

ILLUSTRATION DES EVOLUTIONS RELATIVES AUX MESURES CONSERVATOIRES DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE : LA DECISION FRANCE TELECOM DU 19 DECEMBRE 2001

Laure MERLAND

Docteur en droit - Chargée de cours à l'Université d'Aix-Marseille

Thème : Conseil de la concurrence - Mesures conservatoires – Anticipation – Préjugement – Pratique manifestement illicite – Pratique potentiellement illicite – Trouble manifestement illicite - Impartialité – Mesures conservatoires autres que celles demandées par les parties – Loi « NRE » - Atteinte grave et immédiate – Droits de la défense – Délais de mise en état – Principe du contradictoire – Art. 6 Convention EDH – Décision n° 01-MC-07 du 21 décembre 2001 – décision n° 02-MC-02 du 27 février 2002

Entre protection des droits de la défense et efficacité, le droit des mesures conservatoires cherche un équilibre. La décision n° 01-MC-06 du 19 décembre 2001 est intéressante car elle cristallise les évolutions de la matière.

Premièrement, face à l'hostilité croissante de la Cour de cassation à l'égard mesures conservatoires présentées comme de véritables anticipations du fond, et prononcées sur la base d'une urgence toujours plus relative, le Conseil de la concurrence abandonne la référence au caractère manifestement illicite de la pratique dénoncée et réaffirme la nécessité d'une atteinte grave et immédiate à un intérêt concurrentiel.

Deuxièmement, pour renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, les pouvoirs du Conseil de la concurrence ont été accrus. En l'espèce, pour la première fois depuis l'adoption de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, le Conseil fait usage de la faculté qui lui a été laissée d'ordonner des mesures autres que celles demandées par les parties.

Enfin, le Conseil réaffirme son contrôle sur la mise en état de la procédure d'urgence et dénie aux parties la possibilité de se prévaloir d'un dépassement des délais fixés par le président.

Ces évolutions ont été confirmées dans les deux décisions rendues par le Conseil de la concurrence en matière de mesures conservatoires prononcées contre la société France Télécom les 21 décembre 2001 et 27 février 2002.

I. - La restauration de la confiance des défendeurs à l'égard des mesures conservatoires 3

- A. - L'abandon de la référence au caractère illicite ou manifestement illicite des pratiques dénoncées3
- B. - Le maintien de la référence au caractère potentiellement illicite des pratiques dénoncées et de la démonstration d'une atteinte grave et immédiate à la concurrence7

II. - Un souci d'efficacité : le renforcement du contrôle de la procédure conservatoire par le Conseil de la concurrence9

- A. - La possibilité pour le Conseil de la concurrence d'ordonner des mesures conservatoires autres que celles demandées par les parties9
- B. - L'impossibilité pour les parties de se prévaloir de l'inobservation des délais de mise en état de la procédure conservatoire11

1. - Préserver la confiance des défendeurs à l'égard des mesures conservatoires tout en renforçant l'efficacité de ces dernières. C'est l'objectif vers lequel tend le Conseil de la concurrence dans sa décision du 19 décembre 2001¹. En l'espèce, la société France Télécom, souhaitant s'assurer une place de choix sur le marché des télécommunications, commercialise depuis 1996 des forfaits qui comprennent des prestations en monopole (abonnement à la ligne téléphonique, numéros d'accès à l'Internet payant) et des prestations ouvertes à la concurrence le 1^{er} janvier 2002 (communications locales). Les prix proposés sont particulièrement attractifs pour les consommateurs. En outre, elle réserve l'une de ses offres, le forfait « *Option Plus* », aux clients qui résilient leur présélection auprès d'un opérateur alternatif, et dans une campagne publicitaire, la présente couplée à d'autres forfaits. Les sociétés Télé 2 et Cégétel saisissent le Conseil de la concurrence de ces pratiques qu'ils estiment anticoncurrentielles, et sollicitent, pour les faire cesser, le prononcé de mesures conservatoires. Le Conseil de la concurrence déclare les saisines recevables. Au préalable, il rejette la demande d'annulation de la procédure formulée par France Télécom, pour dépassement par Cégétel des délais de mise en état fixés par le président du Conseil. Puis le Conseil constate qu'« *en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que le couplage des prestations en monopole et en concurrence dans les offres tarifaires... ainsi que le couplage publicitaire des offres... constituent... des pratiques par lesquelles l'opérateur historique abuse de la position dominante qu'il ne conteste pas occuper* ». Relevant l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur concerné, dont la cause résidait dans « *les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la saisine au fond* », le Conseil ordonne des mesures conservatoires. Cependant, celles-ci sont sensiblement différentes de celles demandées.

¹ Cons. Conc., déc. n° 2001-MC-06 du 19 décembre 2001, *relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégétel*, B.O.C.C.R.F., 1^{er} janvier 2002. Pour une présentation de la décision, voir par exemple Cons. Conc., Communiqué de presse, <http://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/communiqués/comm16.htm> ; A. Ronzano, *Informations CREDA/Forum*, 4 janvier 2002, <http://listes.cru.fr/wws/arc/creda-concurrence/> ; J.-P. Tran Thiet, *Informations CREDA/Concurrence*, 4 janvier 2002, <http://www.cci.fr/creda/forum/>

2. - La décision n° 01-MC-06 souligne l'abandon de la référence au caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées et l'exigence réaffirmée de la démonstration d'une urgence à l'appui du prononcé des mesures conservatoires. Par là même, cette décision s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence récente de la Cour de cassation qui vise à restaurer la confiance des défendeurs à l'égard des mesures conservatoires (I). Parallèlement, dans un souci d'efficacité, le Conseil de la concurrence affiche un contrôle accru de la procédure, au travers de l'affirmation de la maîtrise de la mise en état du dossier et du pouvoir offert par la loi « NRE » d'ordonner des mesures conservatoires autres que celles demandées par les parties (II).

I. - LA RESTAURATION DE LA CONFIANCE DES DEFENDEURS A L'EGARD DES MESURES CONSERVATOIRES

3. - Alors qu'il aurait pu retenir le caractère manifestement illicite des pratiques de la société France Télécom, le Conseil de la concurrence se borne à relever leur caractère potentiellement illicite. En réalité, l'abandon de la référence au caractère manifestement illicite apparaît comme un moyen d'éviter un préjugement, dont l'existence nuirait à la confiance que les défendeurs pourraient avoir dans l'impartialité du Conseil (A). De plus, le maintien de la référence au caractère potentiellement illicite de la pratique dénoncée, doublé de la démonstration d'une atteinte grave et immédiate à la concurrence, assure les défendeurs contre un prononcé arbitraire de mesures conservatoires (B).

A. - L'abandon de la référence au caractère illicite ou manifestement illicite des pratiques dénoncées

4. - Les autorités françaises et communautaires de la concurrence ont longtemps exigé la démonstration du caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées à l'appui de la demande de mesures conservatoires². Plus les faits paraissaient illicites, moins le recours aux mesures conservatoires - et aux dérogations qu'il implique - était problématique. Ainsi, en 1959, la Cour de justice des Communautés européennes s'assure qu'il existe « une forte présomption en faveur de la demande formulée au principal »³. En 1980, dans l'affaire « Camera Care », elle exige que le prononcé des mesures conservatoires repose sur la constatation d'une infraction « vraisemblable »⁴. En 1982, dans une décision « Ford », elle va même jusqu'à requérir le constat d'une infraction « hautement vraisemblable »⁵. Le Conseil de la concurrence, à partir de 1988, dans de nombreuses affaires, vérifie que la pratique dénoncée est « manifestement illicite » avant d'ordonner des mesures conservatoires⁶.

² Cf. J. Boulouis, M. Darmon, J.-G. Huglo, *Contentieux communautaire*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2001, n° 294.

³ C.J.C.E., ord., 20 octobre 1959, *Van Lachmuller*, 43/59 R, Rec. 1960, p. 983.

⁴ C.J.C.E., Aff. 792/79 Rec., p. 119.

⁵ C.J.C.E., 18 août 1982, J.O.C.E. n° L. 256, 2 septembre.

⁶ Cons. Conc., déc. n° 88-MC-07, *Isafrance*, B.O.C.C.R.F., 30 juin 1988 ; déc. n° 88-MC-11, *Quantel*, B.O.C.C.R.F., 13 août 1988 ; déc. n° 88-MC-15, *Pecastaing*, B.O.C.C.R.F., 29 octobre 1988 ; déc. n° 88-MC-16, *Pecastaing*, B.O.C.C.R.F., 30 novembre 1988 ; déc. n° 89-MC-01, *Publi-Caza*, B.O.C.C.R.F., 9 février 1989. Sur cette question, cf. A. Guillotin, *Les mesures conservatoires en droit français de la concurrence*, R.J.C. 1993, p. 272 ; E. Putman, *Les mesures conservatoires en droit français de la concurrence*, R.R.J. 1997, n° 3, p. 887 s. ;

5. - Cependant, la référence par le Conseil de la concurrence au caractère manifestement illicite de la pratique dénoncée constitue un préjugement. En effet, le Conseil se prononce en ce cas sur une question analogue⁷ à celle tranchée au fond, ordonnant, comme le ferait un magistrat du principal, des injonctions de faire ou de ne pas faire qui pourraient être confirmées à titre définitif. Tel ne serait pas le cas si le Conseil prononçait des mesures par essence conservatoires, comme par exemple, des mesures de séquestre. Ici, le Conseil prendrait position sur des questions sensiblement différentes à celles traitées au fond. Mais le Conseil de la concurrence ne s'est pas reconnu compétent pour ordonner de telles mesures⁸. Les mesures conservatoires qu'il ordonne peuvent toutes relever d'une décision définitive. Aussi, chaque fois qu'il se prononce sur le caractère prohibé d'une pratique, le Conseil de la concurrence préjuge du fond⁹.

6. - Or, d'une part, l'anticipation du fond contenue dans les mesures conservatoires conduit les plaideurs à s'en satisfaire, et à les ériger, de fait, au rang de solutions définitives¹⁰. En offrant une solution rapide aux litiges et en désengorgeant les rôles, les mesures conservatoires connaissent un succès sans précédent. Ordonnées sur la base d'une urgence toujours plus relative, elles anticipent les solutions de fond, et peu à peu, s'y substituent. Tout comme les juridictions du fond, le Conseil de la concurrence doit faire face à une augmentation des demandes de mesures conservatoires, les plaideurs espérant avant tout une solution rapide à leurs litiges¹¹. Le Conseil a d'ailleurs assoupli ces dernières années son appréciation de la gravité et de l'immédiateté de l'atteinte pour satisfaire à la pression des demandes de mesures conservatoires et renforcer l'efficacité de son action. Durant des années, le caractère temporaire des mesures conservatoires était un argument servant à légitimer l'anticipation du fond toujours plus grande que s'autorisent les juges du provisoire. Certes, en droit français, le préjugement n'est plus interdit depuis 1971¹². Mais la Cour de cassation tente désormais de juguler cette pratique qui modifie l'équilibre de la justice¹³. Ici

A. Piroche, *Les mesures provisoires de la Commission des Communautés européennes dans le domaine de la concurrence*, R.T.D.Eur. 1989.3.25 ; L. Idot, *Les mesures provisoires en droit de la concurrence : un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence*, R.T.D.Eur, 1993.4.581.

⁷ La Cour européenne des droits de l'homme caractérise le préjugement lorsqu'un magistrat s'est prononcé sur une question analogue à celle du fond : cf. C.E.D.H., 6 juin 2000, *Morel contre France*, Bull. Inf. Cass, 15 juillet 2000, p. 35.

⁸ Cons. Conc., déc. n° 200-MC-02 du 22 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Novolab France, B.O.C.C.R.F., 21 avril 2000.

⁹ Cass. Com., 9 octobre 2001, note L. Merland : « *Le Conseil de la concurrence face à l'impératif d'impartialité : les mesures conservatoires reconnues comme préjugement* », www.droit21.com.

¹⁰ Cass. Com., 9 octobre 2001, préc. A. Lacarabats, *Le référé*, in *Le Nouveau Code de procédure civile vingt ans après*, La Documentation Française, 1998, p. 213. Le phénomène est identique en droit communautaire : J.-F. Van Droogbroeck, *Les compétences internationales et territoriales du juge du provisoire (Les mesures provisoires et le litige européen)*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Etude de droit comparé*, sous la dir. de J. Van Compernelle et G. Tarzia, Bruylant, 1998, p. 480.

¹¹ B. Lasserre, *Efficacité des procédures d'urgence et politique préventive du Conseil de la concurrence*, Colloque sur l'efficacité de la politique de la concurrence, 15^{ème} anniversaire du Conseil de la concurrence, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 13 février 2002, à paraître aux Petites affiches.

¹² Décr. 9 septembre 1971. Sur cette question, cf. Strickler (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse dact. Strasbourg, 1993, sous la dir. de G. Wiederkehr, p. 57 s. ; L. Merland, *Recherche sur le provisoire en droit privé*, thèse Aix-en-Provence, préf. J. Mestre, PUAM, 2001, n° 263 s.

¹³ R. Perrot, *L'évolution du référé*, Mélanges P. Hébraud, Faculté de droit et de sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567 s.

en effet, les garanties d'un procès équitable offertes par la loi voient leur effectivité amoindrie et la procédure conservatoire est détournée de sa finalité¹⁴. Aussi, la Haute juridiction contrôle la motivation de l'absence de contestation sérieuse ou du caractère manifestement illicite des faits en cause¹⁵. Dans un arrêt du 18 avril 2000, la Chambre commerciale de la Cour de cassation précisait que le Conseil de la concurrence n'avait pas à retenir le caractère manifestement illicite d'une pratique pour ordonner des mesures conservatoires¹⁶. Dans cette affaire France Télécom, le Conseil de la concurrence satisfait aux souhaits de la Cour de cassation. Il évite d'anticiper le fond par référence au caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées.

7. - D'autre part, le préjugement, au stade des mesures conservatoires, sème le doute sur l'impartialité de son auteur, si celui-ci doit ensuite participer à la procédure principale.

En l'espèce, c'est donc l'exigence d'impartialité qui peut encore justifier l'abandon de la référence au caractère manifestement illicite de la pratique dénoncée. En effet, depuis 1998 la Haute juridiction interdit aux juges ayant préjugé à l'occasion de la procédure conservatoire de participer au fond, au nom du principe d'impartialité, conformément aux souhaits de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷. Le 9 octobre 2001, elle condamne ainsi la présence au fond des membres du Conseil de la concurrence ayant préjugé lors de la procédure conservatoire¹⁸. Celui-ci se trouve alors face à un choix : se taire sur le fond à l'occasion de la procédure conservatoire, ou interdire aux membres qui ont préjugé de participer au fond. Certes, dans le Rapport de l'année 2000, le Conseil décidait que « *sauf impossibilité, les membres et présidents s'étant prononcés sur une demande de mesures conservatoires ne siègeront pas dans la formation appelée à se prononcer sur le fond* »¹⁹. Cependant, il se peut qu'en l'espèce, les membres ayant statué au conservatoire, pour diverses raisons, ne puissent renoncer au fond. Il se peut encore que le Conseil de la concurrence ait décidé de revenir sur sa déclaration. L'abandon de la référence au caractère manifestement illicite, et donc l'absence de préjugement, serait justifié par la volonté du Conseil de la concurrence d'autoriser les membres présents au conservatoire à statuer au fond.

8. - Le droit communautaire, quant à lui, interdit de préjuger pour éviter de tels inconvénients. L'article 86 §. 4 du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes précise à propos du référé que « *l'ordonnance n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien la décision de la Cour statuant sur le principal* ». A son tour, l'article 107 §. 4 du règlement de procédure du Tribunal de première instance

¹⁴ J.-M. Coulon, *Les solutions relatives à l'office du juge, in Le temps dans la procédure, Xvème colle des Instituts d'Etudes Judiciaires*, Clermont-Ferrand, 13-14 et 15 octobre 1983, p. 61 ; C. Bolze (C.), Ph. Pedrot, (dir.), *Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux*, Dalloz, 1996, et spéc. L. Cadiet, *Le juge unique en question*, p. 5 s., et les nombreuses références citées ; Perrot (R.), *Le juge unique en droit français*, Rev. int. Dr. comp., 1977, p. 659 s.

¹⁵ Cass. Com., 22 octobre 1992, J.C.P. 1994, éd. G., II, 22214 ; Cass. Com., 15 janvier 2002, arrêt n° 123 FS-P. ; A.P., 28 juin 1996, Bull. civ., n° 6 ; J. Noramnd, R.T.D.Civ. 1997.216 s. ; J. Boré, *La Cassation en matière civile*, Sirey, 1988, p. 628 s. ; J. Perrot, *Du provisoire au définitif, in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Draï, Dalloz, 1999, p. 447 s.

¹⁶ Cass. Com., 18 avril 2000, *Société France Télécom et société Planète Câble*, préc.

¹⁷ A.P., 6 novembre 1998, (deux arrêts), J.C.P. G., 1998.II.10198, rapp. Sargos (J.-P.) ; D. 1999, jur. 1. concl. Proc. gén. Burgelin (J.-F.) ; R.T.D.Civ. 1999.183 s., obs. Normand (J.) ; R.T.D.Civ. 1999.193, obs. Perrot (R.), R.T.D.Civ. 1999.196.

¹⁸ Cass. Com., 9 octobre 2001, préc.

¹⁹ Rapport du Conseil de la concurrence, année 2000, La Documentation Française.

précise que « l'ordonnance n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien la décision de la Cour statuant sur le principal »²⁰.

9. - Le Conseil semble avoir définitivement renoncé à préjuger lors de la procédure conservatoire. Certes, le Conseil rappelle que l'application de l'article L. 464-1 du Code de commerce suppose « soit la constatation de faits constitutifs de troubles illicites auxquels il conviendrait de mettre fin sans tarder, soit que les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la saisine au fond soient suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte révélée »²¹. En se réservant la possibilité d'ordonner les mesures conservatoires sur la base d'un trouble illicite, le Conseil de la concurrence n'exclut pas la possibilité de préjuger²². En effet, le trouble illicite est traditionnellement défini par la jurisprudence et par la doctrine comme une voie de fait²³ : « l'illicéité du trouble doit être par référence au texte de la violation duquel il résulte »²⁴. Par conséquent, en ordonnant la cessation d'un trouble illicite, le Conseil de la concurrence préjuge. L'existence d'une contestation sérieuse est sans incidence. Cependant, en pratique, le Conseil de la concurrence hésite à constater l'existence d'un trouble illicite²⁵. Les mesures conservatoires ordonnées reposent généralement sur le constat de faits manifestement ou potentiellement anticoncurrentiels. Par exemple, dans l'affaire étudiée, la société France Télécom avait violé la règle selon laquelle il n'est pas possible d'offrir des forfaits combinant des prestations en quasi monopole et en concurrence à des prix prédateurs. Celle-ci avait été précédemment mise à jour par le Conseil de la concurrence²⁶. Pourtant, il n'a pas retenu l'existence d'un trouble illicite. Il faut ajouter à cela qu'en abandonnant toute référence au caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées, le Conseil de la concurrence consacre formellement un allègement systématique des conditions d'octroi des mesures conservatoires²⁷. Implicitement, il s'engage à ne plus exiger la démonstration d'une pratique manifestement illicite. Le maintien de la référence au caractère potentiellement illicite des pratiques dénoncées est en revanche indispensable pour justifier le prononcé de telles mesures.

²⁰ J. Boulouis, M. Darmon, J.-G. Huglo, *Contentieux communautaire*, préc., n° 280.

²¹ Voir aussi Cons. Conc., déc. n° 01-MC-07 du 21 décembre 2001 relative à la saisine et à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Kosmos contre France Télécom, <http://www.finances.gouv.fr/reglementation/avis/conseilconcurrence/rech/detail.phtml>

²² Voir aussi Cons. Conc., déc. n° 02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-On Line, <http://www.minefi.gouv.fr/regulation/avis/conseilconcurrence/02mc03.htm>

²³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique Capitant*, P.U.F., 1998 ; J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, Précis, Dalloz, 25^{ème} éd., n° 1999, n° 243 ; Bokel, *La voie de fait*, D. 1970, chr. 29.

²⁴ Cl. Giverdon, J.-Cl. Proc. Civ., fasc. 233, *Référés*, 1995, n° 51, p. 10. Pour des exemples jurisprudentiels, voir Guinchard (S.), *Mégacode de procédure civile*, Dalloz, éd. 1999.

²⁵ Cf. déc. n° 00-MC-15 du 25 octobre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin, B.O.C.C.R.F., 30 décembre 2000 ; n° 00-MC-06 du 18 mai 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par M. et Mme de Kéguelin, B.O.C.C.R.F., 25 juillet 2000 ; n° 2000-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau, B.O.C.C.R.F., 21 avril 2000 ; n° 99-MC-08 du 7 décembre 1999 relative à une demande et à une saisine de mesures conservatoires présentées par l'organisation professionnelle Ténor, B.O.C.C.R.F., 7 mars 2000. Ici, le Conseil fait du trouble illicite la seule condition préalable au prononcé de mesures conservatoires mais ne relève pas son existence.

²⁶ Cons. Conc., déc. n° 2000-MC-19 du 5 décembre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications, B.O.C.C.R.F., 23 janvier 2001.

²⁷ B. Lasserre, *Efficacité des procédures d'urgence et politique préventive du Conseil de la concurrence*, Colloque sur l'efficacité de la politique de la concurrence, préc.

B. - Le maintien de la référence au caractère potentiellement illicite des pratiques dénoncées et de la démonstration d'une atteinte grave et immédiate à la concurrence

10. - Il est tout à la fois indispensable et suffisant de constater d'une part, que les pratiques dénoncées sont potentiellement illicites et d'autre part, qu'elles sont la cause directe du trouble constaté. En effet, les mesures conservatoires, lorsqu'elles sont prononcées, modifient la situation juridique des défendeurs avant toute décision sur le fond. Il convient donc d'avoir, au minimum, un soupçon, même infime, sur l'illicéité de leurs agissements. Dans le cas contraire, les mesures conservatoires seraient prononcées à l'encontre d'une personne dont il est évident qu'elle est dans son droit. Par conséquent, le constat de pratiques potentiellement anticoncurrentielles suffit²⁸. Ainsi, le Conseil peut faire reposer le prononcé de mesures conservatoires sur la recevabilité de la saisine au fond. En effet, la demande de mesures conservatoires est l'accessoire de la demande au fond. Les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la saisine au fond, lorsqu'ils sont suffisamment caractérisés, peuvent être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte révélée²⁹. Inversement, il est possible de rejeter la demande de mesures conservatoires en constatant l'irrecevabilité de la saisine au fond³⁰. Dans les deux cas, la question de fond n'est pas tranchée à l'occasion de la procédure conservatoire. Ainsi, la référence au manifestement illicite apparaît non seulement superfétatoire, mais aussi, nous l'avons vu précédemment, méprisante des droits des défendeurs au regard du principe d'impartialité.

11. - Le droit communautaire est en ce sens. Depuis l'affaire « Boosey » en 1987, la Cour de justice des Communautés européennes se contente d'un « *simple commencement de preuve raisonnablement solide établissant l'infraction* »³¹. Dès 1991, le Tribunal de première instance précise que « *l'on ne saurait assimiler l'exigence de la constatation d'une infraction prima facie avec l'exigence de certitude à laquelle doit satisfaire la décision finale* »³². Les articles 83 §. 2 du règlement de procédure de la Cour et 104 §. 2 du règlement de procédure du Tribunal de première instance imposent aux magistrats de constater les moyens de fait et de droit « *justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire* », appelés par la

²⁸ Cons. Conc., déc. n° 2001-MC-02 du 1^{er} juin 2000 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Vedette Inter-Iles Vendéennes*, B.O.C.C.R.F., 24 juillet 2001 ; n° 2000-MC-12 du 17 juillet 2000 *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Scan Coupon*, B.O.C.C.R.F., 12 octobre 2000 ; n° 2000-MC-10 du 12 juillet 2000 *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Adrian Bay*, B.O.C.C.R.F., 12 octobre 2000. En ce sens, Cass. Com., 4 février 1997, *Société Méditerranéenne de Béton SMB*, B.O.C.C.R.F., 25 mars 1997 ; Com., 18 avril 2000, *Société France Télécom et société Planète Câble*, B.R.D.A., 2000, n° 922.

²⁹ Cf. Cons. Conc., déc. n° 2001-MC-01 du 11 mai 2001 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Multivision et Télévision par Satellite*, B.O.C.C.R.F., 24 mai 2001 ; n° 2000-MC-19 du 5 décembre 2000 *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications*, préc. ; n° 1999-MC-09 du 15 décembre 1999 *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Energie de Bigorre*, B.O.C.C.R.F., 7 mars 2000.

³⁰ Cass. Com., 4 février 1997, *Société Béton de France*, B.O.C.C.R.F., 25 mars 1997 ; Cons. Conc. ; déc. n° 2001-D-49 du 31 août 2000 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence*, B.O.C.C.R.F., 30 octobre 2001 ; 2001-D-10 du 30 mars 2001 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Labarde*, B.O.C.C.R.F., 24 avril 2001. Cf. Rapport du Conseil de la concurrence pour 1997, La Documentation Française.

³¹ C.J.C.E., 29 juillet 1987, J.O.C.E., n° L.286, 9 octobre.

³² T.P.I., 12 juillet 1991, aff. T.23/90, Rec., II, p. 662.

jurisprudence le « *fumus boni juris* »³³. Ainsi, pour déclarer une demande recevable, il sera constaté que « *le recours n'apparaît pas dépourvu de tout fondement* »³⁴, que « *les moyens invoqués ... ne sont pas, à première vue, sans fondement sérieux* »³⁵, que la qualification des faits « *soulève à première vue... des doutes sérieux* »³⁶ ou que la demande soulève des « *questions délicates quant à la portée exacte* » d'un article du traité³⁷. Négativement, est précisé qu'il n'est pas nécessaire de vérifier si les moyens ont « *une apparence de bon droit* »³⁸.

12. - Les mesures conservatoires ne peuvent être ordonnées que si les pratiques potentiellement anticoncurrentielles sont la cause directe d'une atteinte grave et immédiate³⁹. En effet, le but des mesures conservatoires est de faire cesser un trouble ou une atteinte qui menace l'effet utile des décisions à venir au fond et, partant, l'effectivité des droits des parties⁴⁰. C'est pourquoi les mesures conservatoires doivent être conditionnées par l'urgence ou la nécessité⁴¹. Par exemple, en droit communautaire⁴², l'article 104 §. 2 du règlement de procédure du Tribunal de première instance prévoit que les demandes relatives à des mesures provisoires doivent spécifier les conditions établissant l'urgence⁴³. Celle-ci s'apprécie « *par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement, afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la mesure provisoire* »⁴⁴. L'article L. 464-1 du Code de commerce dispose à son tour que les mesures conservatoires sont ordonnées « *si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* ». Sur ce fondement, le Conseil de la concurrence recherche encore si « *les faits constatés sont susceptibles de causer un préjudice éminent et certain* »⁴⁵. Mais cette condition est très rarement remplie⁴⁶. Pourtant, ces dernières années, le Conseil de la

³³ Ord. Prés. T.P.I., 20 décembre 2001, aff. T-213/01 R., *Österreichische Postparkasse AG, contre Commission des Communautés européennes*, point 28, site de la Cour de Justice des Communautés, <http://curia.eu.int/fr> ; J. Boulouis, M. Darmon, J.-G. Huglo, *Contentieux communautaire*, préc., n° 294.

³⁴ Ord. C.J.C.E., 13 juin 1989, *Publishers Association*, 56/89, Rec., p. 1693.

³⁵ Ord., C.J.C.E., 31 janvier 1991, *Parlement c. Hanning*, C-345/90, Rec., I., p. 231.

³⁶ Ord., T.P.I., 5 avril 1993, *Peixoto*, T-21/93, Rec. II, p. 521.

³⁷ Ord., C.J.C.E., 11 mai 1989, *Radio Têlêfis Eirann*, 76/89, Rec., p. 1141.

³⁸ Ord., C.J.C.E., 7 juillet 1994, *Geotronics*, T-185/94, Rec., II, p. 521.

³⁹ Cf. Cons. Conc., déc. n° 99-MC-01 du 12 janvier 1999, B.O.C.C.R.F., 27 avril 1999 ; C.A. Paris, 15 mars 1999, B.O.C.C.R.F. du 3 juin 1999 ; Com., 18 avril 2000, B.O.C.C.R.F. du 23 mai 2000.

⁴⁰ Cf. Ord. Prés. T.P.I., 20 décembre 2001, aff. T-213/01, *Österreichische Postparkasse AG, contre Commission des Communautés européennes*, préc., point 66.

⁴¹ Par exemple, en droit commun, l'article 808 du Nouveau Code de procédure civile autorise le juge des référés, « *dans tous les cas d'urgence* », à prendre les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. L'article 809 du même code permet au président de la juridiction, même en présence d'une contestation sérieuse, de prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, « *soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

⁴² Cf. . Sur cette question, J. Boulouis, M. Darmon, J.-G. Huglo, *Contentieux communautaire*, préc., n° 289 et 290.

⁴³ Ord. Prés. T.P.I., 20 décembre 2001, aff. T-213/01, *Österreichische Postparkasse AG, contre Commission des Communautés européennes*, point 28, préc.

⁴⁴ Ord. Prés. T.P.I., 20 décembre 2001, aff. T-213/01, *Österreichische Postparkasse AG, contre Commission des Communautés européennes*, point 66, préc.

⁴⁵ Cons. Conc., déc. n° 02-MC-03, préc.

⁴⁶ En 2000, sur 23 demandes de mesures conservatoires, 12 ont été rejetées pour absence de démonstration d'une atteinte grave et immédiate) ; deux demandes seulement ont été accordées. Cf. Rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour l'année 2000, La Documentation Française. En 1999, c'est l'absence de démonstration

concurrence a assoupli l'appréciation de la condition de gravité et d'immédiateté de l'atteinte⁴⁷, dans le but de renforcer l'efficacité de son action. Par exemple, dans l'affaire France Télécom, l'attractivité de l'offre est un élément participant de cette caractérisation⁴⁸. Mais cet allègement ne saurait aller trop loin. Les mesures conservatoires ne doivent pas être détournée de leur finalité. Aussi, le renforcement de l'efficacité de l'action du Conseil de la concurrence semble désormais avoir trouvé un équilibre concernant les conditions d'octroi des mesures conservatoires. En outre, il s'améliore encore au travers d'une maîtrise accrue de la procédure conservatoire par le Conseil de la Concurrence. La décision n° 01-MC-06 en est une illustration.

II. - UN SOUCI D'EFFICACITE : LE RENFORCEMENT DU CONTROLE DE LA PROCEDURE CONSERVATOIRE PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

13. - C'est dans un souci de renforcer l'efficacité de la procédure conservatoires que d'une part, le Conseil de la concurrence ordonne des mesures autres que celles qui lui sont demandées (A), et que d'autre part, il dénie aux parties le droit se prévaloir de l'irrespect des délais de mise en état fixés par le président du Conseil (B).

A. - La possibilité pour le Conseil de la concurrence d'ordonner des mesures conservatoires autres que celles demandées par les parties

14. - La possibilité pour le Conseil de la concurrence d'ordonner des mesures autres que celles demandées, trouve son origine dans une décision 18 février 2000⁴⁹. La société 9 Télécom demande au Conseil, à titre conservatoire, d'interdire à France Télécom, d'étendre géographiquement une offre d'accès à Internet à haut débit selon la technique ADSL qui, à l'époque, faisait l'objet d'une expérimentations sur un territoire restreint. Le Conseil, après avoir constaté que le service en cause était porteur d'un progrès incontestable, enjoint à France Télécom de proposer aux opérateurs tiers une offre technique et commerciale d'accès au circuit concerné. Ainsi, il s'écarte de la lettre de l'article L. 464-1 du Code de commerce, qui autorise le Conseil à ordonner les mesures conservatoires *qui lui sont demandées* par les parties ou le ministre de l'Economie. La Société France Télécom saisit la Cour d'appel de Paris pour faire annuler ces mesures dont le contenu avait été déterminé par le Conseil. La Cour la déboute, estimant que si l'injonction prononcée n'a pas exactement repris les termes de la demande, il n'est néanmoins pas contestable qu'elle correspond à l'une des requêtes formulées⁵⁰. Mais de l'aveu ultérieur du Conseil de la concurrence, dans son rapport pour

d'une atteinte grave et immédiate qui a justifié le rejet des demandes : Rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour 1999, La Documentation Française.

⁴⁷ B. Lasserre, *Efficacité des procédures d'urgence et politique préventive du Conseil de la concurrence*, Colloque sur l'efficacité de la politique de la concurrence, préc.

⁴⁸ B. Lasserre, *Efficacité des procédures d'urgence et politique préventive du Conseil de la concurrence*, Colloque sur l'efficacité de la politique de la concurrence, préc.

⁴⁹ Cons. Conc., déc. n° 00-MC-01 du 18 février 2000, B.O.C.C.R.F., 21 avril 2000.

⁵⁰ C.A. Paris, 30 mars 2000, B.O.C.C.R.F., 30 mars 2001.

l'année 2000, il s'agissait bien de mesures différentes de celles demandées. Au demeurant, le Conseil qualifie sa pratique de « *solution constructive* ».

15. - Le législateur du 15 mai 2001 est venu entériner cette pratique, si bien qu'en l'espèce, la solution du Conseil de la concurrence trouve un fondement légal. Dans son chapitre consacré à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, le législateur insère un article 72 modifiant le premier alinéa de l'article L. 464-1 du Code de commerce. Désormais, le Conseil de la concurrence peut « *prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui apparaissent nécessaires* ». Cet article a fait l'unanimité devant l'Assemblée Nationale et devant le Sénat, ce qui est tout à la fois remarquable et significatif. Il apparaît évident que l'efficacité de l'action du Conseil de la concurrence se trouve renforcée, sans pour autant que le droit des parties à un procès équitable ne soit affecté.

16. - Il est d'ailleurs étonnant que l'ordonnance n° 1243-86 du 1^{er} décembre 1986 n'ait pas d'emblée accordé cette faculté aux membres du Conseil de la concurrence. En effet, en droit commun, comme en droit communautaire de la concurrence, le juge du provisoire a la possibilité d'ordonner des mesures autres que celles demandées⁵¹. Son action a pour but de préserver l'effet utile d'une décision à venir en prévenant une atteinte. Aussi, il n'est pas lié par la demande des parties et doit choisir la meilleure solution pour faire face à l'urgence⁵². Sans doute, l'ordonnance prônant la liberté des prix et de la concurrence, les pouvoirs du Conseil de la concurrence devaient en être d'autant plus limités. Mais dans un contexte où l'efficacité et la régulation sont au premier plan, il devient naturel de lui accorder davantage de liberté d'action⁵³.

17. - L'étendue de la liberté du Conseil de la concurrence dans le choix des mesures conservatoires devrait dépendre de la nature des intérêts que celles-ci ont pour but de préserver. En principe, si les mesures conservatoires doivent préserver l'intérêt concurrentiel de la seule entreprise plaignante, le Conseil de la concurrence, à l'instar du juge du provisoire de droit commun, ne devrait pouvoir ordonner des mesures plus contraignantes que celles demandées⁵⁴. En revanche, si les mesures conservatoires protègent des intérêts d'un secteur de l'Economie, de l'Economie générale ou des consommateurs, le Conseil de la concurrence devrait pouvoir ordonner des mesures conservatoires plus contraignantes que celles qui lui sont demandées. Inversement, il se peut que la demande de mesures provisoires soit formulée par les demandeurs, dans leur seul intérêt et de manière abusive. Dans ce cas, et lorsqu'un intérêt concurrentiel est quand même en jeu, le Conseil de la concurrence peut ordonner des mesures conservatoires moins contraignantes que celles demandées, adaptées à l'exigence de protection du marché. D'ailleurs, c'est ce qu'a fait le Conseil dans sa décision n° 07-MC-01

⁵¹ Cf. en droit français J. Normand, R.T.D.Civ. 1994.671 ; en droit communautaire, TPI, ord. 16 juin 1992, aff. T 24/92 et T 28/92, Rec. II. 1839.

⁵² J. Normand, *Principes directeurs du procès*, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 151, 1987.

⁵³ C. Prieto, *La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques*, 2001, §. 14, Droit et patrimoine, déc. 2001 ; L. Idot, *Loi NRE et concurrence, La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence*, J.C.P. G., I, 343 ; J.-P. De la Laurencie, L. Givry, *Régulation de la concurrence dans la loi NRE – 3^{ème} partie : le contrôle des concentrations*, Lamy droit économique, août 2001, p. 2, et spéc. p. 5 s.

⁵⁴ J. Normand, *Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Etude de droit comparé*, sous la dir. de J. Van Compernelle et G. Tarzia, p. 147 s.

du 21 décembre 2001⁵⁵. A cette occasion, le Conseil a rappelé que l'article L. 464-1 du Code de commerce dispose que « *les mesures conservatoires devaient être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ». En outre, il serait possible qu'une partie formule une demande de mesures conservatoires sans en préciser le contenu, dès lors qu'elle démontre une atteinte grave et immédiate à l'économie, au secteur intéressé ou à l'intérêt des consommateurs. Le Conseil choisirait la mesure conservatoire la plus adéquate. Enfin, lorsqu'il s'auto-saisit, le Conseil de la concurrence devrait pouvoir ordonner des mesures conservatoires chaque fois qu'il l'estime nécessaire pour la protection de la concurrence ou des consommateurs⁵⁶.

18. - En pratique, cette nouvelle faculté risque de présenter un intérêt limité. En effet, les demandeurs ont en principe une connaissance assez juste des mesures conservatoires qu'il convient d'ordonner pour faire cesser l'atteinte grave et immédiate dont ils se plaignent. Le Conseil de la concurrence ordonnera vraisemblablement des mesures conservatoires identiques ou sensiblement différentes à celles proposées par les parties. En l'espèce par exemple, les mesures conservatoires prescrites ne sont pas radicalement différentes de celles demandées. Les sociétés Télé 2 et Cégétel sollicitaient : 1) la suspension des campagnes publicitaires litigieuses ; 2) l'interdiction de présenter le forfait « *Option Plus* » comme incompatible avec la sélection d'opérateurs alternatifs ; 3) la suspension de la commercialisation des forfaits tant que le Conseil de la concurrence n'aura pas fixé un nouveau tarif ou tant que les sociétés ne seront pas en mesure de commercialiser des offres de même nature ; 4) la résiliation pure et simple des contrats en cours. Or, le Conseil enjoint à France Télécom : 1) la suspension des campagnes publicitaires litigieuses ; 2) l'interdiction de présenter le forfait « *Option Plus* » comme incompatible avec la sélection d'opérateurs alternatifs ; 3) la suspension de la commercialisation des offres litigieuses tant qu'elles combineront des offres en monopole et en concurrence ; 4) pour les contrats en cours, l'obligation de proposer aux clients, dans un délai de trois mois, de nouvelles offres découplées⁵⁷. L'utilité majeure de l'innovation apportée par la loi « *NRE* » est d'éviter que les parties ne saisissent la Cour d'appel de Paris chaque fois que le Conseil de la concurrence ordonne des mesures sensiblement différentes de celles demandées ou qu'il utilise des termes différents pour satisfaire la demande formulée. En outre, l'efficacité de la procédure conservatoire est assurée lorsque les parties ne peuvent se prévaloir de l'inobservation des délais de mise en état fixés par le Président du Conseil de la concurrence.

B. - L'impossibilité pour les parties de se prévaloir de l'inobservation des délais de mise en état de la procédure conservatoire

19. - Les délais de mise en état de la procédure conservatoire sont fixés discrétionnairement par le président du Conseil de la concurrence. En vertu de l'article 15 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, le président a la possibilité de « *fixer des délais pour la production des mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement* ». Il s'agit d'éviter les lenteurs des parties dans la transmission des pièces et d'assurer le respect du principe du

⁵⁵ Cons. Conc., déc. n° 01-MC-07, préc.

⁵⁶ Art. L. 462-5 du Code de commerce.

⁵⁷ Cf. aussi les mesures conservatoires ordonnées, Cons. Conc., déc. n° 01-MC-07, préc. ; déc. Cons. Conc., n° 02-MC-03, préc.

contradictoire. Ces délais sont édictés dans le souci d'une bonne administration de la procédure. Le Président du Conseil pourrait, s'il l'estimait nécessaire, refuser de tenir compte de pièces produites après le délai et qui n'auraient pas été discutées. Dans une affaire précédente, la Cour de cassation avait posé la règle selon laquelle les parties ne pouvaient pas exiger du président qu'il fixe des délais selon leur bon vouloir. Les défendeurs se plaignaient de ne pas avoir obtenu des délais pour la production des mémoires ou des observations que la demande de mesures conservatoires provoque. Selon eux, le simple exposé oral par le rapporteur de la nouvelle mesure conservatoire demandée étant insuffisant pour assurer le respect du contradictoire. La Haute juridiction les a déboutés : la fixation de tels délais relève de la compétence souveraine du Président du Conseil⁵⁸. Au demeurant, la solution est identique en droit commun, où le juge de la mise en état est maître de l'instruction du dossier⁵⁹. Le droit communautaire est encore en ce sens⁶⁰. Une étape supplémentaire est franchie avec la présente affaire.

20. - Le président est le seul juge des griefs dans le non-respect des délais de mise en état des mesures conservatoires. C'est le principe qui se dégage de cette décision. En l'espèce, la société France Télécom se plaignait du non-respect par les sociétés Cégetel et Télé 2 des délais de mise en état fixés par le Président du Conseil. Elle voulait ainsi obtenir l'annulation de la procédure conservatoire pour vice de procédure. Le Conseil de la concurrence interdit à France Télécom de se prévaloir du non-respect des délais. On en déduit que le président est le seul maître dans la direction de la mise en état de la procédure. En d'autres termes, lui seul peut apprécier le grief tiré du non-respect du délai au regard du principe du contradictoire. La solution est confortée par la circonstance suivante : les parties avaient eu le temps de discuter les pièces en cause et avaient approuvé oralement leur versement au dossier. L'oralité, en matière de procédure conservatoire, revêt, en raison de l'urgence attachée à la procédure, une place importante dans le respect du principe du contradictoire⁶¹. Au surplus, la Cour européenne ne fait pas obligation au juge d'appliquer le respect du contradictoire en matière conservatoire. Dans un arrêt du 28 juin 2001, elle déclare que l'article 6 §.1 de la Convention européenne ne s'applique pas à ces procédures⁶². Le caractère temporaire des mesures conservatoires justifie cette analyse.

21. - Conclusion. L'équilibre trouvé par la décision du 19 décembre 2001 entre la protection des droits de la défense et l'efficacité de la procédure en matière conservatoire semble pour l'instant satisfaire le Conseil de la concurrence. Dans deux décisions ultérieures, datées du 21 décembre 2001⁶³ et du 27 février 2002⁶⁴, ordonnant des mesures conservatoires encore une fois à l'encontre de France Télécom, le Conseil de la concurrence maintient l'abandon de la référence au caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées. Il recherche l'existence d'une atteinte grave et immédiate à la concurrence. Mais il va plus loin que la décision du 19 décembre. En effet, il souligne que les mesures conservatoires doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. Ce rappel de l'article L. 464-1 du Code de commerce est encore un moyen de rassurer les défendeurs contre un usage abusif de

⁵⁸ Cass. Com., 4 février 1997, D. 1997, I.R. 56.

⁵⁹ Art. 764 s. N.C.P.C.

⁶⁰ Cf. art. 105 du règlement de procédure du TPI et 84 du règlement de procédure de la CJCE.

⁶¹ B. Lasserre, *Efficacité des procédures d'urgence et politique préventive du Conseil de la concurrence*, Colloque sur l'efficacité de la politique de la concurrence, préc.

⁶² CEDH, 28 juin 2001, D. 2002, somm. comm., p.686, N. Fricero.

⁶³ Déc. n° 01-MC-07, préc.

⁶⁴ Déc. n° 02-MC-03, préc.

la possibilité, pour le Conseil, d'ordonner des mesures conservatoires autres que celles demandées. Il permet aussi de justifier le rejet de demandes de mesures conservatoires disproportionnées formulées par les demandeurs. France Télécom, à son corps défendant, aura remarquablement contribué à cette évolution positive dans le prononcé des mesures conservatoires.