

DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN

Le décret n° 2007-1387 du 27 septembre 2007, portant code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable énonce, en son article 12, qu'il « [i]l est interdit aux [professionnels de l'expertise comptable] d'effectuer toute démarche non sollicitée en vue de proposer leurs services à des tiers. Leur participation à des colloques, séminaires ou autres manifestations universitaires ou scientifiques est autorisée dans la mesure où [ils] ne se livrent pas, à cette occasion, à des actes assimilables à du démarchage. Les actions de promotion sont permises aux [professionnels de l'expertise comptable] dans la mesure où elles procurent au public une information utile. Les moyens auxquels il est recouru à cet effet sont mis en oeuvre avec discrétion, de façon à ne pas porter atteinte à l'indépendance, à la dignité et à l'honneur de la profession, pas plus qu'aux règles du secret professionnel et à la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession [...] ».

La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dont le délai de transposition expire le 28 décembre 2009 et n'ayant pas, à ce jour, fait l'objet de transposition en France, dispose en son article 24 : « *Communications commerciales des professions réglementées. 1. Les Etats membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées* ».

L'Association Française d'Expertise Comptable vous sollicite afin d'obtenir votre avis, au regard du droit communautaire, sur l'état du droit français.

EDF est propriétaire de 88% de la capacité de production d'électricité installée en France ainsi que de la totalité du parc électronucléaire. L'entreprise dispose de même de la très grande majorité des clients d'électricité en France. Elle est aussi active sur le marché de fourniture d'électricité en gros. En vertu de la réglementation française, la fourniture d'électricité peut se faire soit sur la base de tarifs administrés (dont le montant est déterminé par l'autorité publique), soit sur la base de tarifs libres. EDF est active sur les deux marchés et y détient une part de marché majoritaire. Les opérateurs alternatifs actifs sur le marché libre ne disposent pas de capacités propres de production et s'approvisionnent pour bonne partie auprès d'EDF qui dispose notamment d'un parc nucléaire performant. Or, les prix auxquels EDF cède de l'électricité aux opérateurs alternatifs sont sensiblement identiques à ceux auxquels elle la propose à sa clientèle de détail.

Vous êtes consulté par un des opérateurs alternatifs pour proposer une évaluation de cette situation du point de vue du droit communautaire.

- Examen d'accès au C.R.F.P.A.
- Préparation E.N.M.
- Préparation Commissaire de police

(Rayer les mentions inutiles)

Composition d' droit communautaire

(toute feuille de composition ou intercalaire signée ou marquée d'un signe distinctif est annulée)

Nombre d'intercalaires : 4

En cas d'utilisation de feuilles supplémentaires (à demander à l'entrée à MM. les surveillants) le candidat devra les plier, indiquer sa copie et les numéros.

1^{er} Correcteur

M. _____
 Date
 Note _____ /20

2^e Correcteur

M. _____
 Date
 Note _____ /20

Note définitive

Note _____ 17 /20

Cas pratique

Aux termes de l'article 3 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), l'action de la Communauté comporte un régime amovant qui la concurrence n'est pas favorisée dans le marché intérieur ainsi que le rapprochement des législations nationales. Le rapprochement s'effectue notamment par le biais du droit dérivé tel que visé à l'article 249 du TCE.

S'agissant du droit de la concurrence communautaire, l'article 4-1 du Traité ajoute que l'institution d'une politique économique au niveau communautaire doit être conduite dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre. À cet égard, il convient de relever que c'est le Titre VI du Traité qui régit spécifiquement les règles relatives à la concurrence. Dans ce cadre, les articles 81 et 82 du TCE, applicables aux entreprises, prohibent les comportements anticoncurrentiels qui constituent, sous certaines conditions, les ententes (art 81 TCE) et les abus de position dominante (art 82 TCE). Le dernier article, soit la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a reconnu l'effet direct (Booth 1962), semble pouvoir permettre à l'évaluation marchande par certains opérateurs économiques du comportement d'EDF sur le marché de l'électricité français (E). Par ailleurs, le droit communautaire, depuis le contencieux

sur de première génération (H. Drouot), a dégagé, à travers l'action de la CJCE, le principe de primauté du droit communautaire sur les droits nationaux : en créant un ordre juridique distinct, les États membres ont entendu soumettre leur propre législation à celle de la Communauté, impliquant son nécessaire respect et son application effective dans les autres ordres juridiques internes à travers notamment l'acheminement des juges nationaux, juges de droit commun du droit communautaire (Casta d. ECHR 1964). C'est au regard de ce principe qu'il convient d'observer si le décret français du 27 septembre 2007 peut être combattu par le droit communautaire matérialisé en l'occurrence par la directive "services" de 12 décembre 2006 (A).

I. Le comportement d'EDF constitue-t-il une entrave à la libre concurrence au sens de l'article 82 TCE ?

La CJCE a très tôt indiqué que la politique de concurrence communautaire constitue la base nécessaire de concurrence pour permettre la réalisation du marché commun et l'exercice des libertés fondamentales (Helm 77). De plus, le Tribunal de première instance (TPI) a récemment précisé que l'objectif de cette politique est le bien-être du consommateur final (Glaxo 2006). C'est dans ce contexte que l'article 82 TCE désigne que sont incompatibles avec le marché commun et interdits les comportements d'entreprises exploitant abusivement leur position dominante sur un marché déterminé. Aux regards des faits de l'espèce, il semble que EDF soit effectivement en position dominante et que cette entité adopte un comportement susceptible d'être qualifié d'abus (B). Avant d'affirmer cela, encore convient-il d'observer si l'article 82 TCE a bien vocation à s'appliquer en la circonstance (A).

A. La réglementation de l'article 82 TCE s'applique-t-elle à EDF ?

L'applicabilité de l'article 82 TCE nécessite que l'entité concernée soit une entreprise (1) ayant une activité économique indépendante (2) dont les agissements se réalisent dans le marché commun et affectent le commerce intracommunautaire.

national (C). De même, il convient de circonscrire les comportements d'EDF dans le marché pertinent ou en cas de doute de penser en apparence les effets (D).

1. EDF est une entreprise au sens du droit communautaire

Il est noté en l'espèce qu'EDF est une entreprise française de production d'électricité. Pour la CJCE, est une entreprise toute entité exerçant une activité commerciale, c'est-à-dire effectuant des opérations de vente de produits et/ou de services contre rémunération indépendamment de sa qualité juridique et de son mode de financement (Hanneman 1962 et Hoffner 1991). Il convient de rappeler ici que l'interprétation de la Cour est particulièrement extensive s'agissant de cette notion d'entreprise en considérant comme telle tant des personnes physiques (Dona 1976, Valeraux 1974, Bosman 1995) que morales (Centros 1999, Daily mail 1988, Markering 1990) et que celles-ci poursuivent un but lucratif (Carica Bank 2004) ou non (Höfner 2009, Skyway 1988).

En l'occurrence, EDF est sans aucun doute une entreprise. Historique par ailleurs en France, sans qu'une recherche active par activité ne puisse lui ôter cette qualité (Pouyet et Piat 1993, Eurocontrol 1994, URSAFF 2008).

2. EDF exerce une activité économique indépendante

Il est constant qu'en tant qu'entreprise sur le marché de production d'électricité, EDF exerce bien une activité économique (Hoffner 1991). Disposant de nombreux clients, son activité économique est constante.

De plus, EDF est un opérateur économique indépendant, condition préalable pour l'application de l'article 82 TCE au sens de la jurisprudence (Nimkudo 2004).

Il convient donc d'observer qu'EDF exerce en effet une activité économique indépendante au sens du droit communautaire.

3. Le comportement d'EDF produit des effets dans le marché commun et affecte le commerce intracommunautaire

3.1. Localisation des effets dans le marché commun

En l'espèce, il est prouvé qu'EDF cède l'électricité aux opérateurs alternatifs à des prix similaires à ceux pratiqués à sa propre direction de détail. Par conséquent, ce comportement susceptible de constituer un abus de position dominante, localise ses effets dans une "faible substantielle" du marché commun au sens de l'article 82 TCE tel qu'interprété par la CJCE (Béguelin 71, Suministro 2007). Ainsi, conformément aux prescriptions de l'article 82 TCE, le comportement d'EDF est localisé sur le marché commun.

3.2. Affectation du marché intracommunautaire

Comme nous l'avons observé, EDF a un comportement sur le marché de l'électricité français susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante.

Toutefois, son comportement ne vise que le seul marché national français de l'électricité. Or, la CJCE a considéré que bien qu'un comportement puisse être circonscrit au territoire d'un seul État membre, celui-ci peut affecter le marché intracommunautaire (British Sugar 1989, United Brands 1978).

Par ailleurs, il convient de bien noter que la jurisprudence communautaire exige que cette affectation soit suffisamment "sensibile" que la concurrence au sein du marché en cause (Société 1971). En l'occurrence, EDF propose des prix manifestement très élevés aux opérateurs alternatifs qui sont dans l'obligation de se fournir auprès de cette structure. Par conséquent, ce rendant actuellement et réellement plus difficile, voire impossible, la concurrence sur le marché où elle opère (Grundig 1966, LTM/BMI 1966). EDF affecte précisément le marché intracommunautaire au sens de l'article 82 TCE.

4. EDF évolue sur le marché français de la production / distribution d'électricité

Il est factuellement établi que l'entreprise EDF évolue sur le marché national français de la production / distribution d'électricité. Ce marché est donc le périmètre dans lequel il convient d'analyser le comportement d'EDF au regard de l'interdiction de l'article 82 TCE. Pour être aussi une devise, il convient de relever que la Commission a établi d'abord une communication (1997) puis des lignes directrices (2004) aux termes desquelles elle a précisé les contours de cette notion de marché pertinent. Le dernier se constitue, d'une part, du marché des produits et, d'autre part, de celui géographique.

Le marché des produits est celui sur lequel est engagé l'opérateur concerné qui propose des biens ou services que le consommateur considère comme substituables ou interchangeables avec ceux des autres opérateurs économiques en raison de leurs caractéristiques, leur prix et leur usage (Continental Can 1972, Michelin 1983, Tetra Pak 1996). En l'occurrence, le marché des produits est celui de l'électricité dans sa fourniture en gros.

Le marché géographique est le périmètre à l'intérieur duquel des conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et diffèrent notablement de celles de zones voisines (ICI 1972, United Brands 1978). En l'espèce, il est constant qu'EDF opère sur le marché national français et doit donc être circonscrit à lui.

Le comportement d'EDF sur le marché a priori "dominé" de fourniture d'électricité en gros est, au regard de l'ensemble des éléments réunis susceptible d'être analysés au regard de l'article 82 du TCE qui prohibe les abus de position dominante.

B. Le comportement d'EDF constitue un abus de position dominante

Pour être sanctionné conformément aux prescriptions de l'art. de 31 T.C.E., il convient dans un premier temps d'analyser la position dominante de l'entreprise concernée (1) pour, dans un second temps, apprécier si cette ultime en fait une exploitation abusive prohibée (2).

1. EDF est en position dominante sur le marché français

Il est rappelé dans les faits de l'espèce que EDF dispose de 88% de la capacité électrique de production en France et jouit d'une clientèle particulièrement vaste tout en détournant sur le marché de distribution en gros et au détail une part de marché importante.

Les éléments précisés, il convient d'indiquer que le juge Communautaire considère une entreprise en position dominante des lors que cette dernière, compte tenu de son pouvoir de marché, peut adopter un comportement indépendant vis-à-vis du jeu normal de la concurrence et faisant, dispose de la faculté de pousser celui-ci au détriment des autres opérateurs (United Brands 1978, Hoffman-La Roche 1979).

S'il ne fait pas de doute que EDF, opérateur historique de l'électricité en France, dispose de ces facultés, encore faut-il analyser plus précisément pourquoi.

Outre l'indice Herfindahl-Hirschman, le juge Communautaire a dégagé, dans sa méthode de "faiseur d'indices", de nombreux éléments permettant de caractériser la position dominante d'une entreprise (I.C.S. 1977).

Ainsi, la taille de l'entreprise constitue un premier élément permettant de déterminer cette domination (Michelin 1983, Continental Com 1977).

De plus, l'ancienneté de l'entreprise sur le marché en cours est un autre indice pertinent dans cette analyse (France Telecom 2007, Namadao 2003).

Enfin et surtout, le "pouvoir de marché", constitué par la part de marché est un indice hautement représentatif. En effet, si le juge a considéré qu'en dessous de 10% de parts de mar-

Une 1^{re} entreprise ne peut être considérée en position dominante (Merkis 77), en revanche, au-delà de 50%, cette position est considérée affectivement comme dominante (Kays 1991, Adalat 2004).

Or, en l'espèce, EDF est un opérateur historique disposant d'une large clientèle, dispose d'un réseau national et plus encore dispose d'une part de marché monopolistique tant sur celui de la distribution en gros que sur celui de détail. De même, EDF est le principal producteur d'électricité en France, se partageant un peu plus par ailleurs sur les autres marchés. Par conséquent, en regard à l'ensemble de ces indices, EDF est bien en position dominante sur le marché de la distribution d'électricité et son comportement mériterait d'être apprécié au regard de la notion d'exploitation abusive, seule prohibée par l'article 82 TCE.

2. EDF exploite abusivement sa position dominante

La jurisprudence a précisé cette notion d'exploitation abusive en ce qu'elle est constituée par le comportement d'une entreprise en position dominante, sur un marché donné où le degré de concurrence est déjà réduit, par lequel celle-ci tend à réduire voire éliminer le degré de concurrence subsistant (Koffman Laroché 1979). Cette exploitation abusive se traduit traditionnellement par des abus de comportement et/ou de structure.

Si la liste des comportements prohibés visée par l'article 82 TCE n'est pas exhaustive (ICI 1977, United Brands 1978), il convient néanmoins de relever que celle-ci prévoit que le fait d'imposer des prix d'achat à des conditions non équitables peut constituer une pratique abusive. En l'espèce, EDF pratique, dans sa tarification aux opérateurs alternatifs, des prix manifestement non équitables. En effet, les derniers étant généralement rattachés à une pratique auprès de sa clientèle de détail, il semble que le prix fixé n'est pas justifié pour ce qui est de la distribution en gros. Les pratiques réalisées dans l'un et l'autre cas sont particulièrement différentes et elles affectent dans la distribution en gros tout par principe largement moins importantes que pour le détail.

Au regard de l'article 82 a) TCE, la pratique d'EDF semble donc bien contraire aux objectifs du marché commun.

et peut être interdite à cet égard.
En outre, et hormis la pratique des ventes liées (Microsoft 2004-2007), ou celle des rabais et remises forfaitaires (British Airways 2007), la CCF a dégagé une pratique abusive appelée "circuits tarifaires" (Deutsche Telekom 2005, France Telecom 2007). Cette pratique consiste pour un opérateur producteur et distributeur tant en gros qu'en détail d'appliquer des prix très élevés dans la distribution en gros - et donc à ses concurrents directs obligés de passer par cette structure pour exercer leur activité - obligeant ainsi la concurrence à pratiquer des prix nettement supérieurs aux leurs dans la distribution de détail. Cette pratique, ainsi que celle des prix prédatatoires et celle, voisine, de la fixation des prix sont abusives. Or, au regard des faits de l'espèce, il apparaît distinctement qu'EDF a un comportement répondant tant à la qualification des prix imposés qu'à celle des "circuits tarifaires" récemment dégagée par la Cour.

Par conséquent, EDF a un comportement incompatible avec le marché commun et prohibé en tant que tel par l'article 82 du TCE.

Il convient d'indiquer aux opérateurs alternatifs concernés qu'ils pourront obtenir, par le biais des juridictions internes (également l'autorité de la concurrence conformément au règlement 1/2003) ou par celui de la Commission, au titre de cet article et pour les motifs précités, la cessation de ce comportement qui s'accompagnera en tout état de cause d'une amende certainement très élevée (Microsoft 2004-2007; BASF 2007).

II - La validité du droit français au regard de la directive communautaire

Comme cela a été préalablement rappelé, le droit communautaire, au sens de la jurisprudence de la CJCE prime sur les droits nationaux (Costa contre ENEL 1964) ou il s'agit de droit originaire ou de droit dérivé (Politi 1971, Becker 1982, Marshall 1986). Parmi cet ordre juridique, la directive a donc vocation à primer sur le droit national. Toutefois, il convient de rappeler que le juge administratif national, le Conseil d'Etat en particulier, s'il reconnaît sous certaines conditions la primauté d'une directive (Rothman 1992) celui-ci ne reconnaît aucun effet direct à cette dernière. Pourtant, on sait que le juge communautaire a largement consacré l'effet direct du droit communautaire et celui des directives bien qu'il soit conditionné (Van Duyn 1974). En effet, pour être d'effet direct, et, partant, créatrice de droits, la directive doit être claire, précise et inconditionnelle (Simmenthal 1978) mais celle-ci doit également voir son délai de transposition expiré (Navarro 2008).

En l'espèce, nous sommes en présence d'un acte national, un décret et d'un acte communautaire, la directive "services". Il convient de relever que celle-ci prévoit un délai de transposition qui expire le 28 décembre 2009, par conséquent non expiré à ce jour et dont aucun acte de transposition en droit national n'a été adopté.

A cet égard donc, il convient de relever que la directive ne peut, à ce jour, produire de droits directement dans le chef des particuliers tels que les experts comptables (effet direct vertical).

Toutefois, une jurisprudence particulièrement remarquable de la CJCE a permis aux directives dont l'effet direct ne serait pas reconnu d'avoir tout de même un certain impact dans les droits nationaux.

Ainsi, la CJCE considère que dans le délai de transposition d'une directive, tout Etat membre doit s'abstenir de prendre

en mesure de rendre aux citoyens pourvus par ceux-ci
(Inter environnement Wallonia 1997). À ce principe de
"stand still" s'ajoute d'ailleurs celui de "roll back" aux
termes duquel les États membres sont tenus de prendre les
mesures nécessaires pour rendre les objectifs de la directive
efficaces à compter de l'expiration de son délai de trans-
position.

Il convient dans ce cadre de relever que la directive "services"
présent dans son article 24 que les États membres supprimeront
toutes les "interdictions totales" visant les communications com-
merciales des professions réglementées.

Pour sa part, le décret français prévoit une interdiction de prin-
cipe des communications commerciales. Cette interdiction, assortie
de certaines exceptions (promotion permise si elle procure au
public une information utile), a été édictée le 27 septembre
2007, soit après l'adoption de la directive.

Dès lors, on peut se demander, comme semble l'indi-
quer l'interrogation de l'association française d'experts
comptables, que ce décret, pris pendant le délai de transposition
de la directive "services", lui serait contraire? Par ailleurs, cette
contrainte pourrait-elle permettre l'application pure et simple
de la directive?

Il est constant que la directive prime sur le droit interne
(pour le Conseil d'Etat, les jurisprudences *Boiadet*, *Bothman's*
notamment; pour le Cour de cassation: *Jacques Valre 1975*) et
en particulier sur les actes réglementaires tels qu'un décret.
Si en principe, le décret pris pendant le délai de transposition d'une
directive doit en respecter les objectifs (Inter environnement sus-
cité), en l'occurrence il n'observe aucune réelle contradiction
entre ces deux actes.

Or, en l'espèce, "l'interdiction totale" des communications
commerciales des professions réglementées est seule prohibée par
la directive "services". Toutefois, le décret pris dans le délai de
transposition - sans être l'acte de transposition - interdit les
démarches commerciales "non sollicitées". Cependant, ce dé-
cret présente la possibilité d'une certaine forme de publicité
par le biais du transfert principal d'une "information utile"
au public.

Ainsi, il n'apparaît pas que le décret soit à proprement parler
contraire à la directive "services" qui ne tend à interdire aux

des interdictions totales.

Par conséquent, l'interprétation de la directive au regard du décret ne permet pas, en principe, de déterminer une certaine contradiction.

Qui plus est, en substance, le juge administratif s'il peut contester la validité d'un acte réglementaire au regard d'une directive (Cassine-Hoch 1989, Tete 1998) ce n'est que par voie d'exception à l'occasion de sa saisine pour tendre à l'annulation d'une décision administrative individuelle en la suivant de sa base légale, l'acte réglementaire (John-Bendit 1978, Roland 1987).

En l'espèce, l'association des experts comptables ne semble pas pouvoir prétendre à une telle décision, si tant est de constater que le décret est contraire à la directive. Dans une telle hypothèse, avant la fin du délai transposition, un praticien - expert comptable pourrait, à l'occasion d'un contentieux, demander au juge administratif l'interprétation conforme. Il s'agit là de lire les termes du décret à la lumière de la directive, s'ils sont contraires, ceux de cette dernière prévalent et les dispositions contraires du décret sont écartées par le juge (Simmenthal 1978, Debraut 1979). Dans une autre hypothèse, celle où la directive ne serait aucun acte de transposition intervenu dans le délai et celui-ci expiré, il serait alors possible d'invoquer la directive "servies" pour tenter, à l'occasion d'un litige s'y rapportant, d'obtenir l'annulation d'une sanction prise sur fondement du décret en demandant au juge d'écartier ou de laisser inappliquer celui-ci.

*1.

En tout état de cause, il apparaît, en l'état des données dont nous disposons que bien que la directive "servies" préalable au décret français du 27 septembre 2007, ces actes ne sont pas contraires en l'occurrence. Si ce constat devait être faux, une action nous résulterait de l'intervention d'une décision individuelle attaquée devant le juge national, pourrait être valablement accueillie, la directive primant le décret et ce dernier devant être interprété conformément à elle. Cette circonstance autoriserait en conséquence les experts comptables à une certaine publicité commerciale telle que visée par la directive "servies".