

L'actualité législative de l'année 2015 restera marquée par l'adoption de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », qui a réformé de nombreux pans de la vie économique. En droit de la concurrence, les apports ne sont pas négligeables. Ils concernent tant la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, sanctionnées sur le fondement des règles issues du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du Titre 2 du Livre 4 du Code de commerce (I), que la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence, sanctionnées sur le seul fondement du Titre 4 du Livre 4 du Code de commerce (II). Ces deux pans du droit de la concurrence ont également connu une riche actualité décisionnelle.

I. Le droit des pratiques anticoncurrentielles

1.- Concernant la caractérisation des pratiques, nous avons déjà insisté, dans la précédente recension, sur les avancées relatives à l'alternative qui existe entre l'objet et les effets anticoncurrentiels. Le cartel des bananes donne l'occasion à la Cour de justice d'affirmer que cette alternative, qui a été forgée pour les accords anticoncurrentiels, s'applique également aux pratiques concertées (CJUE, 19 mars 2015, *Dole food*, aff. C-286/13 P). La solution n'était pas évidente. En effet, on avait l'habitude de définir la pratique concertée par la réunion de trois éléments constitutifs : l'existence d'une concertation, d'une coordination effective sur les marchés et d'un lien de causalité entre les deux premiers éléments. L'arrêt *Dole Food* oblige à revenir sur cette présentation. Pour la Cour de justice, certaines pratiques concertées « *révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire* » (point 113). La preuve du premier élément – l'existence d'une concertation – peut donc parfois suffire, sans qu'il y ait à démontrer que la concertation s'est traduite par une coordination effective des comportements des entreprises ayant participé à la concertation. Cette solution découle du fait que la concertation est sanctionnée pour son objet anticoncurrentiel, ce qui rend inutile la recherche des effets. Mais, pour que l'objet anticoncurrentiel soit caractérisé, encore faut-il que la concertation présente un degré de nocivité suffisant. On peut penser que ce degré dépend de la nature des informations échangées, en particulier de leur caractère secret et sensible.

2.- En matière d'entente, la Cour de justice a eu à se prononcer sur l'imputabilité de l'entente à un acteur qui, sans être présent sur le marché « cartellisé », a facilité la collusion entre ses membres. Dans cette affaire, cet acteur était une entreprise de conseil (AC-Treuhand) qui avait organisé des rencontres entre opérateurs présents sur le marché des stabilisants étain, lesquels s'étaient alors entendus sur les prix. Il est relevé que l'entreprise de conseil a assisté à ces réunions, a collecté et fourni aux producteurs des données sur les ventes dans les marchés en cause et a encouragé la conclusion de l'accord, en se proposant de jouer le rôle de modérateur en cas de tensions entre les parties en présence. C'est ainsi que l'entreprise de conseil a servi de « facilitateur » de cartel. La Cour de justice refuse de circonscrire le champ d'application personnel de l'infraction aux seules entreprises actives sur le marché et affirme que doivent être sanctionnés tous les comportements qui s'inscrivent directement dans la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. C'est ainsi qu'elle rejette le pourvoi de l'entreprise de conseil et confirme ainsi sa condamnation.

3.- Rendu à titre préjudiciel, l'arrêt *Post Danmark II* marque incontestablement l'actualité de l'année 2015 relative au droit des abus de position dominante (CJUE, 6 octobre 2015, aff. C-23/14). Appelée à se prononcer sur l'application des orientations publiées le 24 février 2009 relatives aux abus d'éviction (A.-S. Choné, « Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction », *Europe*, mars 2009, étude 3), la Cour de justice révèle les divergences qui existent entre ses positions et celles de la

Commission européenne. La politique tarifaire pratiquée par *Post Danmark* a été mise en cause par un de ses rivaux présent sur le marché du publipostage. Celui-ci avait en effet subi de lourdes pertes depuis son entrée sur le marché qu'il imputait à *Post Danmark* pour avoir pratiqué des rabais rétroactifs, en ce qu'ils portent sur l'intégralité des commandes passées. Il s'agit de rabais dits « de la troisième catégorie » au sens de la jurisprudence *Intel* (Tr. UE, 12 juin 2014, Intel Corp., aff. T-286/09), ce qui oblige à en discuter les effets. La solution est conforme aux préconisations formulées dans les orientations de 2009 qui ont retenu, en matière d'abus de position dominante, l'approche dite par les effets, approche qui suppose de rechercher les effets de la pratique pour pouvoir la sanctionner. Les orientations recourent, en matière de pratique tarifaire, au test du concurrent au moins aussi efficace. Ce test conduit à ne retenir la qualification d'abus que si la pratique est susceptible de produire l'éviction d'un concurrent au moins aussi efficace que l'opérateur dominant. Pour déterminer si un concurrent est aussi efficace qu'un autre, on compare leurs coûts et analyse ainsi leurs stratégies. Ce test fait l'objet de critiques récurrentes : d'une part, il est faux d'affirmer que le marché ne souffre pas de l'éviction d'un concurrent moins efficace que l'opérateur dominant dès lors que toute situation de concurrence est profitable ; d'autre part, le critère apparaît souvent trop strict, tant il est difficile pour un nouvel entrant, dans certains secteurs où les coûts dépendent des quantités et de l'ancienneté, d'être aussi efficace que l'opérateur déjà présent. C'est précisément cette seconde raison qui est mise en avant par la Cour pour justifier son refus d'appliquer le test : « *dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, caractérisée par la détention par l'entreprise en position dominante d'une part de marché très importante et par des avantages structurels conférés notamment par le monopole légal de cette entreprise qui s'appliquait à 70 % des envois sur le marché concerné, l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace* » (point 59).

Le deuxième apport de cet arrêt – passé sous silence par la doctrine – concerne la question de savoir si l'exigence de sensibilité de la restriction de concurrence est applicable en matière d'abus de position dominante. Certes, dans la plupart des cas, l'entreprise étant en position dominante, la restriction de concurrence issue de ses pratiques est de niveau sensible. Mais tel n'est pas systématiquement le cas, surtout lorsque la pratique a lieu sur un marché connexe au marché dominé. On aurait pu penser qu'il serait exigé que l'abus, en tant que pratique anticoncurrentielle, déploie des effets sensibles pour pouvoir être appréhendé par le droit de la concurrence. C'est pourtant la solution inverse qui est retenue par la Cour qui estime que la fixation d'un seuil de sensibilité en matière d'abus de position dominante ne se justifie pas : « *dans la mesure où la structure concurrentielle du marché est déjà affaiblie par la présence de l'entreprise dominante, toute restriction supplémentaire de cette structure concurrentielle est susceptible de constituer une exploitation abusive de position dominante* » (point 72). Il est intéressant de remarquer que, quelques mois plus tôt, la solution opposée avait pourtant été retenue par la Cour de cassation française dans l'affaire *Orange Caraïbes* : la cour avait alors vérifié qu'avaient bien été caractérisés, par les juges d'appel, les effets « sensibles » sur la concurrence (Cass. com., 6 janvier 2015, n° 13-21305, *B.* à paraître).

4.- En ce qui concerne la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles, on retiendra essentiellement les avancées qui ont eu lieu sur la récidive.

Tout d'abord, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation française, qu'il n'est pas besoin que les pratiques commises en second lieu soient identiques à celles commises en premier lieu (en termes de pratiques ou de marché concerné), pour que l'on retienne la qualification de récidive (Cass. com., 6 janvier 2015, *Orange Caraïbes*, préc.). Il suffit de caractériser « *la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de la concurrence en réitérant des infractions de même type* » pour retenir la récidive. Ainsi, une entreprise sanctionnée sur le fondement de l'article 101

pourra être considérée comme ayant la qualité de récidiviste dans une procédure fondée sur l'article 102 si cette nouvelle infraction traduit sa propension à ne pas respecter les règles de la concurrence... Aucun seuil maximal en termes de durée n'est imposé entre les différents agissements ; nul doute néanmoins que, plus ce délai sera long, et plus il sera délicat de déceler une propension de l'entreprise à méconnaître les règles de la concurrence.

Ensuite, s'agissant des personnes visées, la Cour de cassation aligne les règles de la récidive sur celles de l'imputabilité, ce qui lui permet de se fonder sur la théorie de la continuité économique. Dans l'affaire Orange Caraïbes, les pratiques avaient été mis en œuvre par la filiale Orange Caraïbes et imputées à la société-mère Orange, sanctionnée en qualité de récidiviste en raison de précédentes condamnations prononcées à l'encontre de France Telecom. A ce sujet, précisons que la Cour de justice, contredisant la position antérieurement tenue par le Tribunal, a affirmé qu'il était possible de retenir la qualité de récidiviste de la société-mère, en raison d'une précédente condamnation prononcée à l'encontre d'une de ses filiales, même si celle-ci n'a pas été mise en cause dans la première affaire. Selon la Cour, le respect des droits de la défense de la société-mère n'exige pas que « *cette personne juridique ait été en mesure, dans le cadre des poursuites diligentées en raison d'une première infraction, de contester qu'elle formait avec d'autres entités également poursuivies une même unité économique. Il importe simplement qu'il soit assuré que ladite personne juridique soit en mesure de se défendre au moment où la récidive lui est reprochée* » (CJUE, 5 mars 2015, *Versalis et ENI*, aff. jtes C-93/13 P et C-123/13 P).

5.- L'année 2015 démontre, une fois encore, le succès grandissant des procédures négociées.

La majorité des cartels sanctionnés sont décelés grâce au programme de clémence. En France, les principales affaires traitées au cours de l'année de référence ont été révélés par ce biais : Aut. conc., n° 15-D-03, 11 mars 2015, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais* ; Aut. conc., n° 15-D-19, 15 décembre 2015, *relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express* (transport de colis). Le cartel des messageries a ceci d'intéressant qu'il a permis à l'Autorité d'appliquer les points 62 et s. du communiqué Sanctions du 16 mai 2011, la conduisant à réduire le montant de l'amende en cas de difficultés financières particulières rencontrées par l'entreprise et de nature à diminuer ses capacités contributives.

La loi Macron substitue à l'ancienne procédure de non-contestation des griefs que pratiquait l'Autorité de la concurrence, une nouvelle procédure négociée, appelée « procédure de transaction », sur le modèle de ce que l'on connaît en droit de l'UE. Le principe est simple : après la notification des griefs, le rapporteur général peut soumettre une proposition de transaction fixant le montant maximum de la sanction pécuniaire envisagée. L'accord se fait donc sur un montant déterminé et non plus sur un pourcentage de réduction : tel est le changement qu'apporte la procédure de transaction par rapport à l'ancienne procédure de non-contestation des griefs. En acceptant la proposition de transaction, l'entreprise renonce à contester les griefs. Le rapporteur propose alors au collège de retenir la sanction fixée dans la transaction, qui statue sans avoir à établir le rapport, ce qui lui permet de réaliser une économie procédurale substantielle.

II. Le droit des pratiques restrictives de concurrence

6.- La loi Macron du 6 août 2015 a alourdi les sanctions prévues à l'article L. 442-6 du Code de commerce, s'agissant des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées par cette disposition. Jusqu'alors, l'article L. 442-6, III prévoyait que l'amende dont le prononcé était demandé par le Ministre chargé de l'économie ou le ministère public était d'un montant maximum de 2 millions d'euros ou du triple du montant des sommes indûment versées (cette formule ayant toujours été

considérée comme énigmatique dès lors que la pratique restrictive ne se traduit pas nécessairement par le versement de sommes). Il est dorénavant prévu que ce montant maximum peut être porté à « 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ». Dans ce cas, la juridiction saisie est invitée à se référer aux « avantages tirés du manquement », l'amende devant être « proportionnée » à ces avantages. C'est clairement l'impératif consistant à lutter contre les fautes lucratives qui a ici été poursuivi.

7.- La jurisprudence a, comme chaque année, apporté son lot de précisions concernant le jeu de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

On notera avec intérêt que la Cour de cassation a rendu ses premiers arrêts s'agissant de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° aux contrats conclus par les acteurs de la grande distribution. On sait que cette disposition permet de sanctionner les clauses porteuses d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ces arrêts étaient attendus tant la pratique sur cette question est hésitante. Plusieurs enseignements en ressortent.

S'agissant de la caractérisation du déséquilibre significatif, la Cour de cassation rappelle qu'une appréciation globale et non clause par clause doit être menée. C'est au demandeur à l'action qu'il appartient de démontrer que la clause litigieuse est porteuse d'un déséquilibre significatif. Et il incombe ensuite au défendeur de démontrer que la négociation d'autres clauses a permis de compenser ce déséquilibre (Cass. com., 3 mars 2015, *B.* à paraître, n° 13-27525).

S'agissant de l'exigence d'un état de soumission, inférée par la lettre de l'article L. 442-6, I, 2°, la Cour de cassation apporte d'utiles précisions en limitant considérablement l'importance pratique de cette condition. Il est désormais acquis que l'article L. 442-6, I, 2° ne s'applique pas uniquement dans les rapports marqués par un état d'infériorité structurelle ou économique ou dans les situations faisant apparaître l'existence d'une véritable contrainte : l'état de soumission peut aussi découler de l'absence de pouvoir de négociation effectif. Ainsi, si une clause déséquilibrée se retrouve, à l'identique dans tous les contrats conclus par un professionnel, l'on doit en déduire que les cocontractants y sont « soumis ». La Cour refuse de se livrer à des analyses plus fines qui auraient pu la conduire à apprécier et juger, de manière plus concrète et plus individualisée, les différentes relations commerciales nouées par un professionnel (Cass. com., 3 mars 2015, *B.* à paraître, n° 13-27525, *Eurochan* ; Cass. com., 27 mai 2015, *B.* à paraître, n° 14-11387, *Galec*). L'exemple de la grande distribution offrait pourtant un terrain d'accueil privilégié à de telles analyses : à l'évidence, certains fournisseurs, appartenant à de grands groupes industriels, ne se trouvent pas dans la situation de dépendance dans laquelle se trouvent de petits producteurs.

S'agissant de la mise en œuvre du dispositif issu de l'article L. 442-6, I, 2°, la Cour de cassation, appliquant en cela la réserve d'interprétation exprimée par le Conseil constitutionnel (décision 2011-126 QPC du 13 mai 2011), retient que le Ministre de l'économie qui a engagé l'action n'est pas tenu d'en informer préalablement la victime lorsqu'il se contente d'agir en cessation des pratiques et en paiement d'une amende civile, à l'exclusion de toute action tendant à obtenir l'annulation des clauses litigieuses, la répétition de l'indu ou la réparation des préjudices (Cass. com., 3 mars 2015, *B.* à paraître, n° 13-27525). Ce même arrêt confirme que le Ministre de l'économie est également autorisé à agir, pour l'avenir, en suppression des clauses litigieuses contenues dans les contrats-types proposés par le professionnel en cause. On perçoit là, à nouveau, l'inspiration du droit de la consommation.

Par ailleurs, la Cour de cassation a reconnu l'efficacité d'une clause compromissoire pour écarter la compétence du juge étatique dans l'application des sanctions prévues par l'article L. 442-6 du Code de commerce (Cass. civ. 1^{ère}, 21 octobre 2015, *B.* à paraître, n° 14-25080). En revanche, on ignore toujours si la qualité de loi de police doit être reconnue à ce dispositif et, donc, si les parties peuvent librement s'y soustraire en choisissant de soumettre leur contrat à une loi étrangère.

8.- L'année 2015 achevée, c'est l'année 2016 qui débute. Celle-ci devrait être marquée par un certain nombre de réformes législatives. On attend en effet la transposition de la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en réparation à la suite de pratiques anticoncurrentielles, que nous avons assez longuement commentée dans la dernière recension annuelle. Devrait également intervenir prochainement la réforme de la responsabilité civile dans le Code civil puisqu'un avant-projet diffusé par la Chancellerie fait actuellement l'objet d'une consultation publique. Même si les textes ont été réfléchis et rédigés séparément, les questions traitées sont largement imbriquées. Enfin, une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique, sanctionné en tant que pratique anticoncurrentielle par l'article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce, devrait être adoptée puisque le texte a déjà été voté en première lecture par l'Assemblée nationale. L'objectif est de faciliter son utilisation. Ce n'est pas la première fois que l'on assiste à pareille retouche ; les expériences ratées du passé nous rendent assez pessimistes en la matière.