



HAL
open science

Cartel de l'acier : Des sanctions surprenantes pour une méthodologie exemplaire

Laurence Boy

► **To cite this version:**

Laurence Boy. Cartel de l'acier : Des sanctions surprenantes pour une méthodologie exemplaire. Revue Lamy de la Concurrence, 2010, 26, pp.21. hal-00721566

HAL Id: hal-00721566

<https://hal.science/hal-00721566>

Submitted on 27 Jul 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Cartel de l'acier. Des sanctions surprenantes pour une méthodologie exemplaire.

Revue Lamy Concurrence, mai/juin 2010, n° 23, p. 21.

La décision « Cartel de l'acier » de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2010 a surtout fait jusqu'à présent l'objet de critiques, contradictoires d'ailleurs (A. Ronzano, [creda-concurrence@cru.fr 21 janvier 2010] ; Ch. Vilmart, L'intérêt des lignes directrices pour réduire l'imprévisibilité des sanctions en droit de la concurrence, *JCP (E)* n° 8, 25 février 2010, p. 3 ; D. Mainguy, La cour de Paris réduit les amendes dans le cartel de la sidérurgie, *Actualités du droit économique*, 26 janvier 2010 ; A. Ronzano, [creda-concurrence@cru.fr 19 février 2010] ; V. Le Billon, *Les Echos*, 19 février 2010).

Il est vrai que la décision a de quoi surprendre sur ce qui en constitue l'essentiel : la question des sanctions. Alors qu'il est régulièrement affirmé et enseigné à l'Université notamment que la lutte contre les cartels est fondamentale pour les autorités de concurrence, la Cour n'hésite pas à affirmer « il résulte de ce qui précède (sic ! Elle écrit auparavant au point E 2, p. 28 « *que les pratiques en cause revêtaient un caractère de 'gravité exceptionnelle'* ») que l'ensemble des sociétés doit être considéré comme ayant porté une atteinte moyennement grave à la concurrence, tempérée notamment par l'état de crise économique » (point E-74 - Conclusion, p. 43). Il en est résulté une réduction globale drastique des amendes sont passées de 575 millions d'euros à 75, soit une réduction de 500 d'euros !, portant ainsi un coup d'arrêt brutal à la sévérité annoncée¹ dans la lutte contre le « pêché » le plus grave en matière de pratiques anticoncurrentielles² : l'entente et risquant, en outre, de décrédibiliser l'Autorité de la concurrence dont la motivation nous paraît pourtant extrêmement sérieuse. En fait d'amendes pour une pratique, même moyennement grave, les sanctions de la Cour s'échelonnent entre 0,125 % et 5% du chiffre d'affaires de la seule entreprise sanctionnée. On pense que les entreprises doivent désormais trembler.

Si la doctrine dans son ensemble critique l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, c'est donc essentiellement du fait des conséquences pratiques de cette dernière, spécialement parce qu'il aboutit «à « sanctionner proportionnellement plus lourdement les petites entreprises mono-produits n'appartenant pas à un groupe que les autres... » (notamment Marc Morel)³. Les critiques portent ensuite sur le raisonnement suivi considéré comme « tortueux »⁴ ou reposant sur une motivation « confuse dans son ensemble et superficielle sur certains points »⁵.

En dépit de quelques unes de ces critiques, certains points soulevés nous semblent avoir été résolus de façon satisfaisante qu'il s'agisse de la question de la compétence du Conseil à connaître des pratiques de cartel mises en œuvre entre 1999 et 2004 en vertu du Traité CE et non du Traité CECA ou de l'application de la loi NRE de 2001 fixant le plafond de l'amende à 10% au lieu de 5%, le Conseil comme la Cour ayant relevé le caractère complexe et « continu » des pratiques, ce qui excluait le reproche d'une application rétroactive de la loi⁶.

¹ La loi NRE de 2001 qui a aggravé notamment le plafond des sanctions applicables.

² P. Arhel, Les ententes injustifiables, *Rev. marché commun*, n° 454, p. 20

³ A. Ronzano, [creda-concurrence@cru.fr 21 janvier 2010]

⁴ D. Mainguy précité.

⁵ A. Ronzano précité.

⁶ Nous sommes très attachée au respect des procédures au sens large du terme (l'action en justice est le premier élément constitutif du système juridique) et aux droits de l'homme (L. Boy, JB. Racine, F. Siirainen, *Droit économique et droits de l'homme* coord., Larcier, 2009. C'est la raison pour laquelle l'appel systématique et excessif, voire abusif, que font les plaideurs à la violation de la CEDH nous irrite particulièrement. Il devient

Mais c'est sur le fond que nous souhaiterions apporter quelques éléments de réflexion. En effet, et c'est de là que vient notre étonnement, si ce n'est notre incrédulité. Alors que les analyses de la Cour d'appel de Paris nous semblent, au contraire de ce que dit la doctrine, particulièrement judicieuses en ce qui concerne l'analyse de l'entente et le développement d'une véritable méthodologie (souligné par nous) en ce qui concerne l'individualisation des sanctions, l'articulation entre ces dernières et les conclusions qu'elle en tire paraissent incompréhensibles.

I. La reconnaissance de la gravité de l'entente est en contradiction avec la conclusion d'« atteinte moyennement modérée ».

L'entente en question était générale à l'ensemble ou presque des intervenants du secteur, a duré de longues années et avait non seulement un effet mais un objet anticoncurrentiel. Elle n'a pu être mise à jour que par la collaboration de certains de ses membres. C'est dire à la fois sa gravité et l'utilité de la procédure de clémence. A défaut, il est vraisemblable que l'entente serait demeuré impunie.

A. L'efficacité de la politique de concurrence passe par deux voies complémentaires dont un renforcement des pouvoirs de sanction des autorités de concurrence pour les pratiques les plus graves, évoqué ici dans la décision du Conseil. Ce renforcement de la politique de sanctions passe, paradoxalement, par des programmes de clémence, de transaction et d'engagements⁷. Comme le relevait Bruno Lasserre, Président du Conseil de la concurrence, ces dernières années ont vu la montée en puissance des A.A.I et des procédures de clémence⁸ et les moyens de réguler la concurrence offerts au Conseil sont nombreux⁹. C'est ainsi que la loi NRE a transposé un mécanisme communautaire mis en place en 1996, instituant une procédure de « non contestation des griefs ». Il ne s'agit pas d'une véritable transaction mettant fin aux poursuites devant le Conseil. Cette procédure s'apparente plutôt au « plea guilty » américain qui ne dispense pas systématiquement l'entreprise de sanctions. L'entreprise voit cependant l'amende encourue diminuée en contrepartie de la non-contestation des griefs et de la prise d'engagements mettant fin aux comportements anticoncurrentiels¹⁰. L'idée est que le renforcement des amendes pour réprimer les pratiques les plus graves, comme les cartels, va de pair aussi avec l'apparition en droit de la concurrence des immunités liées à la dénonciation des ententes. Plus les sanctions sont graves, plus les entreprises ont intérêt à dénoncer les pratiques auxquelles elles participent pour bénéficier des systèmes de clémence (Article L. 464-2 IV du Code de commerce). Ce texte permet à l'entreprise, membre d'une entente, mais qui la dénonce et en fournit les preuves de bénéficier d'une immunité totale ou d'une réduction de la sanction¹¹. Dans

aujourd'hui le principal argument de contestation des décisions en droit de la concurrence occultant ainsi les véritables problèmes de fond. On en veut pour preuve la longueur des motifs procéduraux dans les affaires de concurrence. On songe entre autres à la Décision relative à l'entente dans la téléphonie mobile de la Cour de cassation du 29 juin 2007, RLDA, oct. 2007, n° 20, p. 41, note L. Boy.

⁷ D. KLING, in *Clémence et transaction en matière de concurrence*, Gazette du Palais, n° 287 et 288, 14 et 15 octobre 2005, p. 5 ;

⁸ Propos introductifs au colloque « Clémence et transaction en matière de concurrence : premières expériences et interrogations de la pratique », CREDE Paris, 19 janvier 2005, p7 ; L. Idot, *Europe* 1996, n° 86 ; P. Arhel, L'instauration par la loi NRE d'une procédure de clémence en droit de la concurrence, *LPA* 1^{er} juin 2001, p. 4, M.C. Boutard-labarde et G. Canivet (dir), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.

⁹ Les mesures conservatoires. Sur une non application discutable de ce texte par la CA de Paris confondant mesures conservatoires et examen au fond de l'affaire : 31 janvier 2006, Creda, 2 février 2006.

¹⁰ Le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français semble désormais autoriser le recours à la procédure même sans engagements de la part de l'entreprise.

¹¹ B. LASSERRE, op. cit., p. 12.

l'hypothèse d'une clémence de second rang, ce qui était le cas en l'espèce pour la société Desours et Cabaud, l'entreprise bénéficie d'une exonération seulement partielle et encore à la condition qu'elle apporte une « valeur ajoutée significative » par apport aux éléments de preuve dont dispose le Conseil. Il ne semble pas que cette condition ait été discutée, La cour d'appel de Paris se contente de relever (E. 61 - Clémence) que la société « a accepté la proposition du Conseil de diminuer de 10 à 30% la sanction encourue moyennant divers engagements tels que la fourniture de renseignements nouveaux et fiables et la cessation active des comportements anticoncurrentiels » et qu' « il s'agit de l'exécution normale de son engagement vis-à-vis du Conseil ». Cette affirmation du caractère véritablement négocié de la clémence mériterait sans doute d'être approfondi de même que le caractère véritablement synallagmatique de le « négociation »¹².

L'introduction de cette morale « utilitariste » en Europe et en France permet une économie probatoire et a pour objet de « faciliter la cessation du comportement anticoncurrentiel », comme le relève la Cour. Contrairement cependant au droit communautaire, le droit français ne fixe pas de seuils d'exonération afin de conserver une grande latitude. Aussi la clémence n'est-elle pas sans risque pour l'entreprise délatrice dans la mesure où elle ne sait pas exactement ce que connaît le Conseil (l'Autorité) ni le niveau définitif de la réduction, lequel peut être moindre, comme le laisse entendre cet arrêt, que ce qu'espérait l'entreprise. La Cour d'Appel prend soin de relever sur ce point qui ne peut donner lieu à contestation que l'abattement s'est bien fait dans la fourchette convenue avec l'entreprise (p.38), après évaluation de la sanction encourue comme pour les autres entreprises. Cette évaluation devait tenir compte tant des facteurs aggravants que des circonstances atténuantes. Or le Conseil avait relevé la gravité de l'entente.

B. La gravité de l'entente.

La Cour prend soin d'indiquer (point E.2, p. 27) qu'elle approuve la motivation du Conseil sur la gravité des pratiques. Ce dernier avait d'abord rappelé, face aux critiques des entreprises qui, à ce stade de la procédure, jouaient chacune son propre jeu, que les pratiques et la gravité des ces dernières s'apprécient globalement et non du point de vue de chacune d'entre elles. L'appréciation de l'entente montre ici qu'elle est de surcroît intentionnelle, ce qui explique que dans cette hypothèse, elle doit être sanctionnée quand bien même, elle ne serait pas suivie d'effets. En visant l'objet de l'entente, l'article L420-1 du Code de commerce prohibe en effet les comportements inspirés par l'intention d'entraver la concurrence, ce qui était largement démontré, l'autorité de concurrence ayant souligné la « volonté infractionnelle d'ensemble ». Cette intention existe lors que les « professionnels transgressent la loi en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant conscience des effets normalement prévisibles des pratiques qu'ils entendent mettre en œuvre »¹³. On sait que l'absence d'effets anticoncurrentiels ne constitue pas un obstacle à l'incrimination dès lors que l'entente a en elle-même un objet anticoncurrentiel¹⁴.

Par ailleurs, la Cour d'appel écrit elle-même : « Considérant en deuxième lieu que le Conseil a pu rappeler à juste titre la gravité théorique des cartels, ententes horizontales sur les prix ou

¹² Dès 2007, certains s'interrogeaient déjà sur le point de savoir quelles étaient mes précautions à prendre par les entreprises désireuses de s'engager dans cette voie du fait du pont de l'autorité de concurrence face à l'entreprise et sur le caractère véritablement contractuel de la procédure, Libres propos sur la procédure de clémence : loyauté, dénonciation et droit de concurrence, par D. Redon, Gazette du Palais, 24 mars 2007.

¹³ V. Sélinsky, L'entente prohibée, Litec, 1979, p. 245.

¹⁴ Cons. Conc. N° 88-D-11, 15 mars 1988, *Recueil lamy* n° 308, obs. V. Sélinsky et n° 95-D-59, 19 sept. 1995, *recueil Lamy*, n° 644, obs. V. Sélinsky.

ententes sur les répartitions de clientèle ou de marchés, que la pratique ... établit une gradation des comportements anticoncurrentiels par ordre de gravité – même si la loi ne fait pas de même – entre abus de position dominante, ententes verticales et entente horizontale, ce dernier comportement étant considéré comme le plus préoccupant ». Elle énonce ensuite les « indicateurs » retenus en l'espèce par le Conseil et qui ne laissent aucun doute au regard de la « jurisprudence » des autorités de concurrence tant nationale que communautaire, à savoir l'emprise des pratiques sur le marché, la persistance et l'étendue non seulement géographique mais temporelle de ces dernières, leur sophistication et l'existence d'une « police »¹⁵ de l'entente. Reprenant l'ensemble de ces éléments, les magistrats relèvent l'exacte appréciation faite par le Conseil de la « gravité exceptionnelle » qui avait, « *en outre* (sic) examiné la gravité des pratiques au regard du contexte de crise et du rôle des pouvoirs publics » (page 28). Dans un long contrôle des arguments invoqués par les parties poursuivies mais jugés inopérants, la Cour conclut sur la gravité de l'entente que le Conseil a donc « répondu exactement et suffisamment sur ce point » (p. 28).

C'est en revanche dans le second temps du raisonnement, celui de l'individualisation des sanctions, que le Conseil aurait dû tenir compte de certains éléments invoqués par les entreprises, éléments qui n'avaient « de sens » que pour cette étape. C'est sur ce second point que le raisonnement de la Cour nous semble important et fondé, bien qu'*in fine* elle ne s'y tienne pas.

II. Une remarquable méthodologie de l'individualisation des sanctions

Alors qu'une bonne partie de la doctrine ne cesse de réclamer toujours plus de sécurité juridique et de prévisibilité pour les entreprises¹⁶, vertu auxquelles la doctrine classique voue un véritable culte¹⁷, oubliant d'ailleurs que le mécanisme doit aussi être ou devenir véritablement dissuasif¹⁸ et qu'un certain « degré d'incertitude sur le montant réel de la sanction peut accroître son effet dissuasif¹⁹, les magistrats proposent, à notre avis, une bonne méthodologie reposant sur la distinction entre les conséquences de la clémence et celles de la non contestation des griefs et sur une analyse très moderne de la notion de groupe de sociétés ou de réseau organisé pour apprécier les responsabilités de ces dernières.

A. Distinction et cumul éventuel entre « clémence » et « non contestation des griefs » sur la sanction.

Dans cette affaire du cartel de l'acier, certaines sociétés, dont Descours et Cabaud SA, avaient bénéficié d'une procédure de clémence, la plupart des autres ayant au cours de l'instruction reconnu les griefs, du moins ne les avaient pas contestés. L'affaire soulevait donc la question de la méthodologie à suivre sachant qu'il faut tenir compte de deux impératifs selon la cour

¹⁵ Critère qui a d'ailleurs été introduit dans les Lignes directrices de la Commission européenne en 2006.

¹⁶ Ch. Vilmart précitée, p. 3.

¹⁷ Revue *Procès* 1989, n° 9, p. 32.

¹⁸ Résolution du Parlement européen du 9 mars 2010, lequel souligne par ailleurs la nécessité de tenir compte de la situation des PME qui sont « comparativement plus durement touchées par les amendes disproportionnées que les grandes entreprises.

¹⁹ Travaux du Groupe de travail de l'European Competition Authorities (ECA) : Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence – principes pour une convergence [http://www.conseil-concurrence.fr/doc/eca_ppes_convergences.pdf]

l'appréciation « globale » de la pratique incriminée et l'individualisation des sanctions, principe général du droit répressif, au sens de la CEDH.

Sur ce premier point le raisonnement des magistrats est très précis et convaincant. Ils rappellent d'abord opportunément la différence entre clémence et non contestation des griefs. La clémence est un instrument de « politique de la concurrence » confié au Conseil et aujourd'hui à l'Autorité de la concurrence et qui vise à fournir des éléments de nature à faciliter la cessation définitive du comportement anticoncurrentiel en échange d'une sanction modérée dans une fourchette négociée (p. 38). Cet instrument confié aux seules autorités de concurrence pour appliquer la politique, et non au juge, ne relève donc logiquement pas du contrôle de pleine juridiction mais, dans l'hypothèse où il s'est concrétisé par un accord, comme c'est le cas ici entre le Conseil et Descours et Cabaud, du seul contrôle de la licéité du contrat. Les magistrats expliquent encore de façon tout aussi convaincante que la clémence permet à l'autorité de concurrence (Conseil ou Autorité) d'exonérer totalement ou partiellement des sanctions pécuniaires l'entreprise qui coopère, mais cette exonération se fait sur la base des sanctions encourues, donc des sanctions déjà préalablement individualisées et tenant compte notamment, si tel a été le cas, des réductions liées à une non contestation des griefs. Dans le cas de l'entreprise Descours et Cabaud, il convenait de respecter ces deux étapes : écrêtement lié à la détermination de la sanction encourue par individualisation de cette dernière, puis exonération (*expressis verbis*) au titre de la clémence et dans la fourchette arrêtée. C'est précisément ce qu'avait fait le Conseil dans la fourchette qu'il a proposée et qui a été acceptée par l'entreprise (10 à 30%). C'est d'ailleurs la présentation du Conseil que fait sienna la Cour en abordant dans le point E.62 (la question de la non contestation des griefs).

Sur ce terrain la Cour rappelle, qu'à la différence de la clémence, la non contestation des griefs dont on sait qu'elle ne vaut pas reconnaissance de culpabilité ni même d'une qualification juridique quelconque pouvant avoir des effets sur le terrain civil ou pénal, relève de son appréciation dans le cadre de l'individualisation de la sanction et donc du contentieux de pleine juridiction, ce qui l'autorise à modifier, ici à réduire sensiblement, le montant des amendes. Les juges précisent deux points à cet égard. D'une part, ils mentionnent l'indépendance pour les entreprises qui ne contestent pas les griefs de la décision rendue en matière de clémence, ce qui est logique du point de vue tant matériel, la clémence accordée à telle entreprise déterminée n'ayant aucune raison de profiter aux autres et correspondant à une meilleure protection de la concurrence que du point de vue formel du fait de l'effet relatif des conventions. D'autre part, il faut que pour les entreprises bénéficiaires de l'écrêtement, si minime soit il, il soit « vécu » (sic) comme juste et acceptable. Cette référence au « vécu » de l'entreprise nous semble pour le moins contestable et reposer sur un critère par trop subjectif. Il est d'ailleurs en contradiction avec la suite de la décision où la Cour prend soin d'analyser – même si l'on ne partage pas toujours les arguments - les faits qui peuvent servir à la motivation de sa décision. Il aurait sans doute mieux valu dire que les entreprises doivent pouvoir évaluer les conséquences de leur démarche de collaboration. Dans son activité de juge de plein contentieux, la Cour de Paris est tenue elle-même à motivation. C'est cette motivation concernant l'assiette des sanctions qui nous paraît aussi mériter approbation dans sa démarche du moins, à la différence de ceux qui la trouve « curieuse »²⁰.

B. Une méthodologie reposant sur une reconnaissance « réaliste » du groupe de sociétés

²⁰ D. Mainguy précité.

D. Mainguy, reproche au Conseil d'avoir trop systématiquement retenu le chiffre d'affaires total du groupe, et non celui de l'entreprise poursuivie au sein de ce groupe (argument d'Arcelor et de KDI au sein du groupe). Ce reproche qui est le sien mais qu'il attribue aussi à tort à la Cour – à aucun moment, elle ne fait un tel reproche -, ne nous paraît pas fondé et néglige l'analyse substantielle du groupe, notamment telle qu'elle a été proposée par G. Teubner à propos des questions de responsabilité des groupes de sociétés²¹.

Les magistrats prennent soin de rappeler que « les précisions nombreuses que donne l'article L 464-2 du Code de commerce...devraient conduire le conseil et conduiront la cour à devoir expliquer l'élaboration du chiffre de chaque amende à partir du plafond légal applicable à chaque société concernée » (point E.71, p. 41). C'est précisément la méthode qu'a suivie le Conseil et ce dans une « motivation que la Cour reprend à son compte » pour les sociétés du groupe et c'est la raison pour laquelle, on ne comprend pas les sommes finalement retenues ni la référence à l'atteinte moyennement modérée ».

Reprenons la méthode...

Le Conseil affirme que « La société PUM service Acier n'est pas uniquement poursuivie pour le comportement de ses filiales : il lui est également reproché d'avoir elle-même participé de manière active aux pratiques et de les avoir impulsées, en influençant ses filiales mais également une partie de ses concurrents (p. 42). Il poursuit : « dès lors la prétendu autonomie des filiales est en tout état de cause sans effet sur le calcul du plafond de la sanction, qui doit tenir compte du chiffre d'affaires consolidé du groupe et de l'appréciation de l'amende infligée à chacune des sociétés du groupe ». Ceci signifie que l'autonomie formelle des sociétés n'a pas d'impact sur le calcul du montant du CA qui est à prendre en considération lequel doit être le CA consolidé du groupe mais que, du point de vue de la responsabilité et de la sanction des sociétés, cela ne remet pas en cause l'autonomie des filiales et le calcul du montant individualisé du plafond de la sanction elle-même pour chacune d'entre elles. Cette façon de procéder qui tient compte à la fois de l'existence du groupe (CA retenu) et du rôle de chaque société en ce qui concerne sa responsabilité ressemble étrangement aux propositions de G. Teubner sur ce qu'il appelle le « réseau-organisation. A la différence de la corporation classique, « le réseau n'agit pas par l'intermédiaire d'un centre unitaire d'action et de volonté, mais au travers d'une multiplicité de 'nœuds' ; chaque 'nœud' agit simultanément pour lui-même et pour le 'filet' »²². Et l'auteur de tirer les conséquences de cette analyse en termes de responsabilité, question trop souvent négligée, estime-t-il. La réponse politique et juridique à cette question lui paraît résider dans le fait de saisir chaque unité (autonomie) mais également la « centrale », les nœuds et le filet. Cette proposition rejoint le raisonnement adopté ici et qui repose sur la définition même du groupe de sociétés caractérisé traditionnellement par l'autonomie juridique des filiales mais l'unité de décision²³.

A la doctrine qui appelle de se vœux des lignes directrices en la matière, on répondra que c'est sans doute ce qu'a fait et bien, nous semble-t-il, la Cour. On regrette d'autant plus que cette méthodologie est totalement oubliée dans la conclusion qui, elle, est beaucoup plus critiquable en faisant appel à des considérations étrangères.

²¹ Droit et réflexivité, éd. Jurid. Kleuver, Durnen, Belgique, 1995, « chapitre 9 : l'hydre à plusieurs têtes comme acteurs collectifs de degré supérieur ».

²² op. cit., p. 287.

²³ J. M. Moulin, Droit des sociétés et des groupes, Lextenso, 4ème éd ; Paul Le Cannu et Bruno Dondero, Droit des sociétés, Montchrestion, 2009 ; Guyon, Droit des affaires, t. 1, 12e éd., Economica, 2003. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, Droit commercial, t. 1, vol.

III. ruinée par ...des considérations étrangères.

L'ensemble des commentateurs a relevé, pour la critiquer, la prise en compte par le Cour de la crise économique, condition non prévue par les textes et qui conduit à s'interroger sur le point de savoir si les juges ne se livrent pas à une analyse de politique économique en sortant ainsi de leur rôle.

A. la crise économique

L'arrêt vise expressément la « crise économique à deux reprises ». Dans son point E.2 « Sur la gravité des pratiques », d'une part, et dans sa conclusion (E. 74) pour affirmer que l'atteinte à la concurrence est moyennement grave, « tempérée notamment par l'état de crise économique ». Dans des développements qu'approuvent les juges d'appel, le Conseil avait pris soin de relever les facteurs aggravant de l'entente et de répondre de façon détaillée à certains arguments invoqués donc en vain par les entreprises pour « atténuer la gravité de leurs comportements (« parasitage » des marchés par les pouvoirs publics, absence de préjudice des cocontractants amont ou aval, ineffectivité du comportement²⁴.

La prise en compte du progrès social avait fait son entrée en droit français dans le dispositif sur le contrôle des concentrations. La LRE de 2001 marque une avancée sociale spectaculaire par l'élargissement de ce fait justificatif des ententes et des positions dominantes. En vertu du nouvel art. L. 420-4 c. com. (18), ne sont pas prohibées les ententes et les positions dominantes ayant des effets anticoncurrentiels (limités) mais dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont eu pour effet un progrès économique « y compris par la création ou le maintien d'emplois ». Dès cette époque A. Pirovano s'interrogeait sur l'aptitude du droit de la concurrence à contribuer au progrès social et sur cette « hybridation » de la norme concurrentielle²⁵. En matière d'entente, elle joue comme fait justificatif au même titre que l'entente résultant d'un texte réglementaire.

Ici, la référence à la crise est surprenante car elle est invoquée non au titre de l'article L 420-4 mais, c'est-à-dire comme circonstance atténuante, mais dans l'appréciation même de l'entente. En effet, après avoir approuvé la motivation du Conseil rejetant les arguments des entreprises qui se réclamaient « à tort » d'arguments (*supra*) pour atténuer la gravité de leur comportement, la Cour considère surtout que le Conseil a « **abordé de manière trop brève le contexte de crise économique, générale et particulière à la métallurgie** »²⁶. Ce n'est donc pas dans un temps second du raisonnement, après avoir établi l'entente, qu'il faudrait faire appel à la crise (article L420-4) mais, dès le départ, pour qualifier l'entente et sa gravité (article L 420-1). Ce point du raisonnement ne peut donc formellement être rattaché aux faits justificatifs²⁷ alors que l'on sait que, même si c'est extrêmement rare, que la crise est admise par les autorités françaises. Si la Cour prend le soin de rappeler que les entreprises ne peuvent pas défendre l'idée que leur seule issue dans cette crise était le « rapprochement, voire finalement l'entente ou la concentration ». Il est quand même surprenant qu'elle retienne le caractère modéré de la pratique alors que lorsque très exceptionnellement l'exemption a été

²⁴ On sait que l'entente est condamnable dès lors que son objet est concurrentiel. *Supra*.

²⁵ A. Pirovano, Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001, *D.* 2002, p. 62.

²⁶ Le reproche majeur était que pour le Conseil le CA servant de base aux sanctions incluait « nécessairement » l'état de crise pour chaque société (p. 29).

²⁷ M. Malaurie-Vignal (*Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, 3ème éd., n°369) rappelle que la crise économique ou sociale n'est pas un fait justificatif de l'entente tant en droit interne que communautaire : CJCE15 oct. 2002 (2 affaires) *Europe*, 2002, n° 423, obs. L. Idot.

admise, l'entente de crise n'est tolérée que sous des conditions strictes tenant notamment au fait que le progrès ne doit pas simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises mais à la collectivité tout entière et notamment aux consommateurs²⁸. Le Conseil avait considéré pour sa part, mais la Cour estime l'argument de type rétributif, voire rémunérateur(?!), que « les pratiques de cartel auraient constitué une atteinte au surplus des consommateurs bien plus significative que les prétendues conséquences » des sanctions (p. 37).

Fondamentalement alors que la méthodologie - que nous approuvons - développée par la Cour tend à distinguer strictement la qualification de l'entente qui doit être globale, de la sanction qui doit être individuelle, cette dernière revient sur cette distinction dans un souci que l'on ne peut expliquer que par une volonté de clémence au sens général du terme.

La chose n'a au fond guère pour surprendre. « La sidérurgie a été et demeure plus ou moins, dans tous les pays, un bien 'quasi-public'. C'est reconnaître... que l'intérêt général vient au secours de la raison économique défaillante... mais aussi de la raison juridique »²⁹. Depuis ses origines, « la sidérurgie fournit l'exemple d'un système juridique privé qui a pu vivre pendant des années au sein du système juridique libérale en totale opposition avec lui »³⁰.

Il a toujours existé un consensus généralisé pour regarder avec bienveillance ce secteur et les politiques publiques de concurrence française et européenne ont très peu perturbé les politiques privées menées par les pouvoirs privés, comme en témoignent les rares avis rendus par la Commission Technique des Ententes et les décisions des autorités de concurrence dans le domaine de la sidérurgie³¹. Lorsque l'on sait que le résultat économique de cette planification privée a été essentiellement de conduire pendant des dizaines d'années à une surcapacité de production négligeant toute étude de marché à long terme, l'étude du Cabinet LECC Consulting France fournies à la demande de PUM Arcelor fait sourire. Cet « expert » justifie ce qu'il appelle pudiquement une « politique commerciale coordonnée » par la nécessité d'organiser une réponse à la crise de la surcapacité de production alors que cela faisait plus de dix ans que le centre de production n'a cessé de se déplacer vers la Chine ! Rien n'a donc changé depuis les années 1970 où déjà était dénoncée la caricature de concurrence dans la sidérurgie³².

La décision de la Cour d'appel de Paris s'inscrit apparemment dans cette continuité, ce qui n'est pas surprenant. Ce qui l'est, en revanche c'est que, ce faisant, elle s'inscrit résolument dans le champ de la politique économique et soulève la polémique.

B. vers un gouvernement des juges ?

Même pour qui n'est pas hostile à l'instauration de la polémique en droit de la concurrence³³, cette décision surprenante aurait au moins mérité d'être « mieux expliquée ». C'est en effet le minimum auquel on est en droit de s'attendre à partir du moment où le juge sort d'une conception étroite de sa fonction. Il faut rappeler que depuis 1986, notre droit de la

²⁸ Cons.conc. avis n° 99-A-18, 17 novembre 1999, Pratiques des prix promotionnels uniques, *BOCC* 31 mars 2000, p. 169.

²⁹ A. Pirovano, Dir., *Sidérurgie et droit de crise*, PUF/CNRS 1983, p.11.

³⁰ L. Boy et A. Pirovano, *Dirigisme privé et dirigisme public dans l'industrie sidérurgique*, in A. Pirovano, Dir., *Sidérurgie et droit de crise*, op. cit., p.24. Le plus ancien « comptoir » a été fondé en 1876 par les producteurs de fonte de Lorraine.

³¹ Ouvrage précité p. 27 et s. ; J.G. Padioleau, *Quand la France s'enferme*, 1981, p. 16.

³² B. Stora, *Crise, puissance, perspectives de la sidérurgie nationale mondiale*, *Economica* 1979, p. 127.

³³ D. Mainguy, op. cit., p. 3

concurrence n'a cessé de distendre le lien étroit qui le liait au pouvoir politique pour se « juridiciser » d'abord en droit des pratiques anticoncurrentielles (1986 : les décisions sont prises par le Conseil puis 2008 : contrôle des opérations de concentration³⁴).

Substantiellement, le modèle « juridique » est caractérisé par le triptyque suivant :

- le droit à un juge ou un véritable tiers arbitre³⁵,
- le droit à une motivation des décisions,
- le droit à un recours, au sens d'une « re-discussion » de la question de droit posée.

En matière de droit économique, les exigences de cette épure de la décision judiciaire emportent des conséquences à la fois plus graves et moins graves que dans le reste du contentieux. Plus graves, car dans une société marchande où les enjeux financiers sont fabuleux, les sentences dans le domaine économique ont des impacts inestimables³⁶. Moins graves, si l'on veut bien admettre que les valeurs non marchandes ont sans doute « plus de prix » que les valeurs financières³⁷. Les conséquences économiques et financières directes des décisions des diverses autorités de concurrence sont sans doute moins dramatiques humainement que certaines décisions des juges de droit commun³⁸.

Le contrôle des décisions en matière d'opérations de concentration oscille encore entre contrôle politique, contrôle juridictionnel et gouvernement des juges³⁹. La décision cartel de l'acier oblige à s'interroger sur le point de savoir s'il n'en est pas de même en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Dans cette matière, le juge tente d'effectuer un contrôle très approfondi du fait de l'obligation qui est la sienne de motiver sa décision. En même temps, juge intervenant souvent dans l'urgence, il ne peut souvent en théorie qu'annuler ou valider un acte qu'il ne peut, en principe, réformer⁴⁰. C'est seulement en matière de contrôle de pleine juridiction qu'il peut réformer la décision. Un bilan de ses décisions démontre cependant qu'il semble avoir partiellement résolu cette contradiction. Dans le souci de pédagogie qui anime ses décisions (ici celle de la Cour), il parvient parfois à effacer la frontière bien connue entre contentieux de l'excès de pouvoir et de plein contentieux, en estimant finalement divisible la décision de l'autorité de concurrence⁴¹.

On avait déjà observé cette ambiguïté dans le contrôle du juge communautaire et ce n'est sans doute pas un hasard s'agissant de ce nouveau contentieux de la régulation de la concurrence⁴². Les préoccupations qui guident le juge ont pu légitimement faire craindre qu'il ne cherche à

³⁴ Pour une analyse dubitative du changement intervenu : L. Boy ; Le nouveau contrôle français des opérations de concentration, Une originalité regrettable ? in *Technologie et concurrence, Technology ans compétition, Liber amicorum H. Ullrich*, Mélanges H. Ullrich, Larcier 2009, p.

³⁵ E. B. Pachoukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Études et documentation internationales, 1970, p. 33 : « Par le procès judiciaire, le moment juridique se sépare du moment économique et apparaît comme un moment autonome ».

³⁶ Le montant des condamnations des entreprises par les autorités de concurrence souvent présentées comme des « records » font sourire au regard du chiffre d'affaires de ces dernières. Les montants des condamnations sont, en outre, le plus souvent provisionnés par les entreprises.

³⁷ B. Edelman, « Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel », in L. Boy (dir.), *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 353.

³⁸ L'introduction de sanctions pénales individuelles comme aux Etats-Unis remettrait en cause cette affirmation.

³⁹ A. Pirovano, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in A. Guesmi et R. Charvin (dir.), *L'Algérie en mutation*, L'harmattan, 2001, p. 129.

⁴⁰ E. Glaser, « Les méthodes de contrôle du juge administratif », in Entretiens du Palais Royal, *op. cit.*, p. 63. Théoriquement toute décision sous condition est considérée comme indivisible.

⁴¹ CE 14 mars 2003, *Crédit agricole*, disponible sur le site Internet du CE ; v. déjà avant, CE Ass. 16 mai 2003, *CGT-FO, RFDA* 2004. 109, concl. G. Goulard (Décision en matière de concentration).

⁴² L. Boy, « Le droit de la concurrence, régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP* 2004. I. 166 et *CCC* nov. 2004, n° 11, p. 16.

« exercer, par l'effet d'encouragement ou d'inhibition de ses arrêts, une influence déraisonnable, excessive, sur la conduite de politiques qu'il ne maîtrise pas et qui ne sont pas - organiquement - de son ressort »⁴³. Mais celui-ci a aussi l'obligation de contrôler les décisions des autorités concurrentielles. La difficulté à laquelle il se heurte est de tenter de justifier une « non-prise de responsabilité directe ». Formulé de façon positive, le juge prend bel et bien une responsabilité, même si elle est indirecte. Elle consiste, plutôt qu'à interdire ou autoriser purement et simplement une opération de concentration ou à sanctionner brutalement ou, au contraire, « absoudre » les entreprises, à inciter habilement celles-ci à proposer les engagements qui aillent dans le sens de la politique économique des pouvoirs publics. En matière d'entente, il faut inciter les entreprises à collaborer avec les autorités de concurrence⁴⁴ et à cesser leurs pratiques. Les engagements structurels ou comportementaux qui s'inscrivent, en outre, dans le temps, ne peuvent logiquement donner lieu à une décision que l'on peut analyser comme une décision unique, indivisible. Les engagements des entreprises, leurs pratiques ne peuvent s'inscrire dans le cadre d'un contrôle monolithique qui s'épuiserait en un instant de raison. Le juge de la concurrence, qu'on l'accepte ou non, opère donc un contrôle du contrôle des pratiques, notamment à travers les politiques qu'il s'agisse de la politique de clémence ou de régulation générale (non contestation des griefs, engagements...). Cela alimente sans doute la question du gouvernement des juges mais le juge se réfère au moins théoriquement à un ordre public qu'il doit expliciter. On sait que ses décisions sont délicates à prendre. En effet, comme l'a, on ne peut plus clairement expliqué A. Pirovano, sur le plan de la théorie juridique, il convient de noter que le droit de la concurrence combine d'abord trois systèmes de normes (liberté concurrentielle, liberté contractuelle, droit de propriété) et que ce premier « triptyque doit être « éclairé » par un autre impliquant trois logiques difficilement conciliables : économie de la concurrence (théorie économique), droit de la concurrence et politique de la concurrence »⁴⁵

Enfin, on aurait aimé cependant que, sur la base d'une méthodologie qui nous paraît à titre personnel exemplaire et constituer un guide très utile, les magistrats qui s'en écartent, l'aient fait en adoptant jusqu'au bout une démarche d'individualisation véritable de la sanction. Elle aurait dû tenir compte de la situation des moyennes entreprises qui sont proportionnellement sanctionnées plus lourdement que les « poids lourds ». Elle aurait dû aussi envoyer un message vraiment fort envers ceux qui choisissent la voie que l'on dit vouloir encourager⁴⁶ : la clémence.

Laurence Boy
Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis
CREDECO/GREDEG 6227 CNRS/INRA

43. M. Legal, « Quel contrôle pour le juge communautaire », in Entretiens du Palais Royal, *op. cit.*, p. 57.

44. D. Bosco, Le Conseil de la concurrence clarifie la procédure d'engagements, L'ESSENTIEL, Droit des contrats, 1^{er} juin 2008.

45. L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne, in Dir. A. Guesmi et R. Charvin, *L'Algérie en mutation*, L'Harmattan, 2001, p. 129.

46. B. Lasserre, colloque précité.