

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

SYLVAIN POILLOT PERUZZETTO

Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse

INTRODUCTION

Le droit de la concurrence constitue un fondement de la construction européenne: il a généré une véritable culture-concurrence que les Etats membres et les entreprises doivent intégrer dans la définition de leur politique. Certes les Etats avaient pour la plupart un droit national de la concurrence mais la différence est que ce droit de la concurrence n'était pas un pilier culturel. Les systèmes juridiques des Etats étaient plutôt fondés sur le droit civil ou le droit de common law qui n'intègrent en rien la logique du droit de la concurrence. La culture concurrence portée par la construction européenne a ainsi conduit les Etats à revoir leur système de référence et les Etats tiers à l'Union savent d'ailleurs que concurrence et respect des droits de l'homme constituent des conditions fondamentales d'adhésion à l'Union ou de coopération avec l'Union.

En dehors des problèmes techniques posés par l'adoption de règles de concurrence qui sont ainsi venues se surajouter aux règles étatiques, il faut ainsi comprendre que le droit communautaire de la concurrence, en créant cette véritable culture de la concurrence constitue un choc pour les juristes et pour les Etats.

Pour les juristes d'abord, le choc se fonde sur plusieurs éléments:

- tout d'abord les normes sont des normes essentiellement économiques (position dominante, marché, influence déterminante, ...) si bien qu'en droit de la concurrence le juriste réceptionne, et l'habille juridiquement, une théorie économique (c'est ainsi d'ailleurs qu'il existe plusieurs approches de la concurrence et donc plusieurs politiques de concurrence).
- en outre le droit accompagne la mise en oeuvre d'une théorie économique, les formes en droit de la concurrence importent moins que le résultat. C'est ainsi que les juristes pourtant habitués à raisonner en termes de personne juridique, de société, de contrat, doit oublier ces concepts juridiques au profit de celui d'entreprise, quelle que soit sa forme juridique, d'accords, d'activité économique, quel que soit le vêtement juridique.
- enfin si le droit civil ou de la common law se sont construits en Europe autour des idées des philosophes des lumières relatives à l'importance de la personne et partant de l'autonomie de la volonté, il est clair que le droit communautaire de la concurrence relève de l'ordre public de direction qui laisse peu de place à l'autonomie de la volonté.

Il constitue également un choc pour les Etats puisque, antérieurement maîtres de leur politique de concurrence, ils se voient par le biais du droit communautaire, eux-mêmes contrôlés dans leurs diverses interventions. Ce sont les dispositions relatives aux aides d'état et aux entreprises publiques. Bien que cette évolution du droit de la concurrence soit importante, nous n'en parlerons pas aujourd'hui, car du fait de la présence de représentants d'entreprises, nous préférons insister sur les règles de concurrence applicables aux entreprises.

Quoi qu'il en soit, le droit communautaire de la concurrence cristallise les conflits autour de deux points:

- un droit qui se superpose aux droits nationaux
- un droit qui contraint fortement les entreprises.

I UN DROIT SUPERPOSÉ AUX DROITS NATIONAUX

Contrairement aux règles communautaires relatives à la libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux, qui sont des concepts purement communautaires, sans équivalent dans les droits nationaux, le droit communautaire de la concurrence est venu, dans la plupart des Etats, se superposer à un droit existant, sans s'y substituer. Est ainsi né un conflit de politiques de concurrence, ou un conflit de normes, et un conflit d'autorité.

1 UN CONFLIT DE POLITIQUES DE CONCURRENCE

Puisque les droits nationaux prévoyaient déjà la sanction des ententes, des abus de position dominante et le contrôle des concentrations, il a fallu déterminer des règles pour l'application des droits nationaux et communautaire. A cet égard, les solutions en matière d'ententes et d'abus de position dominante sont à distinguer des solutions en matière de concentration.

a) ententes et abus de position dominante

Bien que les droits nationaux soient très proches du droit communautaire, soit parce qu'ils ont été modifiés après l'entrée en vigueur du droit communautaire, soit parce qu'ils ont été créés après cette entrée en vigueur, des différences subsistent dans le régime des ententes et des abus de position dominante. En particulier, si dans certains droits nationaux, comme le droit français les ententes et abus de position dominante interdits sont rachetables dès lors qu'ils répondent à certaines conditions, le droit communautaire ne prévoit que le rachat des ententes. Par ailleurs, le droit communautaire prévoit un « seuil de sensibilité », traduit en termes de parts de marché en deçà duquel il n'y a ni entente ni abus de position dominante. Il est donc important, pour une entente ou un abus de position dominante donnée, de déterminer si c'est le droit communautaire ou le droit français qui est applicable.

A cet égard, en matière d'ententes et abus de position dominante, le droit communautaire s'applique **cumulativement** au droit national mais il ne s'applique que sous la **condition de l'affectation du commerce entre Etats membres**.

En outre, dans le cas où droit communautaire et droit national s'appliquent, et si les solutions divergent, **la règle de primauté du droit communautaire** permet de résoudre le conflit des solutions.

Des difficultés subsistent néanmoins: ainsi en est-il de l'existence en droit français d'incriminations supplémentaires à celles du droit communautaire, soit les pratiques restrictives, la théorie de la concurrence déloyale: si ces règles s'articulent bien avec les règles françaises relatives aux ententes et abus de position dominante, elles ne s'articulent pas toujours avec les règles communautaires.

b) contrôle des opérations de concentration

Même si en matière de concentration, les critères de contrôle des droits nationaux, quand ils existent, sont très proches des critères du droit communautaire, pour éviter les difficultés de l'application cumulative, le règlement relatif au contrôle des concentrations a prévu la «simple barrière», c'est à dire que les concentrations de dimension communautaire ne sont analysées que par référence au droit communautaire: c'est le principe de l'application exclusive du droit communautaire pour les concentrations de dimension communautaire, à l'exclusion du droit national.

2 UN CONFLIT D'AUTORITÉS

Puisque les droits nationaux coexistent avec le droit communautaire c'est dire que les autorités chargées d'appliquer les normes nationales coexistent avec celles qui doivent appliquer le droit communautaire. Cependant, il faut ajouter que les autorités chargées d'appliquer le droit communautaire sont à la fois les autorités communautaires (la Commission, le TPI et la Cour de Justice) et les autorités nationales. Ainsi, si l'on raisonne sur l'exemple de la France, le Conseil de la concurrence et les juges nationaux appliquent non seulement le droit français de la concurrence mais également le droit communautaire de la concurrence.

Cette multitude d'autorités oblige les entreprises qui veulent déposer une plainte en concurrence ou qui veulent au contraire s'assurer que leur politique n'est pas anticoncurrentielle, ou qui veulent encore s'assurer de la faisabilité d'une opération de concentration, à déterminer l'autorité à saisir.

Dans ce domaine encore, il faut distinguer entre les ententes et abus de position dominante d'une part et les concentrations d'autre part.

a) ententes et abus de position dominante

A cet égard, le droit communautaire prévoit à la fois une **coordination** entre les autorités nationales et communautaires de manière à ce que les infor-

mations circulent entre ces autorités, et un critère de répartition: ainsi pour l'instant seule la Commission est compétente pour exempter (racheter) une entente interdite, de même qu'elle est seule compétente pour imposer une amende fondée sur le droit communautaire, en revanche le juge national a compétence exclusive pour accorder des dommages et intérêts.

La grande difficulté aujourd'hui, et qui fait l'objet de discussion est la question de la compétence exclusive de la Commission pour accorder une exemption, c'est à dire pour racheter, sous certaines conditions une entente. En fait dans la réforme proposée par la Commission en matière de distribution, la Commission perdra sa compétence exclusive dans ce domaine, ce qui permettrait de décentraliser les contentieux.

b) contrôle des opérations de concentration

Dans ce domaine encore, et pour éviter les difficultés rencontrées en matière d'entente et abus de position dominante, le règlement de 1989 a retenu le **principe de la compétence exclusive de la Commission** dans les cas de concentration de dimension communautaire, même si le texte prévoit des exceptions.

II UN CONTRÔLE DES ENTREPRISES

Puisqu'à ce colloque les entreprises sont représentées, il est d'autant plus nécessaire d'insister sur l'importance pour elles de ce renouveau et reprise du droit communautaire de la concurrence.

Ce droit, se présente pour elles comme un ensemble de règles extrêmement contraignantes et dont la violation peut conduire à des sanctions lourdes (jusque 10% du chiffre d'affaires).

En fait, l'évolution de l'application du droit de la concurrence s'est présentée jusqu'à présent comme un contrôle au coup par coup des diverses opérations de l'entreprise mais tend vers une surveillance généralisée de l'entreprise à partir du critère de sa part de marché.

1 DU CONTRÔLE AU COUP PAR COUP DES DIVERSES OPÉRATIONS DES ENTREPRISES

Cela conduit les entreprises à analyser du point de vue du risque concurrence toute opération (création de joint venture, accord de coopération, accord de licence de brevet ou de marque, accord de distribution, accord de recherche...), toute politique d'achat ou de vente (système de remises, système de fidélisation...).

Il en résulte clairement une atteinte au fameux principe de l'autonomie de la volonté: les parties ne sont plus maîtresses de leur contrat, puisque ce droit de la concurrence constitue un ensemble de règles impératives qui s'imposent d'ailleurs aux entreprises tierces à la communauté mais qui ont ou veulent avoir une activité économique dans la communauté.

Le droit de la concurrence est ainsi une spécialité en pleine expansion, les gros cabinets ont un département concurrence dans lesquels travaillent conjointement économistes et juristes. Les audits concurrence se développent à l'occasion de rachats d'entreprise. En d'autres termes, la culture concurrence imprègne largement la vie des entreprises.

2 VERS UN CONTRÔLE DES POSITIONS SUR LE MARCHÉ

Si dans un premier temps la Commission analysait au cas par cas et au coup par coup les différentes interventions des entreprises, elle adopte désormais une approche différente fondée sur l'observation de l'évolution des parts de marché d'une entreprise sur un marché donné. Le critère de part de marché des entreprises qui était dans un premier temps utilisé pour le contrôle des abus de position dominante et des concentrations, devient premier, y compris pour les ententes. En d'autres termes, en deçà d'un certain seuil, les ententes seront autorisées et la Commission n'ouvrira une procédure qu'au delà de ce seuil. Toute la discussion porte évidemment sur la détermination de ce seuil. Il en résultera pour les entreprises une forme de liberté surveillée.

Le critère de la part de marché, retenu par les autorités communautaires sous l'influence du système américain, est par ailleurs critiqué car sur certains marchés une forte part de marché peut n'être que passagère si bien que la part de marché n'est pas révélatrice de la puissance de l'entreprise.

On a vu que le droit communautaire de la concurrence a induit une véritable culture concurrence dans les Etats membres mais également pour les Etats tiers souhaitant entrer dans l'Union.

On a vu que ce droit avait largement modifié les logiques des droits nationaux par cette intrusion du droit économique reposant sur des fondements et sur des objectifs différents: on peut dire d'ailleurs que toutes les branches du droit des affaires intègrent désormais la dimension concurrence, qu'il s'agisse évidemment du droit des contrats, mais également du droit des sociétés, du droit boursier qui intègrent la nécessité de concurrence.

Mais ce droit de la concurrence lui-même évolue, dans un premier temps particulièrement contraignant au point de sanctionner par principe toute forme d'exclusivité, et d'intervenir pour chaque opération, il se présente maintenant comme un contrôle permanent sur les entreprises, et en même temps comme un contrôle plus fin. Que la seule observation de l'existence d'une clause d'exclusivité.

En fait de par le rayonnement de cette culture concurrence, la question maintenant, tant pour les entreprises que pour les Etats, est plutôt celle de la coordination / unification des systèmes régionaux de concurrence: c'est toute la question d'un droit international de la concurrence qui n'est cependant pas prêt d'exister s'il doit conduire à l'existence d'une autorité mondiale de concurrence.