

Le droit de la concurrence : quel intérêt pour l'Europe ?

Sandrine Frémeaux

Professeur de Droit, Audencia Nantes.Ecole de Management.

Pour faire face à la mondialisation et soutenir l'emploi, le grand marché de l'Union européenne doit être suffisamment compétitif. Précisément, l'objet de la politique européenne de la concurrence est d'inciter les entreprises à se concurrencer à conditions égales sur les marchés de tous les États membres et à agir dans l'intérêt des consommateurs en produisant à grande échelle, en mettant en œuvre des moyens modernes de production et en réduisant leurs coûts. Au fur et à mesure de l'intégration des marchés, les produits nationaux sont concurrencés, et le nombre de firmes s'accroît.

Dans le même temps, du fait de l'intensification de la concurrence, les entreprises peuvent essayer de fusionner, établir de nouvelles ententes ou abuser de leur position dominante. Ces pratiques peuvent au contraire restreindre la concurrence et s'avérer préjudiciables pour les consommateurs, lorsqu'elles contribuent à la hausse des prix ou à la détérioration de l'offre.

Ainsi, pour que la globalisation des marchés puisse favoriser la concurrence, le droit de la concurrence a un rôle fondamental à jouer en distinguant parmi les comportements d'entreprises ceux qui sont favorables à la concurrence et ceux qui restreignent la concurrence.

situation dominante. Selon eux, le droit focaliserait son attention sur les structures de marché concentrées, afin d'en déduire des comportements anti-concurrentiels¹.

Le droit est ici pensé comme un système déconnecté des réalités de la vie économique. Il serait composé de

Le rôle du droit de la concurrence

L'objet du droit de la concurrence est de permettre aux entreprises de se concurrencer librement, sans que cela ne nuise aux intérêts des autres opérateurs intervenant sur le marché, des clients ou des consommateurs, et donc aux intérêts de l'économie dans sa globalité. Il n'est pas de garantir une libre concurrence absolue, mais plutôt une concurrence praticable et efficace.

normes rigides occultant toute analyse dynamique de la liberté d'entrée sur le marché et entraverait l'action des entreprises au nom d'intérêts jugés supérieurs à ceux de la recherche du profit.

Interdisant et sanctionnant certains comportements d'entreprises, les normes et institutions du droit de la concurrence sont naturellement l'objet de nombreuses critiques. Parmi les critiques les plus virulentes formulées par certains économistes, on peut citer Henri Lepage ou l'école nihiliste américaine qui doutent de l'utilité des outils juridiques et institutionnels pour la sauvegarde de la concurrence et dénoncent un droit qui sanctionnerait les monopoles sans tenir compte de l'origine de la

C'est contre ce type de pensée manichéenne que le présent article se propose de réagir. Penser le droit et le marché en termes d'opposition ne rend pas compte de la spécificité du droit de la concurrence, – droit régulateur par excellence – dont la fonction essentielle est de privilégier la liberté du marché à la liberté contractuelle.

La légitimité du droit européen de la concurrence réside au contraire dans sa capacité à s'ouvrir à l'économie. Mais, précisément, c'est l'ouverture d'un droit excessive-

(1) P. Salin, *La concurrence, Que sais-je ?*, n° 1063, 1995.

ment flexible qui peut être l'objet de critiques, parce qu'elle est de nature à générer des interprétations divergentes et une imprévisibilité du droit. Il est donc essentiel de garder à l'esprit les limites d'une trop grande souplesse conceptuelle et de réfléchir aux différentes voies d'amélioration de la politique européenne de la concurrence.

Ainsi, en droit européen, la concurrence est envisagée de façon souple, non pas comme un but en soi, mais comme un moyen de générer plus de productivité, d'innovation et de progrès. La souplesse d'analyse de la concurrence s'accompagne d'une souplesse normative permettant de ne sanctionner que les comportements d'entreprises les plus graves.

une pression concurrentielle intermarque sur les prix"⁴.

Il ne fait aucun doute que le droit européen de la concurrence cherche non pas à combattre à tout prix les ententes ou les situations de position dominante mais à stimuler la croissance, la compétitivité et l'emploi. La Commission européenne affiche en ce sens une vision positive des ententes et des opérations de concentrations : *"Une des priorités de la Commission est de faciliter, par une politique claire et des décisions rapides, les mouvements de concentration et de coopération entre entreprises qui ne remettent pas en cause la concurrence effective et le dynamisme du marché. Les premiers peuvent contribuer à la restructuration de l'économie, tandis que les secondes peuvent permettre d'importantes économies d'échelle"*⁵.

Le droit admet ainsi qu'un nombre restreint d'entreprises mais de dimension importante est plus apte à satisfaire les attentes des consommateurs et à contester les marchés des concurrents, notamment les plus éloignés⁶. Et si la réduction des barrières à l'entrée sur les marchés nationaux accroît parfois le nombre d'opérateurs sur ces marchés, l'augmentation du nombre de concurrents ne constitue pas l'objet de la politique de la concurrence, mais simplement la conséquence possible d'une intégration des économies nationales.

La souplesse d'analyse de la concurrence

Il est absurde de vouloir établir une suspicion systématique à l'encontre des situations de monopoles. On peut penser au contraire que les situations de producteur unique sont le fait de la libre concurrence : car l'innovateur d'un produit peut en l'absence de restriction de la concurrence intégrer librement le marché et y rester seul jusqu'à ce que des entreprises concurrentes prennent la décision de l'imiter.

Il faut donc, à l'instar des membres de l'École de Chicago, inverser le paradigme *"concentration du marché – risque pour la concurrence"* : *"dans la plupart des cas, les concentrations, les pratiques d'exclusivité ou de sélectivité sont considérées comme motivées par nature par une recherche saine de l'efficacité économique qui a pour effet de maximiser le bien être du consommateur en augmentant leur faculté de choix et faisant s'exercer*

Plan
La légitimité du droit européen de la concurrence
<ul style="list-style-type: none"> • La souplesse d'analyse de la concurrence • La souplesse d'analyse des atteintes à la concurrence
Les limites du droit européen de la concurrence
<ul style="list-style-type: none"> • Les dangers de la règle de raison • Les dangers de la procéduralisation du droit

La légitimité du droit européen de la concurrence

La vision d'un droit statique et sanctionnateur provient d'une confusion entre la politique américaine antitrust des années soixante et la politique communautaire qui se sert grandement des erreurs commises par le passé aux États-Unis². Le droit américain antitrust remonte aux principes posés dans le Sherman Act en 1890 et s'est caractérisé pendant longtemps par des actions systématiques et d'une grande sévérité à l'encontre des concentrations³, alors que le droit européen de la concurrence se situe dans le droit fil des préoccupations d'après guerre. La loi antitrust américaine avait été conçue avec pour seule finalité de préserver la concurrence en empêchant toute monopolisation du pouvoir économique, alors que le droit communautaire présente la particularité de préserver non seulement l'efficacité concurrentielle mais aussi l'efficacité économique.

- (2) F. Souty, *La politique de la concurrence aux États-Unis*, PUF, Que sais-je ?, n° 2945, 1995.
- (3) D. Brault, *Droit de la concurrence comparé, Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Economica, 1995, p. 11.
- (4) F. Souty, *Les sources théoriques de la pensée économique antitrust aux États-Unis : les enjeux nationaux et mondiaux de la politique de la concurrence*, *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 79, mai-juin 1994, p. 32.
- (5) Commission européenne, XXIII^e rapport sur la politique de la concurrence, Bruxelles, 1994, pp. 24-25.
- (6) Sur la notion de contestabilité, W.J. Baumol, *Contestable Markets : an Uprising in the Theory of Industry Structure*, *American Economic Review*, 1982, pp. 1-15 ; J.-M. Siroen, *Marchés contestables, différenciation des produits et discrimination des prix*, *Revue économique*, mai 1993, n° 3, pp. 569-591. Le marché est dit contestable lorsque les entreprises en place maintiennent leurs prix à des niveaux proches du niveau d'équilibre concurrentiel en raison de la menace que représentent les entrants potentiels.

L'article 82 du Traité de Rome relatif à l'**abus de position dominante** rend compte de la souplesse d'analyse de la concurrence, puisque l'interdiction ne porte pas sur le fait d'acquiescer ou de détenir une position dominante, mais sur le fait d'abuser d'une situation de domination.

Article 82 du Traité de Rome modifié (Traité d'Amsterdam)

"Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci"

Pour savoir si les firmes en position dominante ont commis un comportement abusif, la Commission vérifie si l'entrée sur le marché reste non seulement possible mais aussi probable : *"un nombre même restreint de firmes sur un marché n'implique pas nécessairement un comportement abusif, dans la mesure où l'entrée de concurrents potentiels fait peser une menace sur les velléités de comportements supra-concurrentiels de l'oligopole"*⁷. Ainsi, en pratique, les entreprises en position dominante ne sont pas sanctionnées en tant que telles, mais sont simplement tenues à une obligation spécifique qui est de ne pas empêcher de manière arbitraire l'apparition ou le développement de concurrents.

Envisageant la concurrence comme un processus dynamique et privilégiant une analyse du comportement des entreprises à celle de la structure des marchés, le droit européen poursuit un objectif global de nature économique. Dans cette perspective, il adopte une analyse souple des atteintes à la concurrence.

La souplesse d'analyse des atteintes à la concurrence

Aucune règle de droit, aussi précise soit-elle, ne peut rendre compte de la complexité de la réalité économique à laquelle elle se rapporte. Aucune classification juridique ne peut intégrer les différentes configurations du marché en cause et les différentes formes d'atteintes à la concurrence. La norme juridique doit donc rester flexible, conférant au juge le pouvoir de s'appuyer sur les concepts économiques les plus larges et de procéder au cas par cas en fonction de la catégorie d'accords et des caractéristiques de chaque marché concerné.

Pareille ouverture de la norme aux concepts économiques rend nécessaire le respect de la démarche *"prohibition – exemption"* fortement inspirée de la *"règle de raison"*.

La règle de raison signifie qu'une règle d'interdiction doit être écartée lorsqu'elle apparaît excessivement rigide au regard des diverses considérations économiques.

Pour comprendre le mérite de la démarche, il faut passer en revue différents régimes d'interdictions, en

particulier les règles exemplaires d'interdiction des ententes et des aides d'État.

Le régime d'interdiction des **ententes** est sans doute la principale manifestation de la règle de raison : les ententes ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sont prohibées, à moins qu'elles ne bénéficient d'une exemption individuelle ou catégorielle dont le régime tient compte de l'impact réel de la coopération sur l'efficacité économique. Pour bénéficier de l'exemption individuelle, les ententes doivent remplir les conditions posées par l'article 81 paragraphe 3.

Article 81 paragraphe 3 du Traité de Rome modifié (Traité d'Amsterdam)

Peuvent bénéficier de l'exemption individuelle les ententes "qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du bénéfice qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ; b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence".

Les critères d'analyse sont bien d'ordre économique. Toute réflexion sur l'exemption individuelle *"requiert un bilan entre d'une part l'accroissement du pouvoir de marché et d'autre part les gains possibles d'efficacité : c'est-à-dire que certains comportements collusifs restrictifs de concurrence d'une manière importante peuvent être exemptés en raison d'effets suffisamment positifs"*⁸. Ces effets positifs sont appréciés en fonction des

Illustration :

L'entreprise Microsoft a-t-elle commis un abus ? Tribunal de Première Instance de la Communauté Européenne, 16 décembre 1999, aff. T-198/98

L'entreprise américaine Microsoft détient environ 90 pour cent du marché des systèmes d'exploitation des micro-ordinateurs et environ 90 pour cent du marché des logiciels les plus utilisés. Les logiciels Microsoft s'adressant aux français sont notamment diffusés en France et au Canada. Mais le prix des logiciels est plus élevé en France qu'au Canada. Un revendeur achète à bon prix les supports au Canada et les revend en France. L'entreprise Microsoft prend des mesures visant à interdire la distribution des produits canadiens en dehors du Canada. Les autorités européennes de la concurrence décident qu'en empêchant les importations parallèles en France de logiciels de marque Microsoft commercialisés au Canada, Microsoft commet un abus de position dominante.

(7) **F. Souty, Le droit de la concurrence de l'Union européenne, Montchrestien, 1997, p. 77.**

(8) **K. George et A. Jacquemin, Competition Policy in the European Community, in W.S. Comanor et Alii, Competition Policy in Europe and North America : Economic issues and Institutions, Harwood, p. 211-212.**

intérêts légitimes des utilisateurs : baisse de prix, amélioration de la qualité, réponse plus rapide à la demande, élargissement du choix et régularité des approvisionnements.

Illustration :
La protection de l'environnement peut-elle justifier une exemption d'une entente restrictive de concurrence ?
Commission européenne, décision n° C-1999/5064, 24 janvier 1999

Une association belge regroupant des fabricants qui commercialisent et importent des lave-linge conclut un accord avec d'autres fabricants. Les parties conviennent de ne plus fabriquer ou importer les lave-linge qui consomment beaucoup d'électricité et de vendre exclusivement ceux, plus chers, qui permettent de faire des économies d'énergie. La Commission européenne a considéré que les avantages résultant de la réduction de la consommation d'énergie sont plus importants que les surcoûts imposés aux consommateurs. La protection de l'environnement a donc justifié une exemption individuelle de l'entente restrictive de concurrence.

La règle de raison imprègne également le régime juridique d'interdiction des **aides d'État** : celles-ci sont en principe incompatibles avec le Marché commun, sauf à démontrer qu'elles remplissent certaines conditions attestant de leurs effets positifs sur la concurrence.

Article 87 paragraphe 3 du Traité de Rome modifié (Traité d'Amsterdam)

"Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun :

- les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi,
- les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,
- les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun (d)...(e)...".

L'aide ne sera alors accordée qu'à certaines conditions cumulatives qui ouvrent la voie à une analyse économique. Elle doit être économiquement nécessaire pour produire l'effet recherché, proportionnée dans son intensité et sa durée à l'objectif poursuivi, temporaire et justifiée. En pratique, les aides illimitées dans le temps ou destinées à soutenir des activités courantes, ou encore les aides au fonctionnement sont interdites. Il en va tout autrement des aides au sauvetage, à la condition qu'un plan rigoureux de restructuration soit élaboré et respecté.

Les aides à Air France ont été approuvées par la Commission européenne, au motif qu'elles étaient accompagnées d'un plan de restructuration permettant d'assurer la restauration de la viabilité de l'entreprise.

Le groupe Air France traversait en 1994 une grave crise économique et financière en raison d'une faible productivité, des coûts d'exploitation élevés et des lourdes charges financières. Il adopta un plan de restructuration dont les principaux éléments étaient les suivants. Air France devait réduire l'hétérogénéité de sa flotte, augmenter les fréquences sur les liaisons rentables et abandonner les liaisons marginales. Sur le plan social, le projet envisageait la réduction des effectifs de 5000 personnes, le gel des salaires et un blocage des avancements. Il prévoyait également la création de onze centres opérationnels responsables de leurs résultats financiers.

En définitive, la démarche "*interdiction – exemption*" donne aux juges le pouvoir d'analyser au cas par cas chacun des comportements d'entreprises. Cependant, la ductilité des concepts économiques confère à la Commission européenne une marge de manœuvre dont on peut craindre qu'elle soit utilisée de façon arbitraire. Le droit européen de la concurrence comporte certaines limites qu'il convient de mettre en exergue dans l'espoir d'une amélioration de la cohérence globale du système communautaire.

Les limites du droit européen de la concurrence ■

Les autorités communautaires de la concurrence ne se bornent pas à une analyse des structures de marché et du degré de concentration, mais procèdent également à une étude des comportements susceptibles d'affecter l'entrée sur le marché. On a vu qu'elles emploient pour ce faire la méthode du bilan économique consistant à évaluer d'un côté l'impact anticoncurrentiel réel ou potentiel de la pratique en cause et, de l'autre, les avantages économiques que l'on n'obtiendrait pas sans la mise en œuvre de cette pratique. Une telle démarche fondée sur la règle de raison présente des dangers en ce qu'elle confère aux membres de la Commission européenne un pouvoir qui peut être excessif ou arbitraire.

L'importance des pouvoirs exercés par la Commission européenne aux différentes étapes des opérations de coopération ou de concentration conduit à alourdir la charge de travail de l'autorité de contrôle et allonger la durée des procédures. Pour pallier ces inconvénients, de nombreuses règles visant à encadrer les procédures se multiplient. On parle en ce sens d'une procéduralisation du droit communautaire.

Les dangers de la règle de raison

La démarche figurant dans le Traité de Rome "*interdiction de principe – exemption*" rend difficilement accessibles les règles de droit par leur extrême complexité et difficilement prévisible le droit applicable. Elle donne au surplus à la Commission européenne le pouvoir de procéder à des analyses excessivement rigoureuses des comportements anticoncurrentiels.

On peut en effet se demander si la Commission européenne n'est pas

parfois trop sévère. Deux critiques peuvent être sur ce point formulées.

D'une part, l'objectif de base de la politique européenne qui est l'intégration du marché peut conduire à des décisions excessivement rigides. On peut notamment regretter que les autorités concurrentielles aient si fréquemment considéré les prix élevés comme des abus de position dominante.

D'autre part, la politique européenne de la concurrence inclut une prise en considération des aspects politiques et sociaux qui accroît les risques de condamnation de la Commission. Car, à force de privilégier une considération au cas par cas des comportements d'entreprises à la lumière du principe de loyauté, la Commission européenne peut plus aisément sanctionner les comportements d'entreprises en position dominante, dès lors que celles-ci ne respectent pas la discipline imposée de façon empirique par l'autorité de contrôle.

Ainsi, la Commission admet plus facilement l'abus de position dominante en retenant le concept de position dominante collective. Celle-ci peut être constatée, dès lors qu'un ensemble d'entreprises caractérisé par des liens étroits existant entre elles adoptent un comportement identique sur le marché.

De plus, en utilisant la théorie du portefeuille de produits, la Commission peut interdire une fusion, au prétexte qu'une entreprise s'appuie sur un marché qu'elle domine afin de gagner une position dominante sur un autre. Telle avait été l'argumentation employée par la Commission pour interdire la fusion General Electric/Honeywell, qui avait été autorisée outre-Atlantique.

A cette occasion, de nombreux commentateurs ont considéré que le contrôle exercé par la Commission est trop sévère. Selon une étude élaborée par un cabinet d'avocats américain⁹, le risque d'interdiction est quatre fois plus élevé devant la Commission européenne que devant les autorités américaines.

Les interprétations divergentes ou contraignantes des conditions d'interdiction et d'exemption dévoilent les dangers d'un droit excessivement flexible. Certes, la souplesse conceptuelle voit une limite dans la procéduralisation du droit. Mais les règles d'ordre procédural présentent elles-mêmes des dangers en ce qu'elles ne tiennent pas toujours compte de la réalité économique.

Les dangers de la procéduralisation du droit

Pour pallier la lourdeur et la longueur de la procédure, la Commission européenne a adopté le Livre blanc sur la modernisation de la politique antitrust de la Communauté européenne. La réforme permet à la Commission européenne d'alléger sa charge de travail et d'accomplir sa mission première, qui est de détecter et de réprimer les infractions les plus graves¹⁰.

Livre blanc sur la modernisation de la politique antitrust de la Communauté européenne, JO C 132 du 12 mai 1999, p. 1.

L'objet de la réforme est de reconnaître la validité de principe des accords répondant aux conditions de l'exemption individuelle et de dispenser les entreprises d'une obligation de notification. La réforme vise également à supprimer le monopole de la Commission et à permettre aux autorités et juridictions nationales d'agir en matière d'exemptions.

Il reste cependant à observer une rigidité des règles de procédure applicables aux opérations de concentration. La Commission européenne dispose en principe d'un délai d'un mois après la notification formelle et complète du dossier de concentration (examen de première phase) pour savoir si l'opération doit être autorisée ou faire l'objet d'un examen approfondi. Si un examen approfondi s'avère utile, la Commis-

sion dispose de quatre mois supplémentaires pour prendre la décision finale (examen de deuxième phase). Le délai ne peut donc pas excéder cinq mois.

Au cours de l'examen de première phase et des trois premiers mois de l'examen de deuxième phase, les entreprises peuvent être incitées à faire des concessions. Parmi les concessions effectuées par les entreprises sous la pression de la Commission européenne, on peut citer la cession de filiales, de branches d'activités ou d'actifs. La Commission exige que la cession d'actifs constitue effectivement un remède aux problèmes de concurrence posés par l'opération.

C'est aux entreprises de prendre des initiatives pour rechercher et trouver un repreneur crédible susceptible de créer une concurrence effective avec les parties à la concentration. Le rôle de la commission européenne est exclusivement de vérifier si ces initiatives répondent suffisamment aux exigences.

Affaire TotalFina/Elf (stations-service) - 2000

La Commission européenne a considéré que l'opération de fusion soulevait des doutes sérieux, dans la mesure où elle renforçait la position dominante sur le marché des stations-service sur les autoroutes françaises. Le groupe TotalFina/Elf a donc proposé la cession de 70 stations autoroutières. La Commission a refusé ces propositions, estimant que les repreneurs n'offraient pas toutes les garanties de reconstitution d'une concurrence suffisante. Ce refus a contraint le groupe TotalFina/Elf à établir une nouvelle liste de repreneurs incluant un distributeur en grandes surfaces, en l'occurrence Carrefour.

Mais il peut arriver que la Commission européenne définisse elle-même les concessions que les entreprises doivent faire pour éviter une décision négative. La Commis-

- (9) Shearman&Sterling, *What's New in Antitrust*, January 2002.
(10) Jusque-là, la Commission accomplissait des tâches qui ne contribuaient pas suffisamment à la mise en œuvre efficace des règles de concurrence : seul 0,5% des notifications donnaient lieu à une décision d'interdiction (Avant-propos du Pr Mario Monti, Rapport concurrence, 1999)

sion peut ainsi faire connaître publiquement les conditions auxquelles l'autorisation de la fusion est subordonnée.

**Affaire Boeing/McDonnell Douglas
(industrie aéronautique) - 1997**

La fusion des deux entreprises américaines Boeing/MDC faussait incontestablement la concurrence sur le marché européen. Pour éviter que le contrôle européen soit perçu comme une réaction protectionniste et permettre l'application des règles de la concurrence, la Commission européenne a fait connaître publiquement les concessions nécessaires pour que la fusion soit autorisée : en particulier, la séparation juridique de la construction aérienne civile de MDC et de Boeing, la caducité des contrats de longue durée conclus avec des compagnies aériennes et la mise en place d'un droit de contrôle de la Commission européenne pour une durée de dix ans. Boeing finit par accepter les conditions imposées et obtint l'approbation de la Commission européenne.

Dans certains cas, le délai peut apparaître trop long. Les entreprises sont alors incitées à réaliser des concessions inadéquates dès le début de la procédure (examen de première phase) alors que la poursuite de la procédure (examen de deuxième phase) aurait peut-être permis de lever les doutes.

Dans d'autres cas, le délai de procédure peut apparaître excessivement court, ne permettant pas aux entreprises de réaliser des concessions afin d'échapper à une interdiction de la Commission européenne. Si, à l'issue de l'examen de première phase, la Commission européenne considère qu'il y a des risques sérieux pour que l'opération de concentration soit incompatible avec le marché commun, l'entreprise n'a que trois mois pour réaliser des concessions.

(11) **Règlement du 21 décembre 1989, 4064/89, JOCE.L.257, 21.9.1990, p. 52 ; règlement du 30 juin 1997, 1310/97, JOCE.L.180, 9.7.1997, p. 1 ; règlement du 2 mars 1998, JOCE.C.66, 2.3.1998, p. 1.**

**Affaire Schneider-Legrand
(construction électrique) - 2001**

Schneider s'est risqué à réaliser la fusion avant d'obtenir l'autorisation de la Commission européenne. Ayant trop peu de temps pour résoudre les problèmes de concurrence soulevés par la Commission européenne, Schneider a présenté ses premières propositions de concessions jugées insuffisantes le dernier jour autorisé. Les concessions supplémentaires plus significatives n'ont pas été examinées par la Commission européenne, puisqu'elles sont intervenues hors délai (après l'expiration du délai de trois mois). Peut-être la fusion Schneider-Legrand n'aurait-elle pas été interdite si les délais avaient été moins rigoureux.

En raison des controverses que l'affaire Schneider-Legrand a suscitées, le livre vert du 11 décembre 2001 sur la révision du règlement concentrations comprend une proposition de "stop the clock provision" permettant aux entreprises de demander la prolongation de la procédure d'un mois environ.

D'autres règles peuvent encore aujourd'hui paraître excessivement rigides, en particulier celles en vertu desquelles la Commission renonce d'office à procéder au contrôle de certaines affaires jugées mineures et de certaines vérifications jugées inutiles.

En particulier, les ententes échappent à la sanction, dès lors que les parts de marchés combinées des entreprises sont inférieures à certains seuils. L'idée est que les accords passés entre petites et moyennes entreprises sont rarement susceptibles d'affecter sensiblement le commerce et la concurrence intra-communautaire.

De même, les opérations de concentration ne sont soumises au contrôle de la Commission, qu'à la condition d'avoir une dimension communautaire¹¹. Celle-ci est calculée par rapport au chiffre d'affaires des entreprises et permet de savoir lequel des droits européen ou nationaux est applicable. Mais l'idée est là encore que les concentrations de PME, à la différence des concentrations plus importantes, doivent être encouragées, car elles entraînent des économies d'échelle, conduisent à la rationalisation de la production et de la distribution dans le marché commun et favorisent le progrès technique.

On est tenté de critiquer ces analyses quantitatives destinées à simplifier la procédure et à diminuer le nombre de contentieux. On comprend que le traitement de faveur des PME allège sensiblement la charge de travail des autorités communautaires, celles-ci représentant 99,8 pour cent de l'ensemble des entreprises marchandes non agricoles. Mais on peut voir dans cette réglementation un attachement excessif à la taille de l'entreprise. On peut craindre notamment que la primauté de l'analyse quantitative ait pour effet d'empêcher une analyse circonstancielle de la structure du marché et des effets réels sur la concurrence. En privilégiant une analyse statique à une analyse dynamique de la concurrence, le droit risque d'ignorer des affaires pourtant litigieuses pour concentrer son attention sur les opérations les plus importantes, lesquelles ne sont pas nécessairement les plus restrictives de la concurrence.

**Communication du 9 déc. 1997, JOCE.C.327, p. 13 ;
Communication du 22 déc. 2001, JOCE.C.368/13.**

L'appréciation des accords d'importance mineure varie selon qu'il s'agit d'accords horizontaux, accords entre producteurs de mêmes biens, ou d'accords verticaux, accords entre non concurrents, le plus généralement entre un fournisseur et une entreprise commerciale à laquelle il cède ses produits. Les accords entre concurrents peuvent être considérés comme ne restreignant pas la concurrence lorsque la part de marché cumulée des parties ne dépasse pas 10 % sur aucun des marchés en cause (au lieu de 5 % précédemment). Pour les accords entre non concurrents, aucune des parties ne doit dépasser 15 % sur les marchés en cause (au lieu de 10 % précédemment).

Conclusion ■

La Commission européenne semble être confrontée à la dialectique suivante. Afin de procéder au cas par cas à une analyse souple de la réalité économique, elle doit élargir son domaine de contrôle. Dans le même temps, elle doit échapper au risque d'arbitraire et admettre la multiplication des règles d'ordre procédural délimitant, parfois de façon rigoureuse, son domaine d'intervention. Entre les dangers de la règle de raison et ceux de la procéduralisation du droit, il y a un choix à faire, de caractère essentiellement politique. Pour l'essentiel, il faut décider, pour chacune des pratiques anticoncurrentielles, s'il vaut mieux privilégier un contrôle *a priori* ou *a posteriori*.

Le contrôle préventif présente l'avantage d'une plus grande sécurité juridique. Mais il n'est possible que si l'on admet une classification préalable et renonce au contrôle des bonnes ententes, des bonnes aides ou des bonnes pratiques

restrictives. Or, un excès de codification peut fermer des espaces de créativité et d'innovation, alors que le marché a précisément pour objet de stimuler la liberté de la concurrence.

Le contrôle *a posteriori* présente l'avantage d'une plus grande souplesse d'adaptation du droit aux réalités et politiques économiques. Mais en privant les entreprises des négociations avec les institutions européennes, il ne peut échapper aux soupçons d'incohérence et d'arbitraire.

Il ne faut donc pas penser les différents systèmes de contrôle en termes d'alternative. On ne peut en aucun cas se contenter d'un contrôle *a posteriori*. Concernant les aides d'État, les inconvénients d'un tel système sont flagrants. Il suffit de voir comment l'obligation faite aux entreprises de rembourser à l'État les aides incompatibles avec le marché commun peut être à la fois source de difficultés économiques et de contentieux juridiques.

On ne doit pas non plus idéaliser la vertu responsabilisante d'un sys-

tème de coopération préalable : "Qu'est-ce qui responsabilise le plus un chef d'entreprise ? Est-ce de solliciter une autorisation par une notification obligatoire de ses accords ou est-ce de prendre librement l'initiative de les conclure, quitte à se prémunir lui-même contre les risques inhérents à un contrôle *a posteriori* en veillant à ce que le bilan économique soit toujours positif" ¹².

Pour cette raison, la Commission européenne doit résister à la tentation de conserver un monopole dans l'appréciation et l'autorisation de certaines pratiques anti-concurrentielles. C'est bien dans cette perspective que semble s'inscrire la politique de la Commission européenne qui, dans la continuité du Livre blanc rédigé en 1999, renforce le pouvoir des juridictions nationales, étend le domaine d'application du droit européen et favorise l'harmonisation des règles du droit de la concurrence dans les différents États membres.

S. F.

(12) D. Brault, préc. p. 71.

Glossaire

- **abus** : Comportement adopté par une ou plusieurs firmes se trouvant en position dominante et qui affecte la concurrence dans une mesure inacceptable au regard des règles concurrentielles. Peuvent par exemple constituer un abus un prix excessif, un refus de vente ou un rabais.
- **Concentration d'entreprises** : Opération par laquelle deux ou plusieurs entreprises sont rassemblées en vue de former un ensemble unique. La concentration d'entreprises peut résulter soit d'une fusion soit d'une prise de contrôle.
- **Entente** : Concours de volontés susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il peut s'agir d'accords entre entreprises, d'associations entre entreprises ou de pratiques concertées.
- **Intégration des marchés** : Objectif fixé par les États fondateurs dans les traités instituant les Communautés européennes. Voulant éviter le risque d'une nouvelle guerre, ces États avaient décidé de supprimer les frontières séparant leurs territoires sur le plan économique.
- **Monopole** : Situation d'une entreprise qui se trouve seule à exercer une activité sur un marché déterminé.
- **Part de marché** : Pourcentage d'un marché qui est servi par une entreprise déterminée. Ce pourcentage est calculé en divisant le chiffre d'affaires réalisé de manière globale par l'ensemble des entreprises sur le marché considéré par le chiffre d'affaires attribué à une entreprise déterminée.
- **Régulation** : Intervention des autorités sous la forme de règles.

Autres références bibliographiques

- A. Jacquemin, *Économie industrielle européenne*, Dunod, 1980.
- P. Joffre et G. Koenig, *Gestion stratégique : l'entreprise, ses partenaires-adversaires et leurs univers*, Management et société, 1992.
- T. Kirat, *Le droit dans l'action économique*, CNRS, 2000.- C.-A. Moarand (Sous la direction de), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001.
- J. Magnan De Bornier, *Le monopole, Que sais-je ?*, PUF, 1986.
- P. Nihoul, *La concurrence et le droit, La position occupée par les entreprises, les consommateurs et les autorités*, EMS, 2001.
- K. Van Miert, *Le marché et le pouvoir*, éd. Racine, 2000.
- L. Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Economica, 1988.-<http://www.europa.eu.int/>