « La rupture brutale des relations commerciales (à peine) réformée », *in* A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.), *La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 90892.

DHIVER Martine, **JAVAUX** Benoît, « Saisir le juge en urgence », *in* L. JANICOT, J.-C. ROTOULLIÉ (dir.), *Regards croisés sur la procédure administrative contentieuse et la procédure civile,* Lextenso, 2019, p. 37.

DIDIER Philippe, « Les autorités de régulation nationale de la concurrence. Rapport français », *in La concurrence,* Travaux de l'association Henri Capitant, t. LVI, 2010, p. 629.

DINTILHAC Jean-Pierre, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », *in* COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2003*, *L'Égalité,* La Documentation française, p. 131 ; « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation*, 2007, p. 44.

DISCOURS Aymeric, « Évaluation du préjudice : questions d'actualité (actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : état des lieux en France et dans l'Union – Cour d'appel de Paris, 29 mars 2019), *Concurrence,* n° 3-2019, art. n° 90919.

DOMINO Xavier, **BRETONNEAU** Aurélie, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012, p. 2373 ; « Concentrations : affaires *Canal plus,* décodage », *AJDA*, 2013, p. 215.

DOMINO Xavier, **GUYOMAR** Mattias, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *AJDA,* 2012, p. 27.

DONNAT Francis, **CASAS** Didier, « Le juge d'appel, l'effet dévolutif et la faculté d'évoquer », *AJDA,* 2003, p. 1154 ; « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2004, p. 436 ; « La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA,* 2004, p. 2002.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ Loraine, « La loyauté dans l'administration de la preuve », *Gaz. Pal.*, 24 mars 2012, n° 145, p. 44.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ Loraine, **WALSCHE** Morgane (de), « Le droit au recours des tiers intéressés à l'encontre des décisions d'engagements de l'Autorité française de la concurrence », *in Laurence Idot. Liber amicorum – Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, vol. 1, p. 59.

DORANDEU Nicolas, « La concurrence des procédures en droit de la concurrence », *in Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra,* Dalloz, 2006, p. 133

DORSNER-DOLIVET Annick, **BONNEAU** Thierry, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986, p. 59.

DOUVRELEUR Jean, **DOUVRELEUR** Olivier, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », *in Libertés - Mélanges Jacques Robert,* Montchrestien, 1998, p. 323.

DOUVRELEUR Olivier, « Une voie de recours « sui generis » : le recours des décisions du Conseil de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 22 mars 1988, doctr. 1, p. 179.

DRAI Pierre, « Le monde des affaires et le juge », *RJC*, 1990, p. 329.

DREYER Emmanuel, « La main invisible de la Cour de cassation », *D.*, 2016, p. 2473 ; « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.*, 2017, p. 1136.

DREYFUS Jean-David, « À propos du dol dont une personne publique prétend être victime », comm. sous CAA Paris, 22 avril 2004 *Sociétés Bouygues, Campenon-Bernard et autres*, n° 99PA01016, *D.*, 2004, p. 3020 ; « La reconnaissance d'un large bloc de compétence administrative défini par l'attractivité contractuelle », comm. sous CE, 19 décembre 2007 *Société Campenon-Bernard et autres*, n° 268918, *AJDA*, 2008, p. 814.

DROUAS Marie (de), « Intervention des tiers lors de l'examen d'une concentration par l'Autorité de la concurrence », *CCC*, 10 octobre 2016, étude 8.

DU MARAIS Bertrand, « Quand des juristes rencontrent des économistes… », *in Droit et économie. Interférences et interactions. Études en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, p. 109.

DUMARÇAY Marie, « Du délicat maniement de la notion d'unité économique : bref retour sur la mise en œuvre de la notion par les juridictions françaises et de l'Union européenne », *RLC,* n° 53, 1er septembre 2016, p. 19.

DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP G*, n° 16, 2 mai 2016, doctr. 552.

DURAND Benoît, « La définition des marchés pertinents : ne pas oublier le test du monopole hypothétique », *Concurrences,* n° 4-2010, art. n° 32772.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, **ODINET** Guillaume, « Un recours souple pour le droit souple », chron. sous CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numericable*, n° 390023, *AJDA*, 2016, p. 717.

E

ECKERT Gabriel, « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », comm. sous TC, 4 mai 2009, n° 3714, *AJDA,* 2009, p. 1490 ; « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *RDBF,* n° 3, mai 2010, dossier 18.

EISENMANN Charles, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », *in Mélanges offerts à Jacques Mau*ry, t. II, Dalloz, 1960, p. 379.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », *RTD civ.,* 2006, p. 505.

EPRON Quentin, *in* C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, G. GUERLIN, *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, vol. 1, 2013, p. 521.

EVEILLARD Gwelatz, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA,* 2010, p. 531.

F

FARDET Christophe, « Auteur, coauteur, perfecteur », *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

FARJAT Gérard, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE,* 1986, p. 9 ; « La notion de droit économique », *in Droit et Économie, APD,* t. 37, 1992, p. 27.

FASQUELLE Daniel, « La réparation des dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.,* 1998, p. 763 ; « Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle », *Rev. conc. consom.,* n° 115, mai-juin 2000, p. 14 ; « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 27 ; « Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique », *CCC*, n° 7, juillet 2019, dossier 11 ; « Propos introductifs : la réécriture du titre IV du livre IV du Code de commerce : beaucoup de bruit pour rien ? », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90786.

FASQUELLE Daniel, **ROBERVAL** Laurent, « Rapports distributeurs/fournisseurs : L'exemple de l'encadrement par le droit français », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT, R. AMARO (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, Institut de droit de la concurrence, 2014, p. 355.

FAVOREU Louis, « La constitutionnalisation du droit », *in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 26.

FERRAND Frédérique, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Motulsky », *in Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? Actes du colloque de Caen du 20 janvier 2012*, Procédures, 2012, n° 3, p. 36.

FERRIER Nicolas, **HOTTE** Simon, « De l'influence du droit des contrats sur les pratiques restrictives de concurrence », *Actes de la conférence tenue à Lyon le 28 mai 2015*, *Concurrences*, n° 1-2016., art. n° 77375.

FOSSIER Thierry, « La régulation judiciaire de la régulation économique », *Concurrence*s, n° 4-2009, art. n° 29003.

FOSSIER Thierry, **SALTIEL** Mathilde, « Parties et tiers en droit répressif de la concurrence : leur statut devant la cour d'appel de Paris », *Concurrences*, n° 1-2011, art. n° 33854.

FOURGOUX Jean-Claude, « La liberté et son contrôle dans le cadre de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 1987, p. 772 ; « La réparation du préjudice des entreprises victimes

de pratiques anticoncurrentielles », *JCP E,* n° 50, 16 décembre 1999, p. 2016 ; « Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement 1/2003 sur les règles de concurrence ? », *RLC*, n° 4, 1er août 2005, p. 124.

FOURGOUX Jean-Claude, **FOURGOUX** Jean-Louis, « La réforme de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence. La loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 : addition ou soustraction ? », *JCP E,* n° 44, 31 octobre 1996, 601.

FRICERO Nathalie, « L'irrecevabilité d'un pourvoi en cassation en matière civile, en raison de l'applicabilité immédiate d'une nouvelle loi de procédure entrave-t-elle le droit d'accès à un tribunal ? Obs. sous CEDH, 19 décembre 1997 *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne,* n° 26737/95, *D.,* 1998, p. 210 ; « La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile », *Procédures*, 2015, n° 3, dossier, 14 ; « Le ministère public, partie principale et partie jointe », *CDE*, n° 5, septembre 2015, dossier 37.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA,* n° 6/94, 1994, p. 483 ; « Vers le droit processuel économique », *Justices,* n° 1, janvier 1995, p. 91 ; « Le poids des idées dans la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif en matière de concurrence au regard de la loi du 8 février 1995 », *Gaz. Pal.,* 1er juillet 1995, p. 755 ; « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », *in* J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure,* Dalloz, 1996, p. 11 ; « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur. Écrits en hommage à Jean Foyer,* PUF, 1997, p. 463 ; « La concurrence et le temps », *Rev. conc. consom.,* n° 98, juillet-août 1997, p. 29 ; « Les autorités de régulation confrontées à la convention européenne des droits de l'Homme », *LPA*, 10 février 1999, n° 29, p. 19 ; « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *LPA,* 28 décembre 2000, n° 259, p. 4 ; « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *RIDE* 2001/4, p. 395 (aussi publié *in* Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publication de la Sorbonne, 2002, p. 45) ; « Le droit de la régulation », *D.,* 2001, p. 610 ; « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451 ; « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, Presse de Sciences Po/Dalloz, 2005, p. 269 ; « Vers un gouvernement économique des juges », *Commentaires,* 2005/3, n° 111, p 631 ; « Le couple *Ex Ante-Ex Post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », *in* M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Science-Po/Dalloz, 2006, p. 33 ; « QPC, autorités de concurrence, autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *in* M. ROUSILLE (dir.), *QPC et droit des affaires : premiers regards, LPA*, n° spéc., 20 septembre, 2011, n° 194, p. 25 ; « Les différentes natures de l'ordre public économique », *in L'ordre public, APD,* t. 58, 2005, p. 105 ; « Le but du droit français de la concurrence, rapport français », *in* M. FROMONT, M.-A. FRISON-ROCHE, T. MORAIS DA COSTA, G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, B. GRAEFF, T. MARTINI VILARINO (dir.), *Droit français et droit brésilien. Perspectives nationales et comparées,* Bruylant, p. 833.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, **DRAGO** Roland, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *in Le privé et le public, APD,* t. 41, 1997, p. 135.

FROMONT Michel, « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », *AJDA,* 1966, p. 588.

FULCHIRON Hugues, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *D.,* 2016, p. 1376.

G

GALLOIS Alexandre, « Des personnages méconnus du procès pénal : les assistants spécialisés », *Procédures,* n° 12, décembre 2009, alerte 58.

GABARDA Olivier, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP,* 2006, p. 153.

GALLET Jean-Louis, « La parité et le paritarisme au sein du Tribunal des conflits sont absolument essentiels », *AJDA,* 2013, p. 2116.

GAUDEMET Yves, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », *in Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier,* Éditions de l'Université et de l'Enseignement moderne, 1981, p. 117 ; note sous TC, 6 juin 1989 *Préfet de Paris c. Cour d'appel de Paris, SAEDE. c. SA Lyonnais des Eaux et ville de Pamiers*, n° 02578, *RDP,* 1989, p. 1780 ; « Le juge administratif, futur administrateur ? » *in* G. GARVADAUD, H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI*ème *siècle,* Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 179 ; « Conflit de compétence et droit de la concurrence, sur une équivoque », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot,* Dalloz, 1996, p. 121 ; « Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP G*, n° 50, 15 décembre 1999, doctr. 188 ; « Rapport de synthèse », *in La concurrence,* Travaux de l'association Henri Capitant, t. LVI, 2010, p. 1.

GAUTIER Pierre-Yves, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.,* 2003, p. 2839 ; « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau » », *JCP G,* n° 7, 15 février 2016, 189.

GAVALDA Christian, « Quelles garanties juridictionnelles dans le nouveau droit français de la Concurrence », *Gaz. Pal.,* 20-21 août 1986, p. 6.

GAVALDA Christian, **LUCAS DE LEYSSAC** Claude, « Le droit de la concurrence est-il applicable aux personnes publiques ? », obs. sous TC, 6 juin 1989 *Préfet de Paris c. Cour d'appel de Paris, SAEDE. c. SA Lyonnais des Eaux et ville de Pamiers*, n° 02578, *D.*, 1990, p. 101.

GENEVOIS Bruno, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *RFDA,* 2010, p. 1.

GILLET Jean-Louis, « Faut-il sauver l'oralité ? », in Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 709.

GIRARD Didier, « Le Président de la République : une autorité juridictionnelle méconnue », *RDP,* 2013, n° 6, p. 673.

GIRAUD Adrien, **BLANC** Guillaume, « Les mesures conservatoires à la française : un modèle réellement enviable ? », *Concurrences,* n° 3-2018, art. n° 87231.

GIRAUD Camille, « Le pouvoir de réformation du juge administratif », *RDP*, 2018, n° 6, p. 1597.

GIRAUD Thomas, « Vertiges de l'appel », *AJDA,* 2021, p. 142.

GLAIS Michel, « Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités concurrentielles françaises et communautaires », *Revue d'économie industrielle*, nº 63, 1er trimestre 1993, p. 45.

GODÉ Pierre, « Le mensonge dans le procès civil », *in Études dédiées à Alex Weill,* Dalloz, 1983, p. 259.

GODET Romain, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA,* 2002, p. 957.

GOHIN Olivier, « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », *RDP,* 2005, p. 171.

GONOD Pascale, « Le vice-président du Conseil d'État, ministre de la juridiction administrative ? », *Pouvoirs,* 2007, n° 123, p. 117.

GOUACHE Jean-Baptiste, **BEHAR-TOUCHAIS** Martine, « Actualité du droit de la franchise 2020 », *CCC*, n° 2, févier 2021, étude 3.

GOURDOU Jean, **TERNEYRE** Philippe, « Dol et responsabilité du cocontractant », *RJEP*, mai 2008, comm. 20.

GOYARD Claude, « État de droit et démocratie », *in Droit administratif. Mélanges René Chapus,* LGDJ, 1992, p. 299.

GRALL Jean-Christophe, **BUSSONNIÈRE** Thibault, « Les sanctions administratives en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives : premier bilan et perspectives », *RLC*, n° 53, 1er septembre 2016, p. 37.

GRANDVUILLEMIN Sophie, « Les procédures négociées en droit français des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E*, n° 18, 5 mai 2011, 1344.

GRARD Loïc, « La place des juridictions nationales dans le dispositif européen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles », *in* L. GRARD, B. SAINTOURENS (dir.), *La libre concurrence face aux juges*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2010, p. 57 ; « Conclusions », *in* G. GODIVEAU (dir.), *Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence* (Caen, 3 octobre 2014), *Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71654 ; « La systématique des contentieux concurrence en Europe. Propos introductifs et…intuitifs », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe,* Bruylant, 2021, p. 1.

GRIMALDI Cyril, « L'action du ministre dans la mise en œuvre de l'article L. 442-1 C. com. : Une action autonome, dans quelle mesure ? », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 90894 ; « Nouvel article L. 470-1, III du Code de commerce : la longue descente aux enfers du droit de la distribution », *LEDICO,* mars 2021, n° 113t8, p. 4.

GROSHENS Jean-Claude, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1996, p. 140.

GUÉGAN-LECUYER Anne, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », *in Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.,* 16 mai 2013, n° 136, p. 23.

GUÉZOU Olivier, « La légalité d'un acte administratif peut être appréciée au regard des dispositions de l'Ordonnance du 1er décembre 1986 », comm. sous CE, sect., 3 novembre 1997 *Société Million et Marais,* n° 169907, *AJDA,* 1998, p. 247.

GUINCHARD Serge, « L'expertise judiciaire civile : l'expert, le juge et les parties », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 69 ; « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 609.

GUINCHARD Serge, **FERRAND** Frédérique, **MOUSSA** Tony, « Une chance pour la France : la technique de cassation, vecteur particulièrement adapté au contrôle de proportionnalité », *D.*, 2015, p. 278.

GUYOMAR Mattias, « Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt *Boussuge* ? », *JCP A,* n° 38-39, 24 septembre 2012, étude 2310.

GUYOMAR Mattias, **COLLIN** Pierre, « Les décisions par lesquelles le Conseil d'État précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA,* 2001, chron. 1046.

H

HAERI Kami, **JAVAUX** Benoît, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP G,* n° 13, 31 mars 2014, 375.

HAFTEL Bernard, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction de juger », *D.,* 2015, p. 1378.

HARNAY Sophie, **BERGÉ** Jean-Sylvestre, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE*, 2011/2, p. 165.

HASQUENOPH Isabelle, « Le juge administratif et la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *RDI,* 2020, p. 382.

HAURIOU André, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in Mélanges en l'honneur de Raymond Carré de Malberg,* Dalloz, 1933, p. 233.

HÉBRAUD Pierre, « Effet dévolutif et évocation », *in La voie de l'appel, Colloque National de droit judiciaire,* Annales de la Faculté de droit et sciences économiques d'Aix en Provence, 1963, p. 143.

HOFFSCHIR Nicolas, « Office du juge et application des règles de droit d'ordre public issues de l'Union européenne : la Cour de cassation prend les devants », note sous Ch. Mixte, 7 juillet 2017, n° 15-25651, *Gaz. Pal.*, 31 octobre 2017, n° 37, p. 65.

HOMOBONO Nathalie, « Le rôle renouvelé du ministre de l'Économie et de la DGCCRF », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives,* LGDJ, 2017, p. 185 ; « La concurrence dans les relations commerciales industrie-commerce : La recherche de l'équilibre selon des modalités rénovées », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT, R. AMARO (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, Institut de droit de la concurrence, 2014, p. 361.

HOMOBONO Nathalie, **MARIE** André, « Le rôle de la DGCCRF dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles depuis la réforme de 2008 », *Concurrences,* n° 1-2012, art. n° 41556.

HAUUY Cédric, « La pérennité du privilège du préalable », *AJDA*, 2015, p. 2363.

HUBERT Patrick, « Contrôle des concentrations et juge administratif français, *RLC*, n° 4, 1er août 2015, p. 14.

HUGON Christine, « Le contrôle par la Cour EDH du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation », *D.,* 2001, p. 3369.

I

IDOT Laurence, « La plainte en droit de la concurrence – opposition ou convergence des systèmes français et communautaire ? », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 255 ; La liberté de concurrence en France », *LPA,* 23 mars 2000, n° 59, p. 4 ; note sous CJCE, 20 septembre 2001 *Courage Ltd c/ Bernard Crehan*, aff. C-453/99, *Europe,* n° 11, novembre 2001, comm. 330 ; « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC,* 2004/3 p. 882 ; « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron,* éd. A. Pedone, 2004, p. 117 ; « La réforme du droit antitrust en Europe : un an de pratique. À propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005 », *Europe*, n° 4, avril 2005, étude 4 ; « Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement n° 2790/99 », *RDC,* 2005, p. 1033 ; « Plaidoyer pour une réflexion sur l'articulation entre les programmes de clémence et les actions privées », *Concurrences,* n° 3-2005, art. n° 1366 ; « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* n° 2-2006, art. n° 46440 (article publié sous le même intitulé *in Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc,* Dalloz, 2007, p. 457) ; obs. sur CJCE, 13 juillet 2006 *Manfredi*, aff. C- 295 à 298/04, *Europe,* n° 10, octobre 2006, comm. 291 ; « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n° 1/2003 : convergence confirmée, mais surtout centralisation

surprenante ! », *Europe,* n° 2, février 2006, alerte 5 ; « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations. Aspects de droit français », *RIDC*, 3-2006, p. 747 ; « À propos de l'internationalisation du droit. Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence », *Concurrences,* n° 2-2007, art. n° 44996 ; « Rapport de synthèse » *in Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles. Compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ?, Concurrences,* n° 2-2007 ; « Interview sur la réforme du droit français de la concurrence », *Concurrences,* n° 2-2008, art. n° 17452 « Présentation » *in Les procédures négociées en droit de la concurrence : engagements et transactions. Droit français – Droit communautaire, Concurrences,* n° 2-2008 ; « Le retour de l'objet anticoncurrentiel », *Concurrences,* n° 4-2009, art. n° 29202 ; « Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », *RDC*, 2013/4, p. 1381 ; « La distinction droit public – droit privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence ? », *in* G. GODIVEAU, *Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence, Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71638 ; « L'efficacité d'une clause attributive de juridiction remise en cause par la simple invocation du droit de la concurrence », note sous Civ. 1ère, 7 octobre 2015, n° 14-16898, *JCP G*, n° 49, 30 novembre 2015, 1322 ; « Law and economics: why bother with economists ? (New frontiers of antitrust, 15 juin 2015, Paris) », *Concurrences,* n° 3-2015, art. n° 74821 ; « Les actions collectives en droit de la concurrence : Aspects de droit international privé européen », *Concurrences,* n° 1-2016, art. n° 77365 ; « La preuve en droit de la concurrence », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives*, LGDJ, 2017, p. 157 ; « Réflexions sur l'évolution de la preuve des pratiques anticoncurrentielles devant les autorités de concurrence », *Concurrences,* n° 4-2017, art. n° 84879 ; « Introduction », *in Urgence et concurrence : mesures provisoires, référés-suspension…toujours trop tard ? (Demain la concurrence), Concurrences,* n° 3-2018 ; « Variations sur la notion d'entreprise en droit de la concurrence », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié,* LexisNexis, 2019, p. 1195 ; « Le projet de loi DDAUE, un texte « omnibus » », *Europe,* n° 11, novembre 2020, alerte 62 ; « Le titre IV du code de commerce et le droit de l'Union européenne », *Concurrences,* n° 3-2019, art. n° 91027 ; « Les évolutions du droit antitrust : plus d'administratif au service de plus de répressif », *Gaz. Pal.,* 5 avril 2022, n° 11, p. 69 ; « Procédures quasi répressives en droit de la concurrence », *RSC,* 2022, n° 3, p. 695.

IDOUX Pascale, « Juger la régulation, c'est encore réguler… », note sous CE, sect., 25 février 2005 *France Télécom*, *RDP,* 2005, n° 6, p. 1643 ; « Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français », *AJDA*, 2009, p. 637 ; « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920 ; « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP,* n° 713, novembre 2013, étude 15 ; « Concentrations dans le secteur de la télévision gratuite et innovations contentieuses », note sous CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole télévision et Sté TF1*, n° 363702 et 362719 et CE, ass., 23 décembre 2013 *Sté Métropole Télévision*, n° 363978, *RJEP*, n° 721, juillet 2014, comm. 33 ; « Le périmètre de l'exigence de liaison du contentieux », *in* G. CLAMOUR et N. LAFON (dir.), *La liaison du contentieux*, Presses de la faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier (CREAM), 2015, p. 25 ; « Le nouveau recours en annulation des actes de droit souple des autorités de régulation », *RLC,* n° 50, 1er mai 2016, p. 23.

INFOREG, « Non-respect des délais de paiement dans les relations entre professionnels : durcissement des sanctions », *CDE,* n° 6, novembre-décembre, 2014, p. 68.

ISRAËL Jean-Jacques, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *in Droit administratif. Mélanges René Chapus,* Montchrestien, 1992, p. 315.

J

JALABERT-DOURY Nathalie, « Peut-on concevoir qu'en 2022 les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ? », *in Laurence Idot. Liber amicorum – Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, vol. 1, p. 375.

JANICOT Laetitia, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse ? », *RDP,* 2007, p. 907 ; « Réflexion sur une nouvelle voie entre l'annulation sèche et l'annulation différée : la définition de règles provisoires par le juge de l'excès de pouvoir », *RFDA,* 2021, p. 41.

JEAN Jean-Paul, « Système judiciaire et filtrage », *in* AHJUCAF, *Le filtrage des recours devant les cours suprêmes*, 30 mai – 1er juin 2016, p. 82.

JEANNENEY Pierre-Alain, **COUSIN** Michaël, « La place des autorités de marché dans le procès fait à leurs décisions : à la recherche de cohérences » (*in Autorités de marché : un cadre institutionnel à parfaire ?,* dossier septembre 2007), *Concurrences,* n° 3-2007, art. n° 13808.

JEANTET Fernand-Charles, « Aspects du droit économique », *in Dix ans de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel,* Dalloz, 1961, p. 33 ; « Réflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence », *JCP G,* n° 31, 10 août 1988, doctr. 3348.

JENNY Frédéric, « Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, numéro spécial, 12-13 février 1997, p. 30 ; « Economic Analysis, Antitrust Law and the Oligopoly Problem », *European Business Organisation Law review,* 2000, p. 41 ; « Un économiste à la Cour », *Concurrences,* n° 1-2005, art. n° 12077 (interview réalisée par Nicolas Charbit) ; « La formation des juges, condition de l'efficacité des politiques de concurrence », *in 20e anniversaire du Conseil de la concurrence. Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ?, RLC,* n° 13, 1er octobre 2007, p. 186 ; « Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 4-2007, art. n° 14299 ; « Le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence en question », *Concurrences,* 1-2019, art. n° 89449.

JESTAZ Philippe, **JAMIN** Christophe, **MARGUENAUD** Jean-Pierre, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

JEULAND Emmanuel, « Transformation et pérennité du nouveau code de procédure civile », *in* J. FOYER et C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005),* Economica, 2006, p. 75 ; « Les actions interrogatoires en question », *JCP G,* n° 26, 27 juin 2016, 737.

JUNILLON Jacques, **LAFFLY** Romain, « La communication simultanée des pièces en appel : c'est maintenant ! », *JCP G,* n° 36, 3 septembre 2012, doctr. 944

K

KARPENSCHIF Michaël, « Pratiques anticoncurrentielles et préjudice économique des pouvoirs adjudicateurs : de l'intérêt et des difficultés de saisir la juridiction administrative », *JCP A,* n° 24, 18 juin 2012, étude 2203.

KLEIN Julie, « Les rapports entre le Code de commerce et le Code civil », *in* A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.)*, La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 90890.

KOERING-JOULIN Renée, « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *RSC,* 1990, p. 765.

L

LABAYLE Henri, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA,* 2004, p. 663.

LABETOULLE Daniel, « Bande à part ou éclaireur », *AJDA*, 2013, p. 1897 ; « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, n° 18, 1993, p. 31 ; « 1987 : souvenirs sur une année charnière », *Le service public. Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 301.

LACHAUME Jean-François, « La compétence suit la notion », *AJDA,* 2002, p. 77.

LAGARDE Xavier, « Transaction et ordre public », *D.,* 2000, p. 217 ; « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G,* n° 15, 11 avril 2001, doctr. 312 ; « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », *D.,* 2005, p. 82 ; « L'adieu à la cause, relire Motulsky », *in* J. FOYER, C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile,* Economica, 2006, p. 307 ; « L'achèvement du procès, principale utilité de l'appel », *Gaz. Pal.*, hors-série n° 3, 31 octobre 2016, p. 13 (dossier *Repenser l'appel*).

LAGRANGE Philippe, « La réforme des mises à disposition : nouvelle étape vers une fonction publique ouverte ? », *AJDA,* 2007, p. 524.

LARDEUX Gwendoline, « La lutte contre le retard de paiement dans les relations commerciales », *CCC,* 2000*,* n° 7, juillet 2000, chron. 12.

LASSERRE Bruno, « La liberté de la concurrence est-elle effective ? Droit communautaire et droit français », *in* G. DRAGO, M. LOMBARD, *Les libertés économiques,* Éditions Panthéon Assas, 2003, p. 84 ; « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France », *32nd Conference on International Antitrust Law and Policy*, Université de Fordham, 22 et 23 septembre 2005 (disp. sur le site de l'Autorité de la concurrence) ; « La redécouverte de l'oralité. Propos décousus d'un membre du Conseil d'État » *in Juger l'administration et administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, p. 546 ; « Une institution qui s'est profondément transformée », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 :*

rétrospectives et perspectives, LGDJ, 2017, p. 13 ; « Actualité concurrentielle du Conseil d'État », *Concurrences,* n° 3-2020, art. n° 95096.

LA TAILLE Guillaume (de), « Du plomb à l'or : la transmutation des transactions par leur homologation », *AJDA,* 2014, p. 50.

LAUBADÈRE André (de), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, vol. II, p. 531.

LAURIN Yves, « La notion d'*amicus curiae* », *Gaz. Pal.,* 18 octobre 1988, p. 700 ; « Les notions d'amicus curiae et de partie dans la procédure », *Gaz. Pal.,* 9 octobre 2012, n° 283, p. 13.

LAVAL Nathalie, « La bonne administration de la justice », *LPA,* 12 août 1999, n° 160, p. 12.

LE BARS Thierry, « Les métamorphoses de l'appel. Faut-il abandonner l'appel voie d'achèvement ? » *in Les métamorphoses de la procédure civile*, dossier, *Gaz. Pal*., 31 juillet 2014, n° 212, p. 41.

LE BERRE Christophe, « Les « fondements économiques » du droit de la concurrence », *in Droit et économie. Interférences et interactions. Études en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, p. 187

LECUYER Hervé, « Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel », *RDA,* n° 18, mai 2019, p. 70.

LEGRAND André, « Un instrument flou : le pouvoir hiérarchique », *in L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago,* Economica, 1996, p. 59.

LELIÈVRE François, « Rejuger le litige et non juger le jugement, tel est essentiellement l'office du juge d'appel », *AJDA*, 2010, p. 1482.

LEMAIRE Christophe, « Qualité de partie à l'instance – Arrêt Vebic : Le pouvoir règlementaire reconnaît à l'Autorité de la concurrence la qualité de « partie à l'instance » dans le contentieux devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions dont elle l'auteur », comm. sous le décret n° 2012-840, *Concurrences*, n° 4-2012, art. n° 49426 ; « *Soft law* et droit de la concurrence : retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences,* n° 1-2014, art. n° 63022.

LEMAIRE Christophe, **BLANC** Dominique, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E*, n° 45, 9 novembre 2006, 2590.

LEMAIRE Christophe, **FLORENT** Marie, « Compétence : La Cour d'appel de Paris décline sa compétence pour statuer sur la politique de communique de l'Autorité de la concurrence (Roche) », *Concurrences*, n° 3-2021, art. n° 101947.

LEMIEUX Denis, **ROUVE** Caroline, « La déférence du juge envers les autorités de régulation économique en droit français et canadien », *in Indépendance(s) : études offertes au professeur Jean-Louis Autin,* CREAM, 2012, vol. 1, p. 579.

LE MOING Pierre, « Spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives de concurrence : les conséquences du revirement jurisprudentiel du 29 mars 2017 », *Concurrences*, n° 4-2017, art. n° 84885.

LE MORE Pauline, « Plaidoyer pour une vraie réforme de l'action de groupe en matière de concurrence », *CCC*, n° 5, mai 2017, alerte 29.

LENOIR Noëlle, « La consécration d'un nouveau contentieux autonome des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de levée des secrets d'affaires », *RLDA*, n° 105, 1er juin 2015, n° 5630.

LESQUINS Jean-Louis, « L'établissement des pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, LPA,* 20 janvier 2005, n° 14, p. 17.

LESQUINS Jean-Louis, **DELESALLE** Dimitri, **VAN CAUWELAERT** Fabrice, « Observations sur la réforme du dispositif de sanction en cas de non-respect des règles relatives aux délais de paiement et à la convention unique », *RLC*, n° 39, 1er avril 2014, p. 149.

LETOURNEUR Maxime, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation en contentieux administratif », *EDCE,* 1958, n° 12, p. 59.

LE YONCOURT Tiphaine, « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution », *in* G. BIGOT, M. BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, coll. Colloques et débats, 2006, p. 31.

LOMBARD Martine, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA,* 2005, p. 540.

LOUSSOUARN Yvon, **BREDIN** Jean-Denis, « La règlementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire », *D.*, 1963, p. 33.

LOUVARIS Antoine, « Contentieux de la concurrence et personnes publiques : la guerre des blocs n'aura pas lieu », comm. sous TC, 16 novembre 2015, n° C4035, *AJCA*, 2016, p. 30 ; « Lois techniciennes et droit à un procès équitable : le cas des lois de régulation économique », *Gaz. Pal*., 5 juillet 2017, n° 134, p. 60.

LOUVARIS Antoine, **CLAUDEL** Emmanuelle, « Action en répartition des préjudices concurrentiels subis par une collectivité publique : quel tribunal compétent ? », *AJCA*, 2016, p. 30.

LOUVEL Bertrand, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.,* 2015, p. 1326 ; « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G*, n° 43, 19 octobre 2015, 1122.

LUC Irène, « Le rôle de la cour d'appel de Paris dans le contentieux de la concurrence : la citadelle assiégée ? », *AJCA*, 2014, p. 386.

LUCAS Josselin, « Défaut de notification au titre du contrôle des concentrations : quelles bonnes pratiques adopter ? », *CCC,* n° 3, mars 2013, étude 5.

LUCAS DE LEYSSAC Claude, « Les mesures conservatoires de l'article 12 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *in Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p. 401 ; « Délimitation du marché pertinent et ententes », *Gaz. Pal.,* 2001, p. 1655 ; « Rapport de synthèse », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, LPA,* 20 janvier 2005, n° 14, p. 65.

LUCHAIRE François, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p. 1229.

LYON-CAEN Antoine, « Le contrôle des concentrations : étude de la loi française et de la proposition européenne », *RTD eur.*, 1976, p. 462 ; « À propos des observations orales des avocats dans les procédures écrites », *in Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p. 415 ; « Vers une procédure de dialogue interactif du juge et du justiciable », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, p. 585.

M

MAIGNAN Valérie, « Le retrait du rôle du pourvoi en cassation et la CEDH », *Procédures*, octobre 2000, chron. 12.

MAINGUY Daniel, « L'État de droit, l'illusion ou la méthode », *D.*, 2021, p. 1.

MAINGUY Daniel, **DEPINCÉ** Malo, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E,* n° 12, 20 mars 2014, 1144.

MALASSIGNÉ Vincent, « Le contrôle du prix », *in* A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (dir.), *La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 90892.

MALAURIE-VIGNAL Marie, « Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1er juillet 1996 », *D.*,1996, p. 361 ; « L'hyper-technicité et la proximité du droit », *CCC*, 2006, p. 1 ; « L'exemplarité de l'amende civile », *in* C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale. Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, LexisNexis, 2018, p. 115 ; « Droit, économie et politique de la concurrence – Réflexion à partir de la notion de bien-être du consommateur », *Gaz.Pal.,* 12 avril 2018, n° 15-16, p. 1187.

MAMOUDY Olga, « La cristallisation des moyens ne perdure pas en appel », *AJDA,* 2019, p. 819 ; « Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice », *Titre VII,* 2020/2, n° 5, p. 20 ; « *Czabaj* : une tardiveté pas comme les autres ! », *AJDA,* 2020, p. 649.

MARCILHACY Laure, « Le regard de l'avocat », in 20e anniversaire du Conseil de la concurrence. Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence, RLC, n° 13, 1er octobre 2007, p. 136.

MARCOU Gérard, « Caractères généraux et évolutions de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RDFA,* 2006, p. 84.

MARÉCHAL Camille, « Le volet « concurrence » de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCC,* n° 5, mai 2014, p. 22.

MARIE André, « Les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale : le rôle de la DGCCRF », *RLC,* n° 55, 1er novembre 2016, p. 30 ; « Pratiques anticoncurrentielles de dimension locale », *JCl Concurrence-Consommation*, fasc. 315, 2016 ; « La « pratique » des PAC des PME/TPE par le ministre de l'Économie et l'Autorité de la concurrence », *in Laurence Idot. Liber amicorum – Concurrence et Europe,* Concurrences, 2022, vol. 1, p. 93.

MARTIN Julien, « Solidarité des participants et recours à la méthode comparative pour indemniser le préjudice issu d'une entente dans un marché public », comm. sous CE, 27 mars 2020, n° 420491, *Sté Signalisation France*, *JCP A,* n° 21-22, 25 mai 2020, 2153.

MARTIN Raymond, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.*, 1990, p. 67.

MARTUCCI Francesco, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences,* n° 1-2014, art. n° 62364.

MARTY Frédéric, « Sécurité juridique et recours à l'analyse économique dans le cadre du contrôle des concentrations », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique,* Larcier, 2008, p. 249 ; « Rabais de fidélité : le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission européenne sur le caractère anticoncurrentiel de rabais de fidélité dans le domaine des microprocesseurs sur la base d'erreurs dans la démonstration de la capacité de ces derniers à éviter un effet d'éviction anticoncurrentiel (*Intel*) », *Concurrences,* n° 2-2022, art. n° 106487.

MARTY Frédéric et **MEZAGUER** Mehdi, « Quelles garanties pour la procédure d'engagement en droit de l'Union européenne ? », *RIDE*, 2016/1, p. 55.

MATHEY Nicolas, « Les finalités du droit de la concurrence – Essai de téléologie du droit », *CCC*, n° 12, décembre 2020, dossier 13.

MATHIEU Bertrand, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence règlementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs,* 2005/3, n° 114, p. 73 ; « Le gouvernement des juges, ce n'est plus la démocratie », *Gaz. Pal. prof.,* sept. 2015, n° 268-269.

MATHIEU Gilles, « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques », *D.,* 1995, p. 27.

MAUPIN Emmanuelle, « Davantage d'oralité au Conseil d'État », *AJDA,* 2020, p. 2290.

MAYER Lucien, **MEYNAUD-ZEROUAL** Ariane, « La preuve des faits » *in* L. JANICOT et J.-C. ROTOULLIÉ (dir.)*, Regards croisés sur la procédure administrative contentieuse et la procédure civile*, Lextenso, 2019, p. 47.

MAZEAUD Denis, « L'expertise de droit à travers *l'amicus curiae* », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 109.

MAZI Irène-Gildas, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la procédure administrative contentieuse : entre convergence profonde et divergences superficielles », *RDP,* 2018, p. 1061.

MEKKI Mustapha, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n° 22,

p. 17 ; « Le principe de loyauté probatoire a-t-il encore un avenir dans le contentieux de la concurrence ? », *D.*, 2016, p. 2355.

MELLERAY Fabrice, « L'accroissement du degré de contrôle des sanctions professionnelles », *DA,* n° 10, octobre 2007, comm. 145 ; « La répartition des compétences juridictionnelles en matière de transactions conclues par une personne publique », *DA,* n° 11, novembre 2007, comm. 156 ; « Dix ans de jurisprudence *Hallal* », *AJDA,* 2014, p. 529 ; « La réforme de l'expertise », *AJDA,* 2014, p. 1364 ; « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif », *AJDA,* 2014, p. 1530 ; « L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'État. Brèves réflexions sur la destinée d'une construction jurisprudentielle », *in Long cours : Mélanges en l'honneur de Pierre Bon,* Dalloz, 2014, p. 993 ; « En relisant la décision Conseil de la concurrence », *AJDA,* 2017, p. 91.

MELLERAY Fabrice, **NOYER** Bernard, « L'information des parties sur le sens des conclusions du rapporteur public », *AJDA,* 2013, p. 1839.

MESMIN D'ESTIENNE Jeanne, « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA*, 2016, p. 545.

METTOUX Philippe, « Libres propos sur la suppression du dualisme juridictionnel », *Les cahiers Portalis,* 2020/1 (n° 7), p. 139.

MICHEL-AMSELLEM Valérie, « Effet dévolutif de l'appel : la Cour de cassation précise que la Cour d'appel de Paris est tenue, lorsqu'elle annule une décision du Conseil de la concurrence, de statuer sur toutes les demandes de parties et sur les griefs notifiés et maintenus (*Bétons du Var)* », comm. sous Com., 27 septembre 2005, n° 04-16677, *Concurrences,* n° 4-2005, art. n° 607 ; « Juridictions spécialisées : le gouvernement spécialise les tribunaux judiciaires et commerciaux pour connaitre des affaires de concurrence », *Concurrences,* n° 1-2006, art. n° 978.

MICHINEAU Marine, « La facturation », *Concurrences*, n° 3-2019, art. n° 90892.

MICHOUD Léon, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XXV, n° 3, 1913, p. 439.

MILANO Laure, « L'émergence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de concurrence », *in* G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe,* Bruylant, 2021, p. 221.

MINIATO Lionel, « L'évolution du rôle du juge de la mise en état », *in* C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges,* LGDJ et Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 35.

MITCHELL Mary-Claude, **FOURNIER** Philippe, « Les pratiques restrictives dans la loi Hamon : Clarification et simplification ou complexification et aggravation des sanctions ? », *CCC*, mai 2015, étude 6.

MODERNE Franck, « Une illustration exemplaire de la théorie du dol dans le contentieux des contrats administratifs », *RFDA*, 2008, p. 109.

MOLFESSIS Nicolas, « La protection constitutionnelle du double degré de juridiction », *Justices,* 1996, n° 4, p. 17 ; « Filtrage des pourvois : ne pas renoncer à réformer », *Gaz. Pal.,* 15 mai 2018, n° 17, p. 90.

MONTECLERC Marie-Christine (de), « Les syndicats de magistrats administratifs toujours opposés à l'extension des ordonnances », *Dalloz actu.,* 10 novembre 2016 ; « La réparation des pratiques anticoncurrentielles », *AJDA,* 2017, p. 548.

MONTET Christian, « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? », *RLDA,* n° 23*,* 1er janvier 2000.

MOTULSKY Henri, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. 235, reproduit *in* H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, 1973, réimp. 2009, p. 101 ; « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier,* t. 2, 1961, p. 175, reproduit *in Écrits, Études et notes de procédure civile,* Dalloz, 1973, réimp. 2009 p. 60 ; « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.,* 1972, chron. XVII, reproduit *in* H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, réimp. 2009, p. 275 ; « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *in Études de droit contemporain, Contributions françaises aux IIIe et IVe congrès internationaux de droit comparé,* Sirey, 1959, p. 257, reproduit *in* H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, 1973, réimp. 2009, p. 38.

MOUSSERON Jean-Jacques, « Une nouvelle science : la facturologie », *CDE*, 1988, IV, p. 3.

MUIR WATT Horatia, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *in* B. DEFFAINS (dir.)*, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37.

MUIZON Gildas (de), **SAUTEL** Olivier, « Qu'apporte l'économétrie à l'évaluation du dommage et des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ? », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-L. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives,* LGDJ, 2017, p. 79.

N

NASSE Philippe, « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence,* LGDJ, 2006, p. 341.

NIJS Romain (de), **ARNOUX** Mathilde, « Passing-on et évaluation des préjudices économiques causés par des pratiques anticoncurrentielles », *RLC,* n° 58, 1er février 2017, p. 32.

NOGUELLOU Rozen, « L'office du juge de la régulation économique », *RDP,* 2014, n° 2, p. 329.

NORMAND Jacques, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art.

6-1) », *RTD civ.,* 1996, p. 689 ; « Les facteurs d'accélération de la procédure », *in Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 427.

NOURISSAT Cyril, « Le regard de l'universitaire », *in Spécialisation des juridictions : regards croisés sur la réforme, RLC,* n° 10, 1er janvier 2007, p. 133 ; « Sursis à exécution en cas de violation du contradictoire », note sous CA Paris, 23 janvier 2007, n° 2006/21198, *RLC,* n° 11, 1er avril 2007, n° 778.

NUSSENBAUM Maurice, « Le rôle de l'expert économique », *RJC*, 2002*,* p. 112 ; « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anti-concurrentielles », *LPA*, 20 janvier 2005, n° 14, p. 37 ; « La réparation du préjudice économique », *in Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, 2009, p. 342 ; « L'évaluation des préjudices économiques », *RDBF,* n° 3, mai 2013, étude 13 ; « Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice », *in Le juge et l'entreprise. Quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*, *LPA,* numéro spécial, 4 septembre 2017, n° 176, p. 8.

O

ODINET Guillaume, « Le Conseil d'État, juge des concentrations », *RLC,* n° 47, 1er février 2016, p. 21 ; « Un recours souple pour le droit souple », chron. sous CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numericable*, n° 390023, *AJDA*, 2016, p. 717

P

PALMIER Sébastien, « Le contentieux des créances étrangères à l'impôt et au domaine », *Gaz. Pal.,* 30 novembre 2000, n° 335, p. 2.

PAULIAT Hélène, « Quel statut constitutionnel pour les mises en demeure prononcées par des autorités administratives indépendantes ? », *RJEP,* n° 719, mai 2014, comm. 23.

PERDRIAU André, « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G,* n° 48, 27 nvembre 1991, doctr. 3538.

PERELMAN Chaïm, « Les notions à contenu variable en droit, essai d'une synthèse », *in* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, p. 365.

PERROT Roger, « Rapport général », *in Le rôle du juge en présence de problèmes économiques,* Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXII, 1975, p. 260 ; « Procédure orale : le rôle de l'écrit (à propos d'une exception d'incompétence) », *RTD civ.,* 1993, p. 192.

PERROUD Thomas, « L'exigence de pleine juridiction au sens de la CEDH et sa traduction en Europe, en France et au Royaume-Uni », *Concurrences,* n° 4-2014, art. n° 69376 ; « Faut-il créer un tribunal de la régulation ? », communication lors d'une conférence à l'Université Aix-Marseille, janvier 2016, consultable sur Hal-archives-ouvertes.fr ; « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation », note sous CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International,* n° 368082, 368083 et 368084 et CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numéricable,* n° 390023, *JCP G,* n° 22, 30 mai 2016, 623 ; « La Cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », *DA,* n° 5, mai 2017, étude 9 ; note sous Cons. const., 23

janvier 1987, n° 86-224 DC *in* T. PERROUD, J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative,* LGDJ, 2019, p. 398.

PETIT Jacques, « Police et sanction », *JCP A*, n° 11, 11 mars 2013, étude 2073.

PEZ Thomas, « L'ordre public économique », *Nouv. Cah. Cons. Constit*, n° 49, octobre 2015, p. 44.

PICOT Thomas, « Injonctions structurelles et position dominante : les « glissements progressifs » de l'abus », *LPA*, 16 novembre 2012, n° 230, p. 5.

PICOT Thomas, **BOMBARDIER** Julia, « Mode d'emploi du dispositif d'injonction et de transaction en matière de pratiques anticoncurrentielles locales et nouvelles règles du jeu », *RLC*, n° 36, 1er juillet 2013, p. 177.

PLESSIX Benoît, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA*, 2022, p. 206.

POCHARD Marcel, « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », *Cahiers de la fonction pubique.,* novembre 2001, p. 4.

POESY René, « Le Conseil de la concurrence, juge du contrat », *LPA,* 20 octobre 2000, n° 210, p. 4.

POISSONNIER Ghislain, « Office du juge en droit de la consommation : la Cour de cassation abandonne enfin la jurisprudence Grine », *LPA*, 8 avril 2009, n° 70, p. 6.

PONSOT Dominique, « L'appel devant le juge civil » (dossier *À quoi sert l'appel ?*), *AJDA,* 2019, p. 683.

POSNER Richard, « The Law and Economics of the Economic Expert witness », *Journal of Economic Perspectives,* vol. 13, n° 2, p. 91.

POTOCKI André, « Brèves observations sur la protection des secrets d'affaires dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.*, 13 février 1997, doctr. 1, p. 268.

PRADEL Jean, « Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence », *RSC*, 1988, p. 106.

PRIETO Catherine, « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets », *LPA*, 29 novembre 2007, n° 239, p. 8 ; « L'avis exprimé d'office, nouveau mode de régulation », *RDC*, 2011, p. 488 ; « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles,* IRJS, 2016, p. 9 ; « Numérique et abus de position dominante », *CDE,* n° 3, mai 2019, doss. 18 ; « Le principe de proportionnalité, défense du contractant tiers à une décision d'acceptation d'engagement », *RDC,* 2021, p. 106.

PROROK Johan, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 2018, p. 327.

Q

QUILICHINI Paule, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, p. 1060.

R

RAVARANI Georges, « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 355.

RAYNARD Jacques, « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III du Code de commerce », *JCP E*, n° 27-28, 5 juillet 2007, 1864.

REBUT Didier, « Séisme sur la procédure pénale », *JCP G,* n° 20, 19 mai 2014, doctr. 598.

RÉGIS Nicolas, « Le préjudice économique des entreprises », *BICC,* n° 781, 1er mai 2013, p. 12.

RÉGLADE Marc, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1925, p. 413.

RENAUDIN Noël, « La « facturologie », une science à la portée de tous », *Rev. conc. consom*., n° 81, septembre-octobre 1994, p. 33.

REVERCHON-BILLOT Morgane, « Transaction – Le régime de la transaction », *Rép. proc. civ.,* 2018 (actualisation décembre 2019), n° 75 et s.

REY Jean-Louis, « Les moyens d'ordre public en appel », *AJDA*, 2013, p. 118.

RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », *in* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, p. 39.

RICHER Laurent, « Le juge économiste », *AJDA,* 2000, p. 703.

RIFFAULT-SILK Jacqueline, « Droit des contrats et régulation économique », *RLC,* n° 3, 1er mai 2005, p. 132 ; « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », *RLC,* n° 6, 1er janvier 2006 p. 84 ; « Le regard du juge », *in Spécialisation des juridictions : regards croisés sur la réforme, RLC,* n° 10, 1er janvier 2007, p. 135 ; « Le rôle accru des juridictions judiciaires dans la régulation de la concurrence », *in* C. ARENS, M. CHAGNY, J.-C. FOURGOUX (dir.), *Le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1er décembre 1986 : rétrospectives et perspectives,* LGDJ, 2017, p. 235 ; « Procédures négociées, actions en réparation de dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles : conflit(s), ou synergie(s) ? », *in Laurence Idot. Liber Amicorum – Concurrence et Europe*, Concurrences, 2022, vol. 2, p. 111.

RIVERO Jean, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chron. p. 37 ; « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin,* Bruylant-Sirey, 1963, t. II, p. 828 ; « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *in Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline,* LGDJ, 1974, p. 701.

ROBERT Jacques-Henri, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. Constit.,* n° 26, août 2009.

RODA Jean-Christophe, « Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ? », *D.,* 2018, p. 1318 ; « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, p. 1504 ; « L'entente algorithmique », *JCP G,* n° 28, 15 juillet, 2019, doctr. 785.

RONZANO Alain, « Pratiques anticoncurrentielles locales : la DGCCRF sanctionne des pratiques relevées dans le secteur du déménagement dans l'AIN dont le caractère strictement local de l'une ne paraît pas évident (*ABD Demeco*) », *Concurrences,* n° 2-2014, art. n° 68260 ; « Communication des pièces : le gouvernement publie au JO le décret organisant le recours ouvert devant la Cour d'appel de Paris à l'encontre des décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refusant la protection du secret des affaires ou levant la protection précédemment accordée », *Concurrences,* n° 3-2017, art. n° 84820 ; « Infraction par objet : la Cour de cassation confirme presque intégralement l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire des produits d'hygiène et produits d'entretien (*L'Oréal*) », *Concurrences,* n° 2-2019, art. n° 90342 ; « Secret des affaires : la Cour de cassation impose au rapporteur général de l'Autorité de motiver concrètement la levée de la protection accordée au titre du secret des affaires », *Concurrences,* n° 2-2020, art. n° 93440 ; « Concurrent aussi efficace : La Cour de justice de l'Union européenne précise les critères à retenir pour qualifier l'« exploitation abusive » d'une position dominante caractérisée par des pratiques d'éviction mises en œuvre par un opérateur historique dans le contexte de la libéralisation d'un marché (*Servizio Elettrico Nazionale*), *Concurrences*, n° 2-2022, art. n° 106768.

ROUBIER Paul, « Théorie de la concurrence déloyale », *RTD civ.,* 1948, p. 543.

ROULHAC Cédric, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative – Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif », *RFDA*, 2018, p. 343.

ROUYÈRE Aude, « La place des tiers dans la répression administrative », *RSC,* 2019, n° 2, p. 301.

S

SAILLANT-MARAGHNI, « La redéfinition des contours de l'État administratif. La puissance publique », *Concurrences,* n° 1-2015, art. n° 71642.

SAINT-ESTEBEN Robert, « L'injonction structurelle : rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *Concurrences,* n° 2-2013, art. n° 51486 ; « Une repénalisation du droit de la concurrence ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du Code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Concurrences,* n° 2-2019, art. n° 90001.

SAUSSEREAU Mathilde, « La cause de la demande a-t-elle encore une place en contentieux administratif ? L'apport de la procédure civile à la réflexion », *RDP*, 2003, p. 636.

SÉE Arnaud, « Le droit souple des autorités de régulation », comm. sous CE, ass., 21 mars 2016 *Sté Fairvesta International,* n° 368082, 368083 et 368084 et CE, ass., 21 mars 2016 *SNC Numéricable,* n° 390023, *DA,* n° 5, 2016, comm. 34.

SEILLER Bertrand, « L'illégalité sans annulation », *AJDA,* 2003, p. 963 ; « Le juge unique », *AJDA,* 2012, p. 1205 ; « Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le « droit souple » », *Gaz. Pal.,* 14 juin 2016, n° 22, p. 31 ; « Assez d'*AC !* », *AJDA*, 2018, p. 937 ; « Renouvellement de l'office du juge de l'excès de pouvoir », *Gaz. Pal.*, 29 janvier 2019, n° 4, p. 27.

SÉLINSKY Véronique, « Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence… », *RLC*, n° 3, 1er mai 2005, p. 14 ; « La conquête des droits de la défense dans le cadre des poursuites pour pratiques anticoncurrentielles », *in Études à la mémoire de Fernand-Charles Jeantet,* LexisNexis, 2010, p. 443 ; « Procédures négociées et stratégies des entreprises », *Les dossiers de la RIDE*, 2011/4, p. 63 ; « L'impartialité des autorités de concurrence ou la gestion complexe d'un paradoxe », *in Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier,* LexisNexis-Dalloz, 2021, p. 603.

SERINET Yves-Marie, « Procès complexes », *in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004, p. 1090.

SIBONY Anne-Lise, « Analyse économique : La Cour de justice de l'Union européenne, en Grande Chambre, ouvre le prétoire à l'analyse économique jugeant que, en matière de rabais fidélisants aussi, il faut prendre au sérieux l'analyse des effets d'éviction (*Intel*) », *Concurrences,* n° 4-2017, art. n° 84985.

SILVA Isabelle (de), « Un mandat placé sous le signe de l'action et du numérique » (interview réalisée par N. Charbit et S. Schrameck), *Concurrences,* n° 1-2022, art. n° 104078.

SIRINELLI Jean, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.

SONTAG Katja, **YAMDJIE** Elie, « La distinction public-privé en droit économique », *in Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général. Hommage à Laurence Boy,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016, p. 79.

SPECTOR David, « Analyse économique et sécurité juridique : entre règles *per se* et règles de raison », *in* D. ENCAOUA, R. GUESNERIE (dir.), *Politiques de la concurrence. Rapport du Conseil d'analyse économique,* La Documentation française, 2006, p. 237 ; « L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, #11/2011, p. 237.

SPINOSI Patrice, « La loi sur le secret des affaires, à la recherche de l'équilibre impossible », *JCP G,* n° 29, 16 juillet 2018, doctr. 845.

STAHL Jacques-Henri, « Le contrôle des décisions administratives à finalité concurrentielle : l'exemple des concentrations », *in Le juge administratif et le droit de la concurrence,* Ateliers de la concurrence du 29 mars 2000.

STAHL Jacques-Henri, **COURRÈGES** Anne, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA,* 2004, p. 438.

STIRN Bernard, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *AJDA,* 1990, p. 591 ; « Le filtrage des recours devant la juridiction administrative », *in La création du droit*

jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, 2008, p. 440 ; « Le juge administratif et l'entreprise : quelle actualité ? », Entretien avec C. Jamin, B. Stirn, E. Piwinica, D. de Béchillon, *CDE,* n° 5, septembre 2012, entretien 5.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « Le préjudice économique : propos introductifs », *Journal des sociétés,* n° 44, 2007, p. 22.

STRICKLER Yves, « Regard d'un privatiste sur le référé administratif », *RFDA,* 2007, p. 86 ; « De la forme des référés à la procédure accélérée au fond », *JCP G*, n° 38, 16 septembre 2019, doctr. 928.

SUDRE Frédérique, « Plénitude de juridiction du juge de l'excès de pouvoir en "matière civile" », *JCP G,* n° 48, 23 novembre 2009, 488.

T

TASSO-DE PANAFIEU Charlotte, « La protection de la divulgation des documents relatifs aux procédures de clémence : de nouvelles limites à l'accès au dossier pour les entreprises ? », *RLDA,* n° 74, 1er septembre 2012, p. 45.

TEITGEN-COLLY Catherine, « Les instance de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 228.

TERNEYRE Philippe, « La compétence du juge administratif », *in Le juge administratif dans le contentieux économique, AJDA,* 2000, p. 697.

THÉOPHILE Didier, **MÈLE** Patrick, « Quelques observations sur le contrôle juridictionnel des concentrations par le Conseil d'État à l'aune du droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 14 février 2009, n° 14, p. 8.

THÉOPHILE Didier, **PARMENTIER** Hugues, « L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droit français et communautaire », *Concurrences,* n° 1-2006, art. n° 463.

THÉRON Julien, « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.,* 2014, p. 231 ; « Le recul du juge : déjudiciarisation ou déjuridictionnalisation ? », *JCP G*, suppl. au n° 14, 8 avril 2019, p. 44.

THÉRY Philippe, « Contentieux de la concurrence et procédure civile », *RTD civ*., 2011, p. 383 ; « Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir…», obs. sous Com., 21 février 2012, n° 11-13276, *RTD civ*., 2012, p. 566 ; « La sanction d'un appel mal dirigé, liste de souhaits pour le Père Noël », *RTD civ.,* 2015, p. 931 ; « Variations procédurales autour de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *RTD civ.,* 2016, p. 921 ; « À propos du défaut de pouvoir juridictionnel : observations sur l'usage abusif d'une notion dévoyée », *RTD civ.,* 2017, p. 722 ; « Quelques observations sur la compétence des juridictions spécialisées dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence », *in Mélanges en l'honneur du professeur Claude Lucas De Leyssac,* LexisNexis, 2018, p. 481.

THIBIERGE Catherine, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *in L'Égalité, APD*, t. 51, 2008, p. 341.

THILL-TAYARA Mélanie, **BARY** Laurence, « Évolution du contrôle de la Cour d'appel de Paris sur les décisions de l'Autorité de la concurrence : passé, présent, futur », *Concurrences*, n° 4-2019, art. n° 91855.

TIMSIT Gérard, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », *RFAP,* 1996, p. 375 ; « Normativité et régulation », *Cah Cons. constit.*, n° 21 (Dossier : La normativité), janvier 2007.

TINIÈRE Romain, « La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif *», RFDA*, 2009, p. 729.

TISSIER Albert-Anatole, « Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme », *RTD civ*., 1906, p. 625.

TOULOUSE Grégoire, « Critères de validité et opposabilité d'une transaction à la suite de la rupture brutale d'une relation commerciale établie », *LEDICO*, avril 2017, n° 110f8, p. 2.

TRAULLÉ Julie, « La réparation du préjudice économique « pur » en question », *RTD civ.,* 2018, p. 285.

TROPER Michel, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *in Le nouveau constitutionnalisme ; mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, p. 65.

TROPER Michel, **PFERSMANN** Otto, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », *in* S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

TRUCHET Didier, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau,* Dalloz, 2002, p. 539 ; « Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel », *RDA*, n° 18, mai 2019, p. 46.

V

VALETTE-ERCOLE Vanessa, « Vademecum de la loi n° 2014-344 du 16 mars 2014 : entre dépénalisation et pénalisation », *Droit pénal*, 2014, n° 6, étude 13.

VAN COMPERNOLLE Jacques, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », *in Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 471 ; « Le double degré de juridiction et les exigences du procès équitable », *in* J. VAN COMPERNOLLE, A. SALETTI (dir.), *Le double degré de juridiction,* Bruylant, éd. Bruxelles, 2010, p. 4.

VANDERMEEREN Roland, « Les espoirs et interrogations du juge », *in* G. GARDAVAUD, H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI*ème *siècle,* Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 242 ; « Du nouveau sur le contentieux des autorités de régulation : le Conseil d'État ouvre le recours pour excès de pouvoir contre les actes de « droit souple » », *RJDA*, 6/16, 2016, p. 419.

VAN LANG Agathe, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », *in Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume,* Dallozn 2007, p. 1053

VAUTROT-SCHWARZ Charles, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Dalloz, 2015, p. 639.

VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP,* 1950, 851 ; « Le droit économique existe-t-il ? », *in Mélanges offerts à Pierre Vigreux,* IAE de Toulouse, 1981, t. II, p. 767 ; « La loi des 17-24 août 1790 : texte ? prétexte ? contexte ? », *RFDA,* 1990, p. 698 ; « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991.

VELLEY Serge, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP,* 1989, p. 767.

VENEZIA Jean-Claude, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », *in Problèmes de Droit Public contemporain. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 147.

VILMART Christine, « LME : la réforme en voie d'achèvement - Parution des premiers décrets la veille de l'annulation par le Conseil constitutionnel de certains articles de la loi ratifiant l'ordonnance du 13 novembre 2008 », *JCP E*, n° 8-9, 19 février 2009, act. 90.

VIZIOZ Henry, « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », *in Études de procédure*, préf. S. Guinchard, Dalloz, rééd. 2011, p. 53.

VOGEL Louis, Obs. sous CA Paris, 20 décembre 1990, *BOCCRF,* n° 26, 29 décembre 1990, *CCC,* 1991, n° 60 ; « L'économie : serviteur ou maître du droit ? », *in Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq,* Litec, 2004, p. 605 ; « Concurrence : plaidoyer pour une vraie réforme », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié,* LexisNexis, 2019, p. 1209.

W

WAELBROECK Denis, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? », *GCLC Working Paper*, 01/08.

WALINE Jean, « La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des Danaïdes ? » *in Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992, p. 347.

WALINE Marcel, « A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP*, 1961, p. 8.

WARUSFEL Bertrand, « Le droit économique et ses juges », *Rue Saint-Guillaume,* n° 152, octobre 2008, p. 24.

WIEDERKEHR Georges, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, p. 449 ; « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », *in* D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER, C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits,* Bruylant, 2003, p. 159.

WISE Michael, « Droit et politique de la concurrence en France », *Revue sur le droit de la politique et de la concurrence,* vol. 7, n° 1, 2005, p. 7.

WOEHRLING Jean-Marie, « La redécouverte du plein contentieux », *in* G. GARVADAUD, H. OBERDORFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI*ème *siècle,* Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 255 ; « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *RA,* n° spéc. 7, 1999, p. 75.

Z

ZARCA Alexis, « Questions sur l'annulation des transactions », *AJDA,* 2013, p. 506.

ZENATI-CASTAING Frédéric, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.,* 2016, p. 511.

ZIVY Fabien, **LUC** Irène, « L'équité procédurale devant l'Autorité de la concurrence », *Concurrences,* n° 4-2010, art. n° 32746.

V. Conclusions citées

COSTER Suzanne (von), concl. sur CE, ass., 21 mars 2016 *Fairvesta International GMBH et a.*, n° 368082, *RFDA*, 2016, p. 497.

DAUMAS Vincent,

- « Le contrôle de la concentration dans le domaine de l'audiovisuel », concl. sur CE, ass., 21 décembre 2012 *Société Groupe Canal plus* n° 363347, 363542 et 363703, *RFDA,* 2013, p. 70 ;

- concl. sur CE, 9 avril 2014 *M. Thierry Cornac et Association des centres distributeurs Leclerc*, n° 365599 (consultables sur le site du Conseil d'État) ;

- concl. sur CE, ass. 21 mars 2016 *Société NC Numericable,* n° 390023, *RFDA*, 2016, p. 506.

DEVYS Christophe, « La modulation dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », concl. sur CE, ass., 11 mai 2004 *Association AC !, RFDA*, 2004, p. 454.

GLASER Emmanuel,

- « L'application à une opération de concentration de la théorie de l'entreprise défaillante », concl. sur CE, sect., 6 février 2004, *Sté Royal Philips Electronics et a.*, n° 249267, *RFDA*, 2004, p. 286 ;

- « La concentration dans la presse : droit commun et droit spécial », concl. sur CE, sect., 31 janvier 2007 *Société France Antilles,* n° 294896, *RFDA,* 2007, p. 328 ;

- concl. sur CE, 31 juillet 2009 *Société Fiducial audit et Fiducial expertise,* n° 305903, *RJEP*, n° 670, déc. 2009, comm. 51.

GUYOMAR Mattias,

- « Les sanctions infligées par une autorité administrative Commission nationale des experts en automobiles », concl. sur CE, sect., 22 juin 2007 *M. Patrick Arfi*, n° 272650, *RFDA*, 2007, p. 1199 ;

- « Dans quelle mesure le Conseil constitutionnel peut-il connaître d'un marché public ? », concl. sur TC, 4 mai 2009 *Éditions Jean-Paul Gisserot,* n° C3714, *LPA*, 2009, n° 120, p. 12.

HAÏM Victor, « Pratiques anticoncurrentielles et dol », concl sur CAA Paris, 22 avril 2004, *Sociétés Bouygues, Campenon-Bernard et autres*, n° 99PA01016, *AJDA*, 2004, p. 1417.

LAMY Francis, « Sur la notion de sanction administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », concl. sur CE, 22 juin 2001 *Société Athis,* n° 193392, *RFDA,* 2002, p. 509.

LEGRAS Claire, « Sanctions administratives : rétroactivité *in mitius* et plein contentieux », concl. sur CE, ass., 16 février 2009 *ATOM*, n° 274000, *RFD*A, 2009, p. 259.

LENICA Frédéric, concl. sur CE, 27 avril 2009 *Bouygues Télécom*, n° 312741, *RJEP*, n° 666, juillet 2009, comm. 34.

MENGOZZI Paolo, concl. sur CJUE, 7 décembre 2010 *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood en Banketbakkers, Ijsberdeiders en Chocoladebewerkers (VEBIC),* aff. C-439/08 (disponibles sur le site de la Cour).

ODINET Guillaume, concl. sous CE, 28 février 2020 *M. Stassen*, n° 433886 (disponibles sur le site du Conseil d'État).

SABAN Alain, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers », concl. sur CE, ass., 3 décembre 1999 *Didier*, n° 207434, *RFDA,* 2000, p. 584.

SAINT-PULGENT Maryvonne (de), « Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs nature et régime juridiques », concl. sur CE, ass., 1er mars 1991 *M. Le Cun* (n° 112820) et *Société des bourses* françaises (n° 118382), *RFDA*, 1991, p. 612.

SILVA Isabelle (de),

- « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », concl. sur CE, sect., 6 février 2004 *Mme Hallal,* n° 240560, *RFDA*, 2004, p. 740 ;

- concl. sur CE, sect., 23 novembre 2001 *Compagnie Nationale Air France*, n° 195550, *CJEG,* 2002, p. 230.

STAHL Jacques-Henri, « Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif », concl. sur CE, sect., 26 mars 1999 *Sociétté Eda*, n° 202260, *AJDA,* 1999, p. 427.

VI. Rapports et études

AFEC, *Observations de l'AFEC sur les évolutions souhaitables en matière de pratiques restrictives de concurrence visées au titre IV du livre IV du Code de commerce*, septembre 2017.

AGOSTINI Frédérique, **MOLFESSIS** Nicolas (réf.), *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile,* Rapport n° 3, ministère de la Justice, 2018.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de la concurrence et les enjeux numérique*, 19 février 2020 (consultable sur le site de l'Autorité de la concurrence).

BÉCHILLON Denys (de), *Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil Constitutionnel*, Le Club des juristes, janvier 2017.

CAHUC Pierre, **CARCILLO** Stéphane, *Les Juges et l'économie : une défiance française*, étude de l'Institut Montaigne, 2012.

CANIVET Guy, *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce. Rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, La Documentation française, octobre 2004.

CANIVET Guy, **JENNY** Frédéric (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Le club des juristes, 2018.

CNUCED, *Recours à l'analyse économique dans les affaires de concurrence. Étude du secrétariat de la CNUCED*, 2009 (consultable sur https://unctad.org).

CONSEIL D'ÉTAT,

- *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions : étude adoptée par l'Assemblée Générale du Conseil d'État le 8 décembre 1994*, La Documentation française, 1995 ;

- *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes,* La Documentation française, 2001 ;

- *Le juge administratif et les sanctions administratives,* Dossier thématique du Conseil d'État, 9 janvier 2017 (consultable sur le site du Conseil d'État) ;

- *Étude annuelle 2013. Le droit souple*, La Documentation française, 2013.

COULON Jean-Marie (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires. Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, La Documentation française, janvier 2008.

COUR DE CASSATION, *L'attractivité de la responsabilité civile : approches comparatives dans les relations économiques,* Rapport du groupe de travail installé par Madame la première présidente de la Cour de cassation, juin 2022.

DEFFAINS Bruno, **ORMESSON** Olivier (d'), **PERROUD** Thomas, *Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen,* Fondation Robert Schuman, janvier 2020.

DELMAS-GOYON Pierre (dir.), *Le juge du 21e siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice,* Rapport à Madame le garde des sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, décembre 2013.

DOBKINE Michel, **LOTTE** Marie-José, **JACTEL** Bruno (dir.), *Propositions pour améliorer la formation des magistrats en matière économique et financière,* Rapport d'étude remis au ministère de la Justice, La Documentation française, 1er avril 1995.

ENCAOUA David, **GUESNERIE** Roger (dir.), *Politiques de la concurrence. Rapport du Conseil d'analyse économique,* La Documentation française, 2006.

FOLZ Jean-Marin, **RAYSSEGUIER** Christian, **SCHAUB** Alexander, **CHANTREL** Étienne, **NAVACELLE** Charles (de), *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles,* Rapport commandé par Madame le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, 2014 (consultable sur le site *www.vie-publique.fr*).

GARAPON Antoine, **PEDRIOLLE** Sylvie, **BERNABÉ** Boris, **KADRI** Charles, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIe siècle,* Rapport de l'IHEJ à Madame le garde des Sceaux, mai 2013.

GUINCHARD Serge (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport remis à Mme la garde des Sceaux*, La Documentation française, juin 2008.

UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS, *Observations de l'USM auprès de la mission d'inspection aux fins d'évaluation du dispositif des assistants spécialisés,* 3 octobre 2013 (consultable sur le site de l'USM).

MARCHADIER Fabien (dir.), *Le rôle normatif de la Cour de cassation,* Étude annuelle de la Cour de cassation, 2018.

MÉZARD Jacques (dir.), *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport de la Commission d'enquête du Sénat sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, remis à Monsieur le Président du Sénat le 28 octobre 2015 et publié au JO le 29 octobre 2015.

WAELBROECK Denis, **SLATER** Donald, **EVEN-SHOSHAN** Gil (dir.), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules* (dit « rapport Ashurst »), 31 août 2004 (disponible sur le site de la Commission).

VII. Colloques et ateliers

CADIET Loïc, **PERROUD** Thomas (dir.), *Le juge judiciaire, juge des autorités de régulation,* Cycle de séminaires organisé par l'IRJS, six séances tenues entre 2018 et 2020.

CHAGNY Murielle (dir.), *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir*, Paris, 13 mai 2014, *Concurrences*, n° 3-2014.

CHAINAIS Cécile, **LAGARDE** Xavier (dir.), *Réformer la justice civile : Séminaire de droit processuel, actes du colloque du 6 février 2018*, *JCP G*, suppl. au n° 13, 26 mars 2018 *; L'avenir*

du procès civil : 2e séminaire de droit processuel du 21 février 2019, JCP G, suppl. au n° 14, 8 avril 2019.

CHONÉ-GRIMALDI Anne-Sophie (dir.), *La réécriture du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, Nanterre, 4 avril 2019, *Concurrences*, n° 3-2019.

CLAUDEL Emmanuelle (dir.), *La concurrence dans tous ses états,* Colloque de l'association Droit & Commerce, *Gaz. Pal.,* hors-série n° 2, 15 septembre 2021.

DAHAN Thierry, **MICHEL-AMSELLEM** Valérie, **NINANE** Florence, **DE MUIZON** Gildas, *Qu'est-ce que le dommage à l'économie ?*, Petit-déjeuner Droit & Économie organisé par la Revue Concurrences en partenariat avec Allen & Overy et Microeconomix le 29 juin 2016, *Concurrences,* Hors-série 2016-2017.

DEWOST Jean-Louis, **LASSERRE** Bruno, **SAINT-ESTEBEN** Robert, *L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ?*, actes de la conférence tenue le 20 octobre 2011 au Conseil constitutionnel intitulée *Entreprise, droits fondamentaux et droit de la concurrence*, *Nouv. Cah. Cons. Constit.*, n° 35, avril 2012, p. 187-219.

GODIVEAU Grégory (dir.), *Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence*, Caen, 3 octobre 2014, *Concurrences*, n° 1-2015.

PRIETO Catherine (dir.), *L'intégration de considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence*, actes de la conférence du 26 novembre 2020, *Concurrences,* n° 2-2021, art. n° 99790.

VIII. Articles de presse

BAZEX Michel, **BLAZY** Sophie, « L'arrêt SEB-Moulinex, triomphe de la régulation », *Les Échos,* 19 février 2004.

BONAZZA Patrick, **DE LÉOTARD** Marie-Laure, « M. Bérégovoy saisi par la concurrence », *L'Express*, 31 mai au 6 juin 1985.

CANIVET Guy, « La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique « pertinente » », *Les échos,* 1er mars 2004.

DELORT Jean-Jacques, « La vraie vie de la jungle, c'est le droit », *Le Monde,* 20 novembre 1985.

HAFTEL Bernard, **MAYER** Lucie, « Non à la transformation de la Cour de cassation en « Cour suprême » », *Les Échos,* 19 juillet 2018.

NICOLAŸ Pierre, « La réforme du Conseil d'État va accélérer la justice administrative nous déclare M. Pierre Nicolaÿ, vice-président de la haute juridiction », *Le Monde*, 2 avril 1985.

ROBERT Jacques, « Sauver le Conseil d'État », *Le monde*, 20 novembre 1985.

IX. Discours et interventions

ANDRIEU Thomas, « Loi du 23 mars 2019 : une réforme majeure de la procédure civile », 2 mai 2019, interview disponible sur le site du ministère de la Justice.

SAUVÉ Jean-Marc, « Justice administrative et autorités de régulation », intervention au colloque EFB-Dalloz du 9 avril 2008, consultable sur le site du Conseil d'État ; « Quel contrôle pour les concentrations d'entreprise ? », Discours d'ouverture des entretiens du Palais-Royal, *RLC*, n° 2009/18, p. 129 ; « L'avenir du modèle français de droit public en Europe », propos introductifs au colloque *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, organisé le 11 mars 2011, consultable sur le site du Conseil d'État ; « Le « nouveau procès » administratif », Intervention lors des Troisièmes États Généraux du droit administratif : *Le juge et les questions de société,* 27 septembre 2013, consultable sur le site du Conseil d'État « La régulation » intervention lors des *Entretiens du contentieux*, 20 novembre 2017, consultable sur le site du Conseil d'État.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Action de groupe : 209

Amende administrative

- Appartenance à la matière pénale : 605
- DGCCRF (Titre IV Livre IV C. com.) : 179, **184 et s.**

Amende civile : 236 et s.

***Amicus curiae* :** 294, 331, 682, **761 et s.**

Analyse économique : 386, 632, **649 et s., 728 et s.,** 769

Annulation

- effets : 392, 394, **715**
- pouvoir du juge : 338, 339, **389 et s.**, 424, 434, 569, 571, **716 et s.**

Appel

- droit à (l') : **591 et s.**
- droit prospectif : 699 et s.
- généralités : **505 et s.**

Assistants spécialisés (du juge) : 772 et s.

Autorité de chose décidée : 208, 545

Autorité de chose jugée : 36

Autorité de la concurrence

- actes de *soft law* : v. *Soft law*
- contrôle des concentrations : v. Contrôle des concentrations
- procédure de clémence : 319, 323, 496, 582 et s., 710, 712
- procédure / décision d'engagements : **265 et s.**, 282, 319, 323, 363, 545, 665, **709**
- procédure de transaction : v. Transaction
- pouvoirs de sanction : 29, 82, 135, 400 et s.
- qualité de partie : **286 et s.,** 576, 668
- autosaisine : 29, 298, 382, 400

B

Bonne administration de la justice : 110, 116, 575, 858

C

Calendrier de procédure : 687, 688, 843

Cassation

- chambre mixte (droit prospectif) : **799**
- droit au pourvoi : **601 et s.**
- filtrage des pourvois (droit positif) : 611
- filtrage des pourvois (droit prospectif) : 861 et s.
- office du juge (droit prospectif) : 855 et s.
- sélection des pourvois : 861 et s.

Clémence civile : 652

Competition Appeal Tribunal : 775, 816

Concurrence déloyale : 30

Contrôle des concentrations

- engagements : 135, 366, 393 et s., **709**, 718
- recours : 126, 135
- régime de contrôle : **357 et s., 399 et s.**

Cour d'appel de Paris : 125, 273, **277 et s., 324 et s.**

Cour de la concurrence

- composition : 751 et s., 788 et s.
- organisation : 805 et s.
- pouvoirs : 690 et s.
- procédure : 828 et s.

Cristallisation

- de l'instance : 458
- du litige : 847

D

Décision Conseil de la concurrence (CC, 23 janvier 1987) : 19**, 102 et s**., 222, 789

Dépénalisation : 12, 13, **178 et s.,** 194, 230, 636

DGCCRF : 83, 127, 183 et s.

Dommages et intérêts punitifs : 237, 653

Droit de la concurrence

- composition : 26 et s.
- unité fonctionnelle : 27

Droit mou : v. *Soft law*

Dualisme juridictionnel

- dépassement (droit prespectif) : v. Paritarisme
- et droit de la concurrence : 20, 21, 92 et s., **779 et s.**,
- histoire : 18
- rapport avec dualisme juridique : 19, 779, 782, 783
- tentative d'unification (droit positif) : 22, 88 et s., 112 et s.

Dualisme juridique

- et hybridité du droit de la concurrence : 20, **779 et s.**
- présentation : 19

E

Échevinage : 766 et s.

Économique numérique : 630, 741, 774

Économisation : 730 et s., 752

Économiste-juge : 774 et s.

Édit de Saint-Germain-en-Laye : 7

Effet dévolutif : 340, 343, **513 et s.,** 701

Égalité des armes : 287, 331, 765, 857

État de droit : 626 et s.

Expertise : 330, 331, 473, 540, **755 et s.**

G

GAFAM : v. Économie numérique

Gouvernement des juges : 425, 627

I

Immutabilité du litige : 523 et s., 677, 678

Impartialité : 190, 305, 331, 385, 464, 540, 765

Indépendance : 81, 190, 192, 305, 570

Injonctions

- Autorité de la concurrence : 28, 81, 135, 266, 268, 270, 363 et s., 402
- DGCCRF : 31, 127, 151 et s., 186 et s., 248 et s.
- pouvoir du juge : **390 et s.**, 435, 440

Interventionnisme

- contestation : 77 et s.
- principe : 8 et s., 66
- survivance : 10, 83, 145

J

Juge administrateur : 348, 391, 425, 547

Juge régulateur : 425, 435, 547, 703

Juge de la mise en état : v. Mise en état

L

Libéralisation de l'économie : 9, 62 et s., 95, 145

Loi des 16-24 août 1790 (spéc. art. 13) : 14, 18, 100 et s.

Loyauté : v. Preuve

M

Marché pertinent : 734, 735, 740

Matière pénale : 162, 190, 238, 316, 406, 452, 464, 605

Micro-PAC : 142 et s., 153 et s.

Ministère public : 241, 293, 304, 520, 522, 542

Ministère de l'Économie

- pouvoirs : 144 et s., 184 et s., 232, 241 et s., 248
- recours (contre décisions du) : 153 et s., 195 et s., **443 et s.**

Mise en état : 301, 458, **686 et s.,** 768, 811, **834 et s.**

Mutabilité contrôlée : v. Immutabilité du litige

N

Néolibéralisme : 78, 79, 87

O

Opportunité des poursuites : 282, 643, 714

Oralité : 473, **681 et s.,** 838, 849 et s.

Ordolibéralisme : 15

Ordonnance du 1er décembre 1986

- contenu : 72 et s., 131
- contexte d'adoption : 62 et s., 97 et s.

P

Partie en cause (qualité de) : 283, 663, 664

Paritarisme : 785 et s.

Parquet : v. Ministère public

Passing-on defense : 737

Personnalité contentieuse : 668 et s.

Pourvoi en cassation : v. Cassation

Pouvoir d'évocation

- du juge : **513,** 702
- du ministre de l'Économie (contrôle des concentrations) : **364,** 387

Pouvoir discrétionnaire : 320, 382, **625 et s.,** 716

Pratiques anticoncurrentielles

- micro-pratiques anticoncurrentielles : v. Micro-PAC
- compétence de la Cour d'appel de Paris : 121 et s., 133,
- compétence des juridictions administratives : 129 et s., 133,
- recours : 277 et s.

Pratiques restrictives de concurrence :

- recours : 252, 253
- regime : 229 et s.

Préjudice

- évaluation : 208, 539 et s., 730, 736, 737, 749, 774
- présomption : 208, 545

Présomption d'innocence : 156, 584

Preuve

- charge et moyens : 180, 206, 208, **301 et s.,** 331, 529, 539, 678, 746
- droit (à la) : 302, 652, 679
- liberté (de la) : **458,** 755
- loyauté (de la) : **302**, **458**, 680

Principe(s)

- de coopération : 296, 302, 458, 674, 675
- de légalité : **565 et s.**
- d'initiative : **298**, 457
- dispositif : **298 et s.,** 379, 457, 667, 743
- du contradictoire : 189, 303, 674, 679, 842, 852

Procédure inquisitoire/procédure accusatoire : 301, 379, 457, **674 et s., 686**

Proportionnalité

- des engagements : 386, 393, 407
- des sanctions : 406, 414, 423, 634, 738

Private enforcement

- conception moniste faute civile et faute concurrentielle : 208
- régime : 32, 201 et s.
- recours : **211 et s.**

Privilège du préalable : 325, 468

Punition : 50, 190, 238, 579, 596

R

Raisonnement économique : v. Analyse économique

Rapporteur public :

- droit positif : 377, 410, 453, 522
- droit prospectif : 671, 770, 821, 851

Recours administratifs : 36, 37, **192 et s.**

Référé

- généralités : 219, 327, 469 et s., 696
- référé probatoire : 693, 696
- référé secret des affaires : 475, 477
- référé suspension : 471

Réformation : 340 et s., 424, 479, **705 et s.**

Représentation à l'instance :

- de l'intérêt général : 304 et s., 373, 374, **667 et s.**
- des parties : 492, 529, 674, 688

S

Saisine d'office : v. Autorité de la concurrence – autosaisine

Secret des affaires : 208, 328, **332 et s., 369 et s., 475 et s.,** 679, 695

***Soft law* (actes de)**

- notion : 41, 426
- recours juridictionnel : 136, **427 et s.**

Spécialisation des juridictions

- droit positif : **213 et s.,** 244 et s.
- droit prospectif : 751 et s.

***Summa divisio* :** v. Dualisme juridique

Surcoût : 737

Sursis à exécution

- d'une décision administrative : 111, 112, **325 et s**. (décisions Autorité de la concurrence), **468 et s**. (décisions ministre de l'Économie), 579, 694 (droit prospectif)
- d'un jugement : **511**, 694

Sursis à statuer : 544, 636

T

Test du monopoleur hypotéhtique : 734, 735

Transaction

- administrative : **168 et s.,** 487 et s.
- Autorité de la concurrence : 319, 582, 711
- civile :**167 et s.**, 484 et s.
- DGCCRF : **151 et s.**
- pénale : 43, 163

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements ..... **I**

Résumé ..... **III**

Table des abréviations ..... **VII**

Sommaire ..... **XI**

Introduction **1**

§ I – Le droit de la concurrence a besoin du juge 2

A. L'hégémonie historique de l'administration 2

1. Influence du colbertisme 2

2. Maintien d'une tendance à l'interventionnisme 5

B. Une lente mais inéluctable réhabilitation du juge 8

1. Le juge, acteur de la mise en œuvre du droit de la concurrence (« 1er ressort ») 9

2. Le juge, organe de contrôle des autorités de concurrence (« 2nd ressort ») 12

§ II – Le contentieux national de la concurrence peine à trouver ses juges 14

A. Dualisme juridictionnel et hybridité du contentieux de la concurrence 15

1. La dualité comme structure de l'organisation des juridictions nationales 15

2. Hybridité du droit de la concurrence et classification contentieuse délicate 17

B. De l'espoir d'unité à un éclatement consommé 19

§ III – Champ et objet de l'étude 21

A. Le droit de la concurrence régi par le livre IV du Code de commerce 21

1. Un objectif fondamental : protéger la libre concurrence 22

2. Un outil privilégié : le rôle actif d'autorités administratives spécialisées 24

B. Les recours en droit de la concurrence : contentieux national 30

1. Les recours comme objet d'étude : généralités 30

2. L'objet des recours : les actes et décisions d'autorités françaises 33

3. Les destinataires des recours : des juridictions françaises non répressives 35

§ IV – Intérêts et démarche de l'étude 40

A. Intérêts de l'étude 40

1. Une étude transversale en contentieux interne de la concurrence 41

2. Une réflexion globale en droit processuel et des institutions 42

B. Démarche de recherche 44

PARTIE I : UN DROIT POSITIF DÉSORGANISÉ 47

Titre I : La désignation désordonnée du juge de recours 49

Chapitre 1 : Dans les champs traditionnels du droit de la concurrence 50

Section 1 : La réforme du droit de la concurrence : enjeux substantiels et débats institutionnels 50

§ I – Un contexte politique favorable à une réforme du droit de la concurrence 51

A. Contexte politique de préparation de la réforme 52

1. Le contexte politico-économique 52

2. Le contexte politico-social 55

B. Évolutions d'ordre substantiel résultant de la réforme 57

§ II – Un contexte institutionnel propice à la cristallisation des débats sur la question du recours ... 60

A. Recherche d'une organisation institutionnelle consensuelle 60

1. Le néolibéralisme et l'hostilité affichée à l'interventionnisme étatique 61

2. Les institutions de contrôle de la concurrence : l'ambivalence comme compromis 62

B. Le recours juridictionnel au cœur de débats sur les nouveaux rapports de pouvoirs 65

1. L'hostilité grandissante à l'égard d'un Conseil d'État déjà affaibli 65

2. Les enjeux de pouvoirs derrière la place réservée au Conseil d'État 67

Section 2 : La focalisation sur la désignation du juge de recours 69

§ I – La politisation du choix du juge de recours 69

A. Offensive des groupes d'influence privés hostiles au Conseil d'État 70

1. Les tentatives d'influence au stade de l'élaboration de la réforme 70

2. Une influence décisive : le juge administratif écarté dans l'avant-projet 73

B. Résistance du Conseil d'État 74

1. L'exercice de la fonction consultative en défense de la fonction contentieuse 75

2. Les relais de la doctrine publiciste au sein du Conseil constitutionnel 80

a. La porte étroite du Professeur Delvolvé 80

b. Le rapport au Conseil constitutionnel du doyen Vedel 82

§ II – La focalisation sur le choix du juge et l'échec de l'entreprise d'unification 86

A. Fondements et objectifs affichés 86

1. Les fondements labiles de la compétence du juge judiciaire 87

2. L'inadéquation de la méthode à l'objectif d'unification du contentieux 89

B. Solutions adoptées 90

1. Les solutions initiales : un espoir d'unification voué à l'échec 91

a. Les matières transférées à la Cour d'appel de Paris 91

b. Les matières non transférées relevant des juridictions administratives 94

2. Évolutions vers le droit positif : l'échec consommé du projet d'unification 96

a. La reconquête de territoires perdus 97

b. La préservation de territoires conquis 106

c. La conquête de territoires nouveaux 107

Conclusion du Chapitre 1 110

Chapitre 2 : Dans les champs nouveaux du droit de la concurrence 111
Section 1 : Les sanctions administratives prononcées en droit de la concurrence 112
§ I – Les micro-PAC 112
A. Champ d'intervention et pouvoirs du pôle gouvernemental 113
1. Le champ d'intervention du ministre de l'Économie 113
a. La remise en cause des équilibres institutionnels décidés en 1986 113
b. Le cadre initial de la compétence du pôle gouvernemental 116
c. L'extension récente du champ de compétence du pôle gouvernemental 118
2. Les pouvoirs de ministre de l'Économie 119
B. Les recours 121
1. Absence lacunaire de recours spécifique 121
a. L'absence de recours spécifique 121
b. Les hypothèses de « renvoi » à l'Autorité de la concurrence 122
c. La procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence saisie « sur renvoi » 123
2. Retour inapproprié aux recours de droit commun 124
a. Analogie impossible avec les voies alternatives de la procédure pénale 127
b. Qualification de transaction et incertitudes quant à la compétence juridictionnelle 130
i. Exclusion, à première analyse, de la qualification de transaction civile 131
ii. Incertitude issue de l'analyse menée en vue de l'identification du juge compétent .. 132
c. Qualification de décision administrative et inopportune compétence administrative 135
§ II – Les manquements aux règles du titre IV donnant lieu à sanction administrative 136
A. Les sanctions prononcées par le pouvoir exécutif 137
1. La dépénalisation du titre IV du livre IV du Code de commerce 137
a. Le processus continu de dépénalisation 137
b. Objectifs et appréciations du mouvement de dépénalisation 140
2. Les pouvoirs répressifs attribués à la DGCCRF 141
a. Le champ de compétence de la DGCCRF prévu par le titre IV 142
b. Les pouvoirs de la DGCCRF : injonction, astreintes et amende administrative 142
c. Craintes relatives au cadre procédural d'exercice de ses pouvoirs par la DGCCRF 145
B. Les recours 148
1. L'organisation d'un recours administratif hiérarchique par la loi 148
2. Le transfert incident du recours juridictionnel au juge administratif 150
Section 2 : Les sanctions civiles prononcées en droit de la concurrence 152
§ I – Le contentieux du *private enforcement* 153
A. La physionomie du *private enforcement* en France 153
1. Le constat de l'insuffisance du droit commun 153
2. La consécration d'un droit spécial sous impulsion européenne 156
a. Le texte européen : la « directive dommages » 156
b. La transposition française 157
B. L'éclatement du *private enforcement* par le dualisme juridictionnel 161

1. Le choix de la spécialisation au sein des juridictions judiciaires 161
a. Objectifs et principes 162
b. Incertitudes et contestations 164
2. La compétence parallèle des juridictions administratives 169
a. Champ de la compétence administrative 169
i. L'application des principes traditionnels de répartition des compétences 169
ii. La conquête de territoires nouveaux par le juge administratif 172
b. Effets de la compétence administrative 177
§ II – Les manquements aux règles du titre IV donnant lieu à amende civile 178
A. La sanction des pratiques restrictives 180
1. Instauration initiale d'un arsenal de sanctions civiles 181
a. Sanctions prévues 181
i. L'amende civile 181
ii. Les sanctions civiles classiques 185
b. Mise en mouvement et prononcé 185
i. Actions publiques et actions privées 185
ii. Spécialisation fragile de juridictions judiciaires 190
iii. Amorce prétorienne d'une remise en cause de la spécialisation 194
2. Octroi récent d'un pouvoir de sanction au ministère de l'Économie 196
B. L'éclatement récent du contentieux des pratiques restrictives 197
1. Causes et mesure 197
2. Conséquences au stade du recours 199
Conclusion du Chapitre 2 201

Conclusion du Titre I 203

Titre II : Les conséquences nuisibles de l'éclatement du contentieux 205

Chapitre 1 : Le recours contre un acte de l'Autorité de la concurrence 208
Section préliminaire : Les actes hybrides de l'Autorité de la concurrence 209
§ I – Proposition de critères de classification 209
A. Présentation des dispositifs étudiés 210
B. Le critère du moment et des modalités de déclenchement de la procédure 213
C. Le critère de l'objectif premier de la sanction 214
§ II – Modalités de contrôle juridictionnel 215
A. Dispositifs et actes hybrides à dominante coercitive 215
B. Dispositifs et actes hybrides à dominante régulatoire 216
Section 1 : Le recours contre les actes coercitifs de l'Autorité de la concurrence 217
§ I – Éléments de l'instance de recours 219
A. Acteurs de l'instance de recours 219
1. Partie au recours et demandeur : qualités réservées aux « parties en cause » 220
2. Partie au recours et demandeur : tergiversations autour de l'Autorité 225
a. L'exclusion initiale de l'Autorité de la concurrence de la qualité de partie 225

b. L'inclusion contrainte de l'Autorité de la concurrence dans le lien d'instance 227
3. Les autres acteurs de l'instance 230
B. Matière de l'instance de recours 235
1. Établissement de la matière litigieuse 237
a. Le rôle prépondérant des parties quant aux éléments de fait et de droit 237
b. Le rôle limité du juge quant à la preuve des faits et aux éléments de droit 241
c. Le risque de captivité endigué par la présence de mutliples acteurs publics ? 245
2. Contenu de la matière de l'instance de recours 247
a. Une matière limitée par le caractère objectif du recours 247
b. Une matière corrélée aux pouvoirs du juge 249
§ II – Office du juge de recours 250
A. Dimensions du contrôle juridictionnel 250
1. Un contrôle étendu, conséquence du caractère répressif des actes en cause 251
2. Un contrôle intense, conséquence du pouvoir de réformation de la Cour 255
B. Pouvoirs de la Cour d'appel de Paris 259
1. Le sursis à exécution des décisions de l'Autorité de la concurrence 259
2. Le traitement de la matière litigieuse 263
a. Recours aux mesures d'instruction par la Cour d'appel de Paris 263
b. Garantie de la protection du secret d'affaires par la Cour d'appel de Paris 266
3. Le dénouement du recours : annulation, réformation, dévolution…substitution ? 270
a. Le pouvoir d'annulation de la Cour d'appel de Paris 271
b. Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris 272
i. Le pouvoir de réformation : présentation générale 273
ii. Le pouvoir de réformation : mise en œuvre par la Cour d'appel de Paris 276
c. Un pouvoir de substitution du juge de recours ? L'hypothèse du juge régulateur 279
Section 2 : Le recours contre les actes régulatoires de l'Autorité de la concurrence 285
Sous-section 1 : Le recours contre les actes adoptés dans le cadre du contrôle des concentrations 287
§ I – Le recours contre les actes relevant du contrôle *ex ante* 287
A. Le contrôle *ex ante* : la régulation par une police administrative spéciale 288
1. Recensement des actes de mise en œuvre du contrôle *ex ante* 288
2. Nature des actes de mise en œuvre du contrôle *ex ante* 293
B. Le recours : contrôle approfondi et pouvoirs limités du juge 296
1. Éléments de l'instance de recours 299
a. Les acteurs de l'instance de recours 299
b. La matière de l'instance de recours 303
2. Office du juge de recours 304
a. Les dimensions du contrôle juridictionnel 304
i. Champ du contrôle : un contrôle étendu à l'ensemble des actes du contrôle ex ante. 306
ii. Intensité du contrôle : un contrôle approfondi sur la forme et sur l'analyse du fond 307
b. Les pouvoirs du juge saisi du recours 312

i. Les pouvoirs classiques d'annulation et d'injonction 313
ii. Une tentative d'adaptation de ces pouvoirs aux spécificités de la matière 315
§ II – Le recours contre les actes relevant du contrôle *ex post* 317
A. Le contrôle *ex post* : entre police de la concurrence et répression administrative 319
1. Recensement des actes du contrôle *ex post* 320
2. Nature des actes du contrôle *ex post* 323
B. Le recours : du plein contentieux objectif à l'émergence d'un juge régulateur 325
1. Éléments de l'instance de recours 326
a. Les acteurs de l'instance de recours 326
b. La matière de l'instance de recours 327
2. Office du juge de recours 329
a. Les dimensions du contrôle juridictionnel 329
i. Le champ du contrôle : généralisation du phénomène d'étirement 329
ii. L'intensité du contrôle : un contrôle nécessairement approfondi 330
b. Les pouvoirs du juge saisi du recours 332
Sous-section 2 : Le recours contre les actes au cœur du dispositif régulatoire : les actes de *soft law* 335
§ I – Le refus traditionnel de contrôler la légalité des actes de *soft law* 337
§ II – L'ouverture du prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux actes de *soft law* 340
A. Recevabilité du recours pour excès de pouvoir : état des lieux et perspectives 340
B. Pouvoirs du juge : l'hypothèse de l'immixtion au cœur du processus régulatoire 343
1. Les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir 343
2. L'intervention du juge au cœur du processus régulatoire 345
Conclusion du Chapitre 1 349
Chapitre 2 : Le recours contre un acte du ministère de l'Économie 351
Section 1 : Le recours contre les actes coercitifs du ministère de l'Économie 352
§ I – Éléments de l'instance de recours 353
A. Acteurs de l'instance de recours 353
1. Dimension répressive de l'acte et type de recours ouvert 353
2. Multitude d'acteurs potentiels de l'instance de recours 355
B. Matière de l'instance de recours 356
1. Établissement de la matière litigieuse : un principe dispositif pas si lointain 356
2. Contenu de la matière litigieuse : les éléments du plein contentieux objectif 360
§ II – Office du juge de recours 361
A. Dimensions du contrôle juridictionnel 361
1. Le champ du contrôle : poursuite probable du phénomène d'extension 361
2. L'intensité du contrôle : contrôle approfondi du juge de plein contentieux 364
B. Pouvoirs du juge de recours 365
1. Le sursis à exécution de l'acte objet du recours 365
2. Le traitement de la matière litigieuse 367
a. Le recours aux mesures d'instruction 367

b. La protection du secret des affaires par le juge 369
3. Le dénouement du recours : annulation, réformation… 372
Section 2 : Les incertaines conséquences de la dimension conventionnelle du dispositif relatif aux micro-PAC 373
§ I – Qualification de transaction et modification des éléments de l'instance 374
A. Acteurs de l'instance de recours ayant pour objet une transaction 374
1. Le recours ayant pour objet une transaction civile 375
2. Le recours ayant pour objet une transaction administrative 377
B. Matière de l'instance de recours ayant pour objet une transaction 380
§ II – Procédure négociée, acte transactionnel et modification de l'office du juge 381
A. Procédure négociée, acte accepté et dimensions du contrôle juridictionnel 381
B. Procédure négociée, nature conventionnelle de l'acte et pouvoirs du juge 385
Conclusion du Chapitre 2 386
Chapitre 3 : Le recours contre un acte du juge 388
Section préliminaire : Nature et principaux effets du recours 390
§ I – L'appel d'un jugement rendu en premier ressort 390
A. Qualification d'appel 390
B. Conditions d'ouverture de l'appel 392
§ II – Les effets généraux de l'appel 393
A. Absence d'effet suspensif 393
B. Effet dévolutif 396
C. Résultat : un arrêt susceptible de pourvoi en cassation 399
Section 1 : Éléments de l'instance de recours 400
§ I – Acteurs de l'instance de recours 400
A. Le demandeur à l'appel 400
B. Les autres parties : intimés et représentants de l'intérêt général 402
§ II – Matière de l'instance de recours 404
A. Établissement et contenu de la matière litigieuse : cadre normatif 405
1. Principe de l'interdiction des demandes nouvelles 406
2. Encadrement de l'invocation de demandes ou moyens nouveaux 408
B. Établissement et contenu de la matière litigieuse : les demandes des parties 411
1. Modalités procédurales de formulation des demandes 411
2. Objet des demandes : annulation ou réformation du jugement 413
Section 2 : Office du juge de recours 415
§ I – Un juge d'appel potentiellement limité dans son office 416
A. Limites tenant à la technicité de la matière 417
B. Limites résultant de l'activité des autorités administratives 419
1. L'impulsion ministérielle en matière de pratiques restrictives 420
2. L'influence des actes de *soft law* des autorités administratives spécialisées 420
3. L'autorité de la chose décidée par les autorités administratives de concurrence 421

§ II – Un juge d'appel placé au cœur du dispositif concurrentiel ? 424
Conclusion du Chapitre 3 426

Conclusion du Titre II 427

Conclusion de la Partie I 429

PARTIE II : UN ESSAI DE RÉORGANISATION EN DROIT PROSPECTIF 433

Titre I : La réflexion préalable sur les finalités du contrôle juridictionnel 435

Chapitre 1 : La prise en compte des contraintes 436
Section 1 : Le principe de légalité 436
§ I – Présentation sommaire du principe de légalité 437
A. État de droit et principe de légalité de l'action administrative 437
B. Principe de légalité et actes des autorités administratives de concurrence 439
§ II – L'ouverture d'un recours en contestation de la légalité de tout acte administratif 442
A. Garanties applicables à tout acte d'une autorité administrative de concurrence 443
B. Garanties applicables aux actes répressifs d'une autorité administrative de concurrence . 446
1. L'exigence générale de l'organisation d'un recours de pleine juridiction 446
2. L'incertaine atténuation de l'exigence en matière de « solutions négociées » 450
a. Le constat d'un recul du contrôle juridictionnel 450
b. Les doutes quant à la conformité aux exigences recensées 452
Section 2 : Le droit à une voie de recours 456
§ I – La garantie d'un double degré de juridiction 457
A. Absence de droit général au double degré de juridiction 457
1. La valeur relative du droit d'accès à un juge d'appel 458
2. La protection indirecte du droit d'accès à un juge d'appel 460
B. Une protection formellement accrue en matière pénale 462
1. Le maintien d'une protection para-constitutionnelle en droit interne 462
2. La réception nuancée des exigences supranationales 464
§ II – Le « droit au pourvoi » 469
A. Garantie relative d'un accès au juge de cassation 470
1. L'absence de droit général et absolu au pourvoi 470
2. L'incertaine émergence d'un droit au pourvoi en matière répressive 473
B. Aménagement encadré des modalités d'accès au juge de cassation 476
1. L'accès au juge de cassation : une garantie de rang législatif 476
2. Les pouvoirs d'aménagement limités confiés au législateur 477
Conclusion du Chapitre 1 482
Chapitre 2 : La prise de position sur les objectifs 484
Section 1 : Opportunité d'un contrôle juridictionnel approfondi et unifié 485
§ I – Le contrôle approfondi 486
A. Discussion des arguments en faveur d'un contrôle déférent 489

1. L'analyse classique : pouvoir discrétionnaire et limitation du contrôle de l'activité administrative 490
a. Les justifications du pouvoir discrétionnaire de l'administration 490
b. Le pouvoir discrétionnaire confié aux autorités administratives de concurrence 493
c. La thèse de la déférence du juge en présence de pouvoir discrétionnaire 494
2. Proposition d'une analyse renouvelée : la coexistence possible d'un pouvoir discrétionnaire et d'un contrôle non déférent 495
B. Exposé des arguments en faveur d'un contrôle approfondi 500
1. L'argument de la nécessité 501
2. L'argument du pragmatisme 504
3. L'argument de la prudence 506
§ II – Le recours unifié 509
Prolégomènes sur l'unification du recours 510
A. Un cadre nécessaire à l'harmonisation des méthodes et à l'articulation de procédures ou décisions multiples 511
1. L'harmonisation du maniement des outils d'analyse économique 512
2. Le traitement de difficultés issues d'une pluralité de procédures ou décisions 514
B. Un cadre propice à l'harmonisation procédurale et à la spécialisation 517
1. L'harmonisation procédurale au stade du recours 517
2. La nécessaire spécialisation des juges de recours 518
Section 2 : Nécessité d'inscrire l'intervention du juge dans le processus de régulation 520
§ I – L'adaptation de l'instance de recours 521
A. L'élargissement contrôlé de l'accès au recours 521
1. Les parties en cause : un accès privilégié au prétoire du juge de recours 522
2. Les tiers intéressés : un accès encadré au prétoire du juge de recours 524
3. La représentation de l'intérêt général devant le juge de recours 526
a. L'octroi d'une personnalité contentieuse à l'auteur de l'acte administratif contesté 527
b. Le renforcement des pouvoirs et obligations du juge de recours 531
c. L'installation d'un représentant indépendant de l'intérêt général 533
B. L'établissement orienté d'une matière litigieuse enrichie 534
1. L'enrichissement de la matière litigieuse 535
a. Modalités 535
b. Limites 539
c. Encadrement des risques 542
2. L'orientation des débats vers le cœur du litige 544
C. La maîtrise par le juge du temps de son intervention 547
1. Les outils de traitement de l'urgence 548
2. Les outils de maîtrise du rythme de l'instance au fond 548
§ II – L'adaptation des pouvoirs du juge de recours 554
A. Les pouvoirs de traitement du provisoire et de l'urgence 554

1. Les pouvoirs de traitement du provisoire 555
2. Les pouvoirs spécifiques de traitement de l'urgence 557
3. Les pouvoirs généraux d'un juge des référés 560
B. Les pouvoirs de traitement du recours contre un acte juridictionnel 561
1. Fonctions d'une juridiction de recours spécialisée à compétence nationale 561
2. L'exercice orienté des pouvoirs d'une juridiction d'appel 562
C. Les pouvoirs de traitement du recours contre un acte administratif 566
1. L'octroi d'un important pouvoir de réformation 567
2. Les limites au pouvoir de réformation 571
a. Les limites nécessaires 571
b. Les limites inéluctables 576
3. L'usage raisonné du pouvoir d'annulation 579
a. L'évitement de l'annulation 580
b. L'atténuation des effets de l'annulation 582
Conclusion du Chapitre 2 586

Conclusion du Titre I 589

Titre II : La réorganisation consécutive des recours juridictionnels 591

Chapitre 1 : Le modèle d'une juridiction échevinale et paritaire 592
Section 1 : Une juridiction échevinale 592
§ I – La place de l'analyse économique dans le droit et le contentieux de la concurrence 593
A. L'analyse économique : outil d'application du droit de la concurrence 594
1. Le mouvement « d'économisation » du droit de la concurrence 594
2. Le rôle de l'analyse économique dans l'application du droit de la concurrence 597
a. La notion d'analyse économique 597
b. L'analyse économique, outil de qualification 598
c. L'analyse économique, outil d'évaluation 603
d. L'analyse économique, outil de projection 608
B. L'analyse économique : objet central du contentieux juridictionnel de la concurrence 611
1. La précision des charges procédurales par le recours à l'analyse économique 613
2. La précision des méthodes probatoires par le contrôle de l'analyse économique 619
§ II – La spécialisation de la Cour de la concurrence par l'intégration d'économistes 621
A. L'illusion du juge économiste 622
B. L'insuffisance du recours systématique à des protagonistes extérieurs 624
1. L'expertise et le risque de délégation du pouvoir judiciaire 624
2. Le champ d'intervention limité de l'*amicus curiae* 630
3. La consultation mesurée d'autorités administratives spécialisées 633
C. L'intégration d'économistes au sein de la Cour de la concurrence 636
1. Fonctions des économistes intégrés à la Cour de la concurrence 637
2. Statut des économistes intégrés à la Cour de la concurrence 640
a. L'économiste, assistant spécialisé 641

b. L'économiste-juge 644
Section 2 : Une juridiction paritaire 648
§ I – L'inadaptation du dualisme juridictionnel à l'hybridité du droit de la concurrence et de son contentieux 649
A. Caractère hybride du droit de la concurrence et inopérance de la *summa divisio* droit public/droit privé 649
B. L'impossible insertion du contentieux de la concurrence dans le dualisme juridictionnel 653
§ II – Le dépassement du dualisme juridictionnel par le recours au paritarisme 657
A. Le choix de réunir juges administratifs et judiciaires 658
1. Une voie commode illusoire : la réunion du contentieux au sein d'un ordre unique 659
2. Une voie innovante raisonnée : le dépassement circonscrit du dualisme 660
B. Mise en œuvre du paritarisme au sein de la Cour de la concurrence 661
1. Statut et désignation des juges de la Cour de la concurrence 662
2. Le recours en cassation contre les décisions de la Cour de la concurrence 665
Conclusion du Chapitre 1 667
Chapitre 2 : Une nécessaire adaptabilité des voies procédurales 669
Section 1 : L'organisation juridictionnelle de la Cour de la concurrence 669
§ I – Organisation interne de la Cour de la concurrence 670
A. L'organisation en chambres 671
1. Division de la Cour en chambres spécialisées 671
2. Composition des chambres 673
B. L'affectation des juges 674
1. Affectation des juges professionnels 674
2. Affectation des économistes-juges 676
§ II – Formations juridictionnelles de la Cour de la concurrence 678
A. L'audience en chambre ordinaire 678
B. L'audience à juge unique 680
C. L'audience en formation élargie 684
Section 2 : L'instruction des affaires devant la Cour de la concurrence 685
§ I – Saisine de la Cour et orientations des affaires 686
A. L'introduction du recours et la saisine de la Cour 686
B. L'orientation des affaires 689
§ II – Mise en état des affaires 689
A. L'absence exceptionnelle de véritable instruction 690
1. La dispense d'instruction motivée par l'inéluctable échec du recours 690
2. La simplification drastique de l'instruction justifiée par l'urgence ou l'état du dossier 692
B. Le circuit moyen : l'instruction menée par le président de la formation de jugement 694
C. Le circuit long : l'instruction confiée à un juge chargé de la mise en état 695
§ III – Clôture de l'instruction et renvoi de l'affaire à la formation de jugement 699
A. La clôture de l'instruction : modalités et effets 700

B. Le renvoi de l'affaire : l'audience des plaidoiries et le délibéré 702
Section 3 : Le recours en cassation contre les décisions de la Cour de la concurrence 706
§ I – L'octroi de pouvoirs limités aux juges de cassation 706
A. Une fonction essentiellement disciplinaire 707
B. L'absence de tout pouvoir de statuer sur le fond 710
§ II – Restreindre l'accès au juge de cassation ? 711
A. La sélection des pourvois : une solution inadaptée 712
B. La procédure d'admission des pourvois : une solution à privilégier 714
Conclusion du Chapitre 2 717
Conclusion du Titre II 719
Conclusion de la Partie II 721
Conclusion générale 723
Bibliographie 727
Index 787
Table des matières 793