

# AJSP

Association des élèves et diplômés juristes



SciencesPo.

# LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES • SEMESTRIEL • N°6 • ÉTÉ 2012



## ÉDITORIAL

*«Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law - what are its goals? Everything else follows from the answer we give . . . Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules.»<sup>1</sup>*

R. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York: Free Press, 1993, p. 50.

CHERS AMIS,

La question posée par le Professeur Bork illustre bien l'enjeu que constitue la définition du droit de la concurrence et ses contours, et, par extension, celui de savoir quelle est l'autorité en charge de cette définition. Le législateur et les autorités régulatrices forment les deux versants de cette autorité, bien que la séparation de ces institutions ne soit pas toujours évidente, au vu par exemple du double rôle de la commission européenne. Formant ensemble ce que nous avons appelé « l'action publique », leurs interventions fréquentes définissent ces contours dont les conséquences intéressent largement le monde des affaires<sup>2</sup>. Dans un droit où l'attribution des compétences n'est pas d'une saisissante clarté et où la technicité juridique se mêle à des décisions de politiques économiques, comprendre le rôle de l'action publique nous paraît être un angle d'approche constructif.

À la croisée du droit, de la philosophie publique et de l'économie, la concurrence est la forme d'une volonté publique de régulation dans une optique libérale. À une période où la question économique est centrale, les acteurs publics sont donc les principaux animateurs de ce droit.

1 « Les politiques de concurrence ne peuvent être raisonnablement menées avant que nous ne puissions répondre à cette question avec autant de fermeté que possible : quel est le but de ce droit – quel est son objectif ? Tout le reste découle de la réponse que nous émettons... C'est seulement lorsque cette question de l'objectif est réglée qu'il est enfin possible d'instituer un corpus cohérent de droit substantiel »

L'influence de l'action publique est d'autant plus prégnante qu'elle s'exerce à un double niveau, français et européen. Mais cela ne fait que refléter son essence, car ce droit n'est finalement qu'un instrument de la réalisation - partielle - d'une politique économique, qu'elle soit nationale ou supra-nationale : il appelle dès lors une implication particulière des acteurs publics aux différents niveaux d'intégrations économiques.

À la lumière de la crise économique que nous traversons, cette matière est devenue d'autant plus sensible que la politique de la concurrence est parfois remise en cause. Considéré comme trop sévère par des professionnels et certains gouvernants voulant préserver l'emploi par des aides, ce droit est cependant encore trop tendre aux yeux de certains libéraux et pour des associations de consommateurs. La dichotomie simplificatrice entre le « bien-être » des consommateurs d'un côté et la préservation de certaines entreprises – avec les emplois y afférents - de l'autre conduit à des tensions multiples. Les réactions à l'arrivée de Free dans le marché des téléphones mobiles sont symptomatiques de ce débat qui traverse notre société. Alors que le libéralisme est plus contesté

2 Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, « Qui doit déterminer la politique de la concurrence », La Tribune, 30 juin 2011.

3 Commission Européenne, site officiel de la commission de la concurrence : [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)

que jamais, tant à l'échelle française qu'euro-péenne, le droit de la concurrence est devenu une cible de choix.

À défaut de modifications substantielles depuis le début de la crise, ce dernier semble néanmoins prouver son efficacité et sa pérennité par sa souplesse. La crise, pourtant terreau favorable aux aides d'Etats et aux pratiques collusives face à des perspectives économiques plus incertaines, n'a par exemple pas fait augmenter significativement le nombre de cas traités par la commission européenne<sup>3</sup>. D'une part parce que la commission a su préserver l'essentiel, à savoir son contrôle strict des ententes et des abus de position dominante ; d'autre part parce qu'elle s'est adaptée quant au nécessaire, à savoir accepter les Aides d'Etats dans le cadre d'une politique de relance.

Au vu de ces enjeux, la Revue des Juristes a souhaité apporter son concours à la compréhension du droit de la concurrence en y dédiant un numéro. Cela était aussi sans doute dans l'ordre des choses, car l'existence même du Master de Droit Economique de SciencesPo, créé par Marie-Anne Frison-Roche il y a désormais huit ans, répondait et répond toujours en grande partie à l'intention de former des juristes particulièrement affûtés à ce domaine du droit.

Toujours prompt à se saisir des passions juridiques, ce numéro est aussi l'occasion, osons le dire, de passer en Revue la politique pénale du quinquennat de Nicolas Sarkozy, par le prisme de la conférence organisée par l'AJSP à la veille des élections présidentielles.

La Revue remercie les auteurs ayant contribué à la qualité de ce numéro mais aussi tout particulièrement notre directeur scientifique, Hugues Parmentier, pour son implication, sa disponibilité et son aide précieuse.

Notre prochain numéro portera sur une matière non moins d'actualité : le droit des marchés financiers.

En attendant, nous vous souhaitons, chers lecteurs, une bonne rentrée et, surtout, une très bonne lecture.

*Le comité de rédaction  
de la Revue des Juristes de Sciences Po.*



Dorothée BRUGÈRE



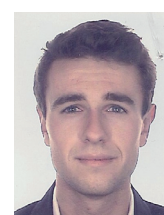
Antoine DELACARTE



Gustav KALM



Audrey LHEMANN



Stefan MONAGHAN

**Responsables de la Revue des Juristes de Sciences Po**

## SOMMAIRE

### ÉDITORIAL

### ENQUÊTE

**Une carrière au service de la concurrence**, entretien avec Marc Van der Woude ..... 06

### DOSSIER THÉMATIQUE

#### DROIT DE LA CONCURRENCE : RÔLE ET INFLUENCE DE L'ACTION PUBLIQUE

*Présentation scientifique du dossier*, par Hugues Parmentier ..... 12

**Résistance et métamorphose du droit de la concurrence**, par Éric Barbier de La Serre ..... 14

**Droit de la concurrence et action publique, le cas de la Chine**,  
par Jingzhou Tao, Gregory Louvel et Charles de Dreuzy ..... 22

**Le contrôle européen des concentrations à caractère militaire**,  
par Antoine Winckler, Sven Frisch et Stefan Monaghan ..... 28

**Quel droit de la concurrence dans un monde en crise et quelles sanctions pour les entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles ?** par Laurent François-Martin ..... 40

**L'influence du droit de la concurrence sur le comportement des entreprises en Europe**,  
par Jean-Louis Fourgoux ..... 45

**Les programmes de conformité en droit de la concurrence**, par Édith Baccichetti ..... 52

**Streamlining the UK's competition regime**, par Athene Chanter et Charlotte Beauchataud ..... 56

**Subventions publiques et incidence sur la concurrence dans le secteur d'aéronefs civils gros porteurs : la fin de la bataille Boeing – Airbus ?** par Joseph Kamga et Véronique Goncalves ..... 60

### ÉCOLE DE DROIT

**Conférence à l'École de Droit : La Politique Pénale du dernier quinquennat**,  
par Antoine Delacarte et Anastasia Christin ..... 72

### APPEL À CONTRIBUTION

# ENQUÊTE

---

ENTRETIEN AVEC MARC VAN DER WOUDE

## Une carrière au service de la concurrence



Juge au Tribunal de la Cour de Justice de l'Union Européenne

### **Association des Juristes de Sciences Po.**

**Durant votre vie professionnelle vous avez travaillé dans des métiers du droit très variés - assistant au Collège d'Europe, chargé de cours à l'université de Leiden, rapporteur à la DG Concurrence de la Commission européenne, référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes, coordinateur politique à la DG Concurrence de la Commission, membre du service juridique de la Commission, avocat au barreau de Bruxelles, professeur à l'université Érasme de Rotterdam et maintenant juge. Qu'est-ce qui vous a conduit à changer de poste aussi souvent ?**

*M. Van der Woude.* Certainement le hasard des rencontres, ainsi que l'envie de découvrir les différentes facettes du métier.

Par exemple, je souhaitais devenir avocat lorsque j'étais assistant au Collège d'Europe. Au cours d'un entretien, j'ai rencontré le Professeur Schermers et le Professeur Slot qui m'ont invité à l'université de Leiden. Une fois à Leiden, j'ai appris que j'avais réussi le concours d'entrée de la Commission européenne. C'est à ce moment que M. Aurelio Pappalardo, mon ancien professeur de droit de la concurrence au Collège d'Europe, a constaté que j'étais sur la liste des fonctionnaires éligibles pour la DG Concurrence et m'a contacté. Ensuite, j'ai reçu un appel de M. le juge Koopmans qui souhaitait me recruter suite à une recommandation du Professeur Timmermans de Groningen. Je suis alors allé à la Cour de justice pour intégrer

son cabinet en tant que référendaire. Après trois ans, je suis rentré à Bruxelles, à la DG Concurrence. Puis, le Professeur Timmermans, qui était entre-temps devenu directeur général adjoint du service juridique de la Commission, m'a invité à rejoindre ses équipes.

Plus tard, j'ai croisé M. Jaap Feenstra, l'assistant universitaire qui avait supervisé mon mémoire de fin d'étude. Il était devenu associé dans un grand cabinet d'avocats néerlandais. Ils recherchaient un associé pour le bureau de Bruxelles avec mon profil. C'est ainsi que je suis devenu avocat. Après, il y a eu un poste de professeur qui s'est libéré à Rotterdam. J'ai alors été avocat et professeur en même temps. Plus récemment, lors d'un colloque, j'ai de nouveau rencontré le Professeur Timmermans qui était entre-temps devenu juge à la Cour de justice. Il m'a incité à me porter candidat. Et finalement, me voici.

### **Comment est-ce que vous voyez des liens se tisser entre ces métiers ? Est-ce que vos métiers précédents ont une grande influence sur votre travail de juge ?**

En effet, je suis sensible aux enjeux et contraintes que peuvent connaître les administrations publiques, par exemple, en terme de ressources, car j'y ai travaillé pendant de nombreuses années. J'ai aussi conscience des conséquences que peuvent avoir certaines décisions de ces administrations pour les entreprises privées, par exemple, en terme financiers ou d'image. Bien que, dans cha-

que cas d'espèce, tout relève du fond du dossier, cette expérience me permet de mettre les enjeux en perspective.

### **Est-ce que le juge, l'avocat et le professeur van der Woude sont alors des personnages différents ?**

Non, ce sont trois personnages qui abordent le même problème sous un angle différent. La mission d'un avocat est de convaincre. C'est une mission difficile, mais bien définie. La mission d'un professeur est de dire ce qu'est le droit et de former avec éthique et responsabilité les générations à venir, ce qui est essentiel. Quant au juge, il donne raison ou tort aux parties. Il est donc limité dans son examen par les arguments soulevés devant lui. Il exerce son activité dans un cadre strict.

Toutefois, il ne s'agit pas de métiers si différents dans la mesure où ils sont tous fondés sur la recherche juridique, l'étude du droit positif. Ainsi, la différence entre ces métiers s'apparenterait pour moi à des variations sur un même thème. En effet, ces trois métiers tentent, avant tout, d'asseoir une légitimité rationnelle à leurs rôles respectifs (enseigner, convaincre, décider) en se basant, *in fine*, sur la recherche et l'observation rigoureuse du droit. D'ailleurs, il n'est pas rare de voir des juges, des procureurs ou des avocats donner des cours de droit : cela montre bien que la frontière entre ces métiers n'est pas hermétique.

### **Pour nos lecteurs qui sont encore étudiants ou qui viennent de terminer leurs études, on aimerait savoir ce qui vous a fait choisir le droit de la concurrence.**

Même si le droit de la concurrence a toujours pris une place prépondérante dans mes activités, c'est bien le droit de l'Union qui en est le fil conducteur. J'encouragerais d'ailleurs tout étudiant qui s'intéresse au droit européen de la concurrence à garder une perspective large sur l'ensemble du droit de l'Union.

Pour revenir à votre question, c'est mon intérêt pour les problématiques économiques et la vie des entreprises qui m'a guidé vers le droit de la concurrence. J'ai toujours étudié l'économie et je continue à suivre de près les développements pertinents pour le droit de la concurrence. J'ai aussi eu la chance de rencontrer des grands praticiens de cette matière tels que MM. René Joliet, Aurelio Papalardo, Paul Demaret ou Ivo van Bael.

Lorsque j'ai fini mes études, au début des années

1980, le droit de la concurrence pouvait encore être considéré comme une activité « ésotérique ». Il y avait, j'exagère à peine, une vingtaine de personnes qui pratiquaient le droit de la concurrence en Europe, tandis qu'aujourd'hui les conférences sur le sujet sont organisées à Bruxelles de manière très régulière. C'est l'adoption du règlement sur le contrôle des concentrations qui a popularisé la matière. C'est à ce moment là que les grands cabinets anglo-saxons ont réalisé que, pour assurer le succès des transactions de leurs clients, il fallait également intégrer un volet relatif au droit de la concurrence. On voit d'ailleurs que l'essentiel des affaires étaient plaidées par des cabinets allemands et du Benelux jusqu'à la fin des années 1980, avant que les grands cabinets internationaux ne montent au créneau.

### **Vous avez dit que vous avez toujours eu un goût pour l'économie et c'est ce qui vous a décidé à faire du droit de la concurrence. Quel niveau de connaissance en économie est nécessaire pour devenir un bon juriste en droit de la concurrence ?**

Il est nécessaire de connaître les bases de la micro-économie et être capable de comprendre le langage des économistes. Une partie des objectifs du droit de la concurrence est dictée par l'économie. La grande majorité, sinon la totalité, des universitaires qui s'intéressent au droit de la concurrence utilisent les concepts standard de l'économie néo-classique. Le bon praticien du droit de la concurrence doit donc en comprendre les présupposés, le langage et les outils.

La science économique donne des outils pour évaluer la politique de concurrence, mais l'efficacité ne saurait en être le but unique. Conserver une pluralité d'objectifs est, à mon sens, souhaitable car la politique de concurrence doit rester une politique publique s'exerçant dans un cadre démocratique. Une des problématiques actuelles, par exemple, est celle de savoir s'il faut vouloir réduire l'objectif du droit de la concurrence à l'amélioration du bien-être des consommateurs. Une autre question pertinente est celle de savoir si les droits nationaux de la concurrence doivent poursuivre les mêmes objectifs que le droit européen de la concurrence. C'est une question difficile. La question se pose avec d'autant plus d'acuité en Allemagne ou en France où il y a des aspects du droit de la concurrence qui ne sont pas traités par le droit européen. Enfin, le débat sur les objectifs

du droit de la concurrence implique également une prise en compte du cadre institutionnel dans lequel ce droit s'exerce. C'est bien parce que le débat sur la finalité et l'application du droit de la concurrence est par nature complexe, mouvant et pluridisciplinaire que les jeunes juristes et économistes du droit de la concurrence ne pourront plus à l'avenir faire l'économie d'un réel investissement dans les autres matières.

### **Mais est-ce que les sources du droit de la concurrence ne sont pas toujours économiques ?**

C'est une question ouverte. L'inspiration du droit de la concurrence européen est à rechercher du côté de l'école de Fribourg d'avant-guerre. Il y a des notions comme la responsabilité particulière de l'entreprise en position dominante ou la protection de la concurrence comme objectif (*vollständiger Wettbewerb*), qui sont directement empruntées à la *Freiburger Schule*. Évidemment, la pensée évolue, avec l'école de Harvard, celle de Chicago et maintenant les résultats stimulants de l'économie comportementale. Ces différentes approches se superposent et se nourrissent entre elles. Toutefois, il faut garder à l'esprit que la question fondamentale est, en partie, politique : il s'agit de savoir jusqu'à quel point l'on souhaite contrôler le pouvoir économique privé et l'influence qui en découle dans une démocratie. Est-ce normal par exemple qu'un grand opérateur puisse nous dicter des règles en matière de confidentialité, par exemple ? Faut-il dans une société démocratique et libérale intervenir contre un acteur privé ou faut-il, comme certains le pensent, ne rien faire, parce que le marché se régule de lui-même ?

En Europe, on a placé le curseur de manière à ce qu'il y ait un certain contrôle. Parfois, j'estime que nous aurions dû être un peu plus sévères. Je pense, par exemple, aux fusions en matière de médias où la question du pluralisme reste posée. En matière bancaire, le risque systémique aurait pu être pris en compte lors de l'appréciation des notifications de fusions ou acquisitions. Il est permis de se demander si un système de *vollständiger Wettbewerb* impliquant un plus grand nombre d'acteurs n'aurait pas eu quelques vertus dans la situation actuelle.

### **N'est-ce pas au fond plutôt un choix politique (*policy*) ?**

La question est encore de savoir où mettre le curseur pour intervenir. En définitive, c'est toujours un choix normatif qui, sur le fondement d'une situation particulière, a de profondes répercussions pour l'avenir et pour l'ensemble des opérateurs.

Même dans la pensée de l'école de Chicago, on doit faire un choix entre le bien-être des consommateurs, celui des producteurs et le bien-être total. Ces décisions comportent toujours un jugement de valeur. La question de l'efficacité comme objectif se pose. L'efficacité est-elle vraiment une valeur à poursuivre absolument ? Ceci est d'ailleurs une question naturellement liée à celle de la rationalité des acteurs économiques. Je vous conseille de vous procurer le dernier ouvrage de Daniel Kahneman. Ses recherches remettent en question le présupposé de rationalité dans les théories économiques standards. Les consommateurs n'agissent pas de manière rationnelle comme les économistes l'ont longtemps supposé car leur rationalité est limitée et que de nombreuses considérations, éthiques parfois, influencent leurs choix économiques.

### **Ne pensez-vous pas que le droit de la concurrence est un des domaines du droit où les juges ont le plus de pouvoir politique ? Les choix entre ces différents objectifs ne sont pas tant faits par le législateur que par les juges. Il semble que dans d'autres domaines le juge a bien moins de latitude.**

Je ne partage pas cette opinion, même s'il est vrai que le juge de l'Union a eu une influence particulière jusqu'à l'accomplissement du livre blanc sur le marché intérieur et l'Acte unique en 1992. On constatait alors une prépondérance de la jurisprudence européenne sur ce que faisait la Commission. M. le juge Koopmans avait d'ailleurs écrit un article à ce sujet dans une revue néerlandaise pour rappeler que la Cour de justice devait respecter l'équilibre des pouvoirs tel que défini par les traités et qu'elle ne pouvait pas se substituer à la Commission. À l'époque, nombres d'avancées ont eu lieu dans le cadre de renvois préjudiciels. Les juges nationaux, en tandem avec la Cour européenne de justice, dégageaient des solutions. Ensuite, M. Jacques Delors a repris



la « machine bruxelloise » en main et les États membres sont allés dans le même sens. Ces derniers temps, la Cour et le Tribunal de l'Union n'ont pas pris de décisions de la même ampleur que les décisions qui sont intervenues dans les années 1970 et 1980. Certes, il y a eu, par exemple, l'arrêt *Tetra Laval* en 2002, mais nous parlons ici davantage de questions d'interprétation que de véritables choix politiques. Je note pourtant qu'à la lumière de l'arrêt *KME*, qui nous invite à exercer notre pouvoir de pleine juridiction, avec plus de consistance, le centre de gravité pourrait se déplacer de nouveau légèrement vers les juridictions européennes.

**La décision KME que vous venez de mentionner porte justement sur la question de la pleine juridiction. Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires. Quelle est son importance?**

Il convient de garder à l'esprit que l'arrêt *KME* n'est pas un jugement rendu par la grande chambre et que la Cour n'a pas annulé l'arrêt du Tribunal. Cela dit, j'estime personnellement que la Cour a questionné la manière dont le Tribunal limite parfois son pouvoir d'appréciation en matière de cartels. Le jugement propose une autre formule que celle qui avait été retenue par le Tribunal pour définir son contrôle juridictionnel en l'espèce et insiste fortement sur la nécessité d'un contrôle approfondi des faits. On pourrait discuter longtemps sur le choix des formules citées dans les arrêts pour définir le contrôle juridictionnel. En réalité, même sous une formule de contrôle « marginal », comme celle utilisée dans l'arrêt *Tetra Laval*, le Tribunal peut exercer un contrôle poussé. À mon sens, il est important de retenir que la marge d'appréciation de la Commission en ce qui concerne l'appréciation des faits tend à être contrôlée.

**Quel impact cela peut-il avoir sur le travail du Tribunal ? La manière de travailler du Tribunal en est-elle changée ?**

Non, je ne pense pas. Le rôle du juge reste d'examiner si les arguments des parties sont justes et les analyses économiques peuvent être utiles pour cela. Ensuite, la question juridique et normative qui se pose est celle de savoir si l'on doit tenir compte des effets économiques des infractions dans le cadre de la fixation des sanctions. C'est là, de nouveau, qu'il me semble que l'arrêt *KME*

apporte une nuance importante, car il y est dit que si une partie apporte des preuves suffisamment convaincantes en l'absence de faits prouvés, c'est un élément dont le Tribunal doit tenir compte dans son appréciation de la sanction.

**Mais est-ce que le Tribunal ne va pas désormais devoir accroître sa capacité à tenir compte des analyses économiques internes ou externes ?**

La possibilité de faire appel à des expertises est déjà prévue par le règlement de procédure. Mais nous ne pouvons pas déléguer notre propre appréciation des faits. Les parties joignent parfois à leurs mémoires des études approfondies, l'enjeu étant donc d'améliorer la capacité du juge de l'Union à en juger la force probante. D'ailleurs, cela ne joue pas uniquement en droit de la concurrence mais aussi en matière d'assurances ou de dommages et intérêts.

**Certaines compagnies comme Microsoft ou Ryanair notamment ont accusé la Commission et la Cour d'avoir empêché le développement des marchés. Qu'en pensez-vous ?**

Il ne m'appartient pas de commenter des cas particuliers, et encore moins les opinions de telles ou telles parties ! Cela dit, ces cas me semblent être, en définitive, des applications assez classiques des problématiques dont nous avons parlé au sujet de la structure du marché, des monopoles d'innovation, de la responsabilité des opérateurs dominants ou du standard à appliquer en politique de concurrence.

**La sortie de la crise financière a conduit à des mesures de sauvetage des banques et différentes mesures de relance budgétaire qui peuvent potentiellement créer des problèmes du point de vue du droit de la concurrence. Faudrait-il adapter les règles en matière d'aides d'État aux besoins des politiques fiscales et budgétaires nationales contrecycliques ?**

C'est essentiellement une question politique. D'un point de vue jurisprudentiel, la première affaire examinée par le Tribunal concernant une décision prise par la Commission en matière d'aides d'État dans le contexte de la crise économique et financière (arrêt *ING*) a été jugée de manière tout à fait classique avec des outils juridiques qui existaient déjà bien avant la crise. La crise actuelle me semble, avant tout, requérir un regain d'imagina-

tion de la part de nos décideurs politiques. Il leur appartient de développer des solutions nouvelles. Le contrôle européen des aides d'État pourrait en faire partie.

**Quel est votre conseil à un jeune étudiant qui voudrait aujourd'hui se spécialiser en droit de la concurrence?**

C'est compliqué. Je n'ai qu'une chose à dire - suivez votre cœur ! Il est très difficile d'exceller sans passion. Quand on a choisi la profession juridique, le temps de travail n'est jamais le minimum légal, il est donc important de choisir une matière qui vous plaise vraiment ! Ce qui est très gratifiant dans le métier juridique est qu'il s'agit d'un métier essentiellement humain.

Si l'on a une personnalité qui n'a pas envie de s'imposer, il ne faut pas devenir *dealmaker*... Si l'on est plutôt académique, on peut devenir un très bon juriste anti-trust. Quoiqu'il en soit, quand on est bon dans un domaine et qu'on l'apprécie, il faut suivre cette voie. ■

*DOSSIER THÉMATIQUE*

***DROIT DE LA CONCURRENCE :  
RÔLE ET INFLUENCE DE L'ACTION PUBLIQUE***

---

**Présentation scientifique du dossier**

*par Hugues Parmentier*

**Résistance et métamorphose du droit de la concurrence**

*par Éric Barbier de La Serre*

**Droit de la concurrence et action publique, le cas de la Chine**

*par Charles de Dreuzy, Jingzhou Tao et Gregory Louvel*

**Le contrôle européen des concentrations à caractère militaire**

*par Antoine Winckler, Sven Frisch et Stefan Monaghan*

**Quel droit de la concurrence dans un monde en crise et quelles sanctions  
pour les entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles ?**

*par Laurent François-Martin*

**L'influence du droit de la concurrence sur le comportement des entreprises en Europe**

*par Jean-Louis Fourgoux*

**Les programmes de conformité en droit de la concurrence**

*par Édith Baccichetti*

**Streamlining the UK's competition regime**

*par Athene Chanter et Charlotte Beauchataud*

**Subventions publiques et incidence sur la concurrence dans le secteur  
d'aéronefs civils gros porteurs : la fin de la bataille Boeing – Airbus ?**

*par Joseph Kamga et Véronique Goncalves*

HUGUES PARMENTIER

## *Droit de la concurrence et action publique*



Directeur Général du Marché  
intérieur à la Commission européenne  
Avocat au Barreau de Paris

“Monopoly is Business at the end of its journey.”  
Henry Demarest Lloyd,  
*Wealth Against Commonwealth* (1894)

La politique de concurrence est un équilibre fragile entre politique, économie et droit. C'est donc tout naturellement que son enseignement est l'un des fondamentaux du cursus de l'école de droit de Sciences-Po.

Introduites en Europe principalement aux lendemains de la Seconde Guerre Mondiale, les règles de concurrence ont pris leur plein essor avec le Traité de Paris créant la Communauté Européenne de Charbon et de l'Acier, en 1951. Pourtant, plus de cinquante ans après, dans le cadre des débats sur la ratification éventuelle du Traité établissant une Constitution pour l'Europe comme dans le contexte actuel de crise, d'aucuns ont semblé découvrir la notion de concurrence libre et non faussée, qu'ils ont jugé nocive sans la comprendre. Or, rappelons-le dès l'abord: la politique de concurrence est une politique publique de régulation de la puissance privée. Les rapports entre comportement des entreprises sur le marché, droit de la concurrence et action publique sont donc naturellement sources de tensions et rendent cette matière très vivante. Les différents articles de ce dossier viennent éclairer certaines de ces tensions.

Commençons par remercier le juge Marc Van der Woude d'avoir accordé un entretien à la Revue. Evoquer avec l'évolution du droit de la concurrence ces trente dernières années, c'est en effet bénéficier du regard d'un acteur qui a tenu tous les rôles, dans les tragédies comme dans les comédies : fonctionnaire d'autorité de concurrence, universitaire, avocat. Devenu juge au Tribunal, il est à présent en quelque sorte metteur en scène, puisque ayant (souvent) le dernier mot.

L'article d'Eric Barbier de La Serre « *Résistance et métamorphose du droit de la concurrence* » présente de manière synthétique les grandes évolutions récentes de la politique de concurrence en France et en Europe, et démontre que, par bien des aspects, cette dernière a pallié le manque de véritable politique industrielle européenne. L'article d'Antoine Winckler et de deux brillants anciens de l'école de droit, Sven Frisch et Stefan Monaghan, illustre ce propos en analysant le cas du contrôle des concentrations dans le secteur de l'armement en Europe et aux États-Unis. Le tableau que dressent Jingzhou Tao, Grégory Louvel et Charles de Dreuzy du droit de la concurrence émergent en Chine démontre la justesse de cette analyse du rôle de l'action publique pour cette puissance économique.

Il peut sembler cependant curieux qu'en dehors du contrôle des concentrations, cette politique industrielle passe essentiellement par des sanctions pécuniaires. Le niveau atteint par certaines amendes infligées à des entreprises pour pratiques anticoncurrentielles dans le contexte économique actuel a pu susciter un débat : Laurent François-Martin démontre que, dans certains cas, les autorités de concurrence ont pu faire preuve de mansuétude.

Compte tenu de l'ancienneté de la politique de concurrence et de sa montée en puissance ces vingt dernières années, un bilan de l'influence de l'action publique sur le comportement des entreprises s'impose : c'est l'exercice auquel se livre Jean-Louis Fourgoux. Edith Baccichetti vient compléter ce tableau en présentant concrètement les programmes de conformité, qui constituent le premier moyen de sensibilisation à la politique de concurrence des cadres et employés qui animent la dynamique économique.

Pour que la politique de concurrence soit forte, il faut des autorités de concurrence fortes. La création en France de l'Autorité de la concurrence a constitué une évolution significative, et a donné du muscle à l'action publique. Les Britanniques ont fait le choix de faire évoluer leur modèle de mise en œuvre du droit de la concurrence : l'article d'Athene Chanter et de Charlotte Beauchaud laisse présager une évolution similaire en Grande-Bretagne.

Ayant débattu de l'Union Européenne, des États-Unis et de la Chine, tout étudiant de Sciences-Po s'interrogera sur la problématique de l'émergence d'un droit global de la concurrence et de l'intervention publique. L'article très complet de Joseph Kanga et Véronique Goncalves sur la bataille Boeing – Airbus illustre que le droit de l'OMC est sans doute la prochaine frontière du droit de la concurrence. Souhaitons que cette nouvelle page s'écrive grâce à de nombreux anciens de Sciences-Po : cher étudiant, « Duc in altum », avance au large ! ■

ÉRIC BARBIER DE LA SERRE

## *Résistance et métamorphose du droit de la concurrence*



Avocat au Barreau de Paris,  
Jones Day

Depuis plusieurs années, le droit de la concurrence est marqué en Europe, mais surtout en France, par un étrange paradoxe : son existence se trouve régulièrement critiquée par celui-là même qu'il entend protéger, le citoyen-consommateur.

Sans doute faut-il voir plus d'incompréhension que d'ingratitude dans un tel désamour. Peut-être en effet n'est-il pas suffisamment apparent aux yeux du grand public que le bien-être du consommateur tend désormais à orienter le droit de la concurrence comme le nord agit sur une boussole. Sans doute aussi est-il parfois oublié que, sur un plan purement politique, le droit de la concurrence constitue avant tout un instrument de limitation des pouvoirs privés. Comme Jean Monnet le confirme dans ses *Mémoires*, l'insertion de dispositions de droit de la concurrence dans le traité de Rome avait pour objet initial d'éviter la reconstitution de pouvoirs privés, dans l'industrie de l'acier notamment, qui auraient été de nature à bloquer des secteurs fondamentaux de l'économie<sup>1</sup>. Il n'est d'ailleurs pas anodin qu'aux États-Unis ce soient les gouvernements démocrates – et non leurs homologues républicains – qui mènent la politique la plus agressive en matière de droit de la concurrence. C'est dire si cette branche du droit n'est pas le signe d'une politique de laissez-faire, mais bien au contraire le gage d'un contrôle de l'État sur la puissance privée.

Toutefois, au-delà de l'incompréhension, sans doute faut-il voir quelque chose de plus fondamental à l'œuvre contre le droit de la concurrence : ainsi que l'a révélé le débat parfois burlesque tenu à l'occasion du référendum français sur le projet de Constitution européenne, le rejet du citoyen vise sans doute moins l'existence de règles là où la concurrence se déploie qu'une certaine rigidité dans son application et surtout, plus profondément, la présence même de la concurrence dans certains pans de l'économie, en particulier ceux que la culture juridique nationale considère comme constituant par nature des services publics. Dans ce dernier cas, ce n'est pas tant le droit de la concurrence que l'on rejette, mais bien la concurrence en tant que telle, en comptant sur le fait que l'État pourvoira nécessairement mieux à l'intérêt public que l'initiative privée, fût-elle astreinte à de strictes missions et règles de service public.

Le juste équilibre à trouver sur ce point constitue assurément une question politique et économique complexe sur laquelle des esprits raisonnables peuvent diverger. Toutefois, c'est à tort que l'on a présenté le droit de l'Union comme mettant par nature en danger l'existence des services publics, dès lors que certaines dispositions permettent précisément d'assurer la coexistence pacifique de l'un et des autres. Les discussions sur le projet de Constitution européenne, au lieu de dissiper ce malentendu, l'ont placé sous un miroir grossis-

<sup>1</sup> Jean Monnet, *Mémoires*, Livre de poche, éd. 2007, p. 511-514.

sant et ont finalement conduit à faire rimer, aux yeux de beaucoup, concurrence avec laissez-faire forcené.

Enfin, la politique très stricte suivie par la Commission pour la prohibition des aides d'État n'aura rien arrangé à ces troubles. Au premier coup de boutoir lié à la discussion sur le projet de Constitution s'est en effet ajoutée la crise financière de 2007, qui a placé la ratification du traité de Lisbonne et le droit de la concurrence sous les pires auspices économiques. Dans ce contexte de forte tempête, comment pouvait-on décemment refuser les aides des États au secteur bancaire, si ce n'est pour encourager le naufrage de l'économie européenne ?

Le droit de la concurrence n'aura donc pas été épargné depuis les premiers coups de tonnerre de l'année 2007 et, de fait, ses fondements mêmes en ont été affectés. Toutefois, de même qu'un métal tordu peut finalement retrouver sa forme d'origine, le droit de la concurrence a bien résisté à ces chocs (I) pour, peut-être par une ruse de l'histoire, voir son emprise s'affirmer au même moment sous une autre forme : la régulation de la concurrence (II).

## I. LA ROBUSTESSE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Les nuages de la crise et la pression politique accompagnant le rejet du projet de Constitution ne sont pas passés sans encombre sur le droit de la concurrence, puisque, d'une part, ils ont entraîné une modification de certains de ses fondements premiers (A) et, d'autre part, ils ont pesé sur son application conjoncturelle (B). Le droit de la concurrence a toutefois gardé un cap ferme sous ces deux orages.

### A. La résistance aux modifications des fondements

La première modification résultant du naufrage de la Constitution a touché une disposition présente dans les traités depuis l'entrée en vigueur du traité de Rome en 1958, à savoir celle qui prévoyait l'existence d'un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur » (article 3, sous g), du traité de Rome). À l'occasion du débat sur le projet de Constitution

européenne, de nombreux citoyens français ont en effet découvert l'existence de cette disposition et s'en sont offusqués. Lors de la négociation du traité de Lisbonne, la France a donc amené les autres États membres à accepter un transfert de ce fondement dans un protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence. Sur le fond, le principe même de la protection de la concurrence n'en était pas modifié. Nombreux sont donc ceux qui ne voyaient dans ce déplacement qu'un simple symbole. Toutefois, les symboles, en droit, comptent parfois aussi, de sorte que l'on pouvait légitimement se demander s'il n'en résulterait pas, d'une façon ou d'une autre, un fort affaiblissement de l'objectif de concurrence libre et non faussée.

Ce doute est désormais dissipé, puisqu'à l'occasion d'un litige concernant la récupération par l'Italie de certaines aides d'État, la Cour de justice de l'Union a « rappell[é] », dans un arrêt du 17 novembre 2011, « le caractère fondamental des dispositions du traité en matière de concurrence et tout particulièrement celles relatives aux aides d'État, lesquelles constituent l'expression de l'une des missions essentielles conférées à l'Union européenne »<sup>2</sup>. Ce statut privilégié découle selon la Cour de l'article 3, paragraphe 3, TUE, qui prévoit l'établissement d'un marché intérieur, ainsi que du protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence, lequel, en application de l'article 51 TUE, fait partie intégrante des traités, et aux termes duquel le marché intérieur comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée. L'insistance de la Cour nous semble confirmer que le transfert du principe de libre concurrence dans un protocole n'a affecté ni l'existence ni le statut général de l'objectif de concurrence libre et non faussée. Il reste toutefois à tester si – à la lumière d'autres objectifs des traités non transférés dans un protocole – certaines situations particulières ne justifieront pas, fût-ce sur un plan plus politique que juridique, une mise en balance de l'objectif de concurrence libre et non faussée avec d'autres objectifs.

La seconde modification fondamentale causée par l'échec de la Constitution européenne a touché pour sa part la disposition-cheville qui permet d'articuler droit de la concurrence et protec-

<sup>2</sup> Arrêt de la Cour du 17 novembre 2011, C-496/09 P, Commission/Italie, non encore publié au Recueil, point 60.

tion des services publics. L'article 106, paragraphe 2, TFUE prévoit ainsi que les règles du traité ne s'appliquent que dans la mesure où cela ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière impartie aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général. De façon parfaitement légitime, la jurisprudence reconnaissait une marge d'appréciation importante aux États membres pour définir ce qui constitue un tel service<sup>3</sup>. La Commission a toutefois mené dans ce domaine une politique assez stricte, sans doute d'ailleurs trop stricte, qui a fait peser sur les États de lourdes contraintes<sup>4</sup>.

La gronderie sourde des États s'est finalement faite entendre. Sur initiative néerlandaise soutenue par la France et l'Allemagne, les États membres ont en effet décidé de faire graver dans le marbre solennel d'un protocole n° 26 « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs* », « *la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes* » et, enfin, « *un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs* ».

On peut, nous semble-t-il, s'étonner de l'absence de toute référence expresse à ce protocole dans la récente communication de la Commission relative aux aides d'État accordées à des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général<sup>5</sup>. La Commission paraît toutefois bien avoir

saisi le message envoyé par les États membres, puisque dans cette communication elle reconnaît leur « *large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme un SIEG* » et exempte tous les services sociaux de l'obligation de notification.

À notre avis ce recadrage ne doit pas être interprété comme un recul du droit de la concurrence, mais plutôt comme une réallocation limitée des compétences exercées à l'égard des services publics. En effet, si les États sont davantage libres qu'auparavant de définir ce qui constitue une mission de service public – et ce à juste titre nous semble-t-il – encore faut-il, pour qu'il soit valablement dérogé au droit de la concurrence, que ce dernier constitue un réel l'obstacle à l'accomplissement des missions en cause. Gageons que la Cour de justice ne lâchera pas la bride sur la vérification de cette stricte condition. Enfin, le droit de la concurrence n'aurait de toutes façons rien à perdre, ni en prestige ni en efficacité, à voir son emprise limitée par une réaffirmation des services publics. Après tout, les traités européens ne prétendent pas même préjuger, comme ils le disent depuis l'origine, le régime de la propriété dans les États membres (voir désormais l'article 345 TFUE). Leur agnosticisme à l'égard des services publics n'est pas moins prononcé : la place réservée aux services publics n'est pas dictée par le traité et peut donc amplement varier selon les États.

En définitive, la pression exercée sur les fondations du droit de la concurrence ne l'a donc fait que peu vaciller. Les vents conjoncturels, quant à eux, n'ont pas eu plus de succès.

## **B. La résistance aux modifications conjoncturelles**

Au-delà des modifications des fondements qui viennent d'être décrites, la politique conjoncturelle de la Commission a elle aussi connu certaines adaptations qui, finalement, se sont révélées limitées.

L'ajustement le plus visible a sans aucun doute concerné la politique de la Commission en matière d'aides d'État. La Commission a ainsi accepté de recourir à la base juridique exception-

3 Arrêts du Tribunal du 15 juin 2005, Olsen/Commission, T-17/02, Rec. p. II-2031, point 216, et du 12 février 2008 BUPA e.a./Commission, T-289/03, Rec. p. II-81, points 166 à 169, 214, 220 et 268.

4 Voir par exemple le rapport d'information du Sénat n° 376 (2007-2008) de Mme Catherine Tasca, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 4 juin 2008, p. 12.

5 Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (JOUE 2012, C 8, p. 4), point 46. Voir également huitième considérant de la décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services

d'intérêt économique général (JOUE 2012, L 7, p. 3).



nelle que constitue l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE, qui prévoit que peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur les aides destinées « à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre »<sup>6</sup>.

C'était, pourrait-on dire, le minimum syndical, dès lors que plus de rigidité aurait mis en péril le système financier européen. Il faut assurément saluer l'action très rapide de la Commission, qui s'est montrée extrêmement réactive et a pu autoriser certaines aides urgentes en quelques jours. Ce n'est toutefois pas là un *aggiornamento* de la politique européenne en matière d'aides d'État, car la Commission n'a mis en œuvre que des dérogations exceptionnelles et temporaires.

Du reste, alors même que la crise des dettes souveraines n'a pas fini de diffuser ses effets, le retour à la normale en matière d'aides d'État est d'ores et déjà programmé. Aux fins de sa « stratégie de sortie »<sup>7</sup>, la Commission a mis en œuvre la première phase d'un processus de transition visant à la suppression progressive des aides en faveur des banques dès 2010<sup>8</sup>. Les mesures pour favoriser l'accès de l'économie dite « réelle » au financement ont pour leur part pris fin en décembre 2011<sup>9</sup>.

Par ailleurs, ni la crise ni l'échec de la Constitution n'ont modifié de façon sensible l'application des règles en matière de contrôle des concentrations. Notamment, à l'occasion de la crise, la Commission ne semble pas avoir relâché les strictes conditions dans lesquelles peut s'appliquer la théorie de l'entreprise défaillante<sup>10</sup>.

Enfin, la crise n'a pas eu d'effet sensible sur la

6 Voir, en dernier lieu, communication de la Commission concernant l'application, à partir du 1er janvier 2012, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière (JOUE 2011, C 356, p. 7).

7 Document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2010, points 14 s.

8 Communication de la Commission – Cadre temporaire de l'Union pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle (JOUE 2011, C 6, p. 5), point 1.2.

9 Communication de la Commission – Cadre temporaire de l'Union pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle (JOUE 2011, C 6, p. 5).

10 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JOUE 2004, C 31, p. 5), points 89-91.

répression des abus de position dominante et des ententes. En matière d'amendes, la Commission s'est certes révélée plus encline, durant l'année 2010, à accepter que les amendes très élevées qu'elle peut imposer soient diminuées en raison des difficultés financières dans lesquelles les sanctions peuvent placer les entreprises en cause<sup>11</sup>.

Il s'agit toutefois d'une concession limitée. Du reste, sur ce point également, l'année 2011 semble marquer un retour à la normale<sup>12</sup>. À cela s'ajoute encore que la Commission n'a pas plus été sensible à la thématique du cartel de crise durant la période 2007-2011 que durant les années précédentes.

On peut nous semble-t-il voir dans cette rigidité générale une occasion manquée de réfléchir à l'articulation du droit de la concurrence avec d'autres objectifs du traité, tels que la « promotion d'un niveau d'emploi élevé » et « la lutte contre l'exclusion sociale » (voir article 9 TFUE). Ceux qui en revanche privilégient la stabilité pourront se réjouir en constatant que, alors que la tempête gronde encore, le droit de la concurrence a affirmé sa capacité de résistance. En réalité, ce droit a connu, durant cette même époque, une authentique métamorphose qui a fait progresser son emprise.

## II. L'AFFIRMATION DE LA RÉGULATION DE LA CONCURRENCE

Le droit de la concurrence, loin de seulement résister aux troubles de la période 2005-2011, a vu son influence progresser depuis 2007. Alors en effet que la crise se déployait, les autorités de concurrence ont fait monter en puissance tous les instruments qui font d'elles, désormais, de vrais régulateurs du marché.

De façon abstraite, on peut envisager l'office des autorités de concurrence selon deux idéaux-types. En premier lieu, elles peuvent agir en substance comme des arbitres ou des juridictions,

11 V. par exemple document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2010, points 14 s.

12 É. Barbier de La Serre et Ch. Winckler, « 2011 : À Landmark Year for the Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings », à paraître, JECLAP 2012.

auquel cas leur vocation première consiste surtout à sauvegarder les droits subjectifs des personnes privées dans leurs relations réciproques, qu'il s'agisse des plaignants, entreprises mises en cause ou consommateurs. Régulant des quasi-litiges, l'emprise des autorités sur l'économie reste dans ce cas limitée, car leur office consiste plus à appliquer le droit à une situation concrète donnée, tout comme le ferait un juge, qu'à orienter l'économie. À l'inverse, les autorités de concurrence peuvent agir, en second lieu, comme d'authentiques régulateurs, c'est-à-dire comme des autorités chargées d'orienter l'économie au-delà de ce qui résulte d'une simple application du droit.

Les autorités de concurrence européennes ont des histoires diverses sur ce point. Alors que la Commission européenne a toujours mené une authentique politique de concurrence, le Conseil de la concurrence français, pour sa part, s'est vu historiquement confier un rôle qui s'apparentait plus à celui d'un arbitre qu'à celui d'un régulateur. Toutefois, en dépit de ces expériences hétéroclites, la Commission (A) et l'Autorité de la concurrence (B) sont désormais animées d'une même fonction régulatrice.

### A. La régulation de la concurrence par la Commission européenne : l'âge de la maturité

L'idée d'une politique de concurrence européenne est tout sauf une nouveauté de la dernière décennie. Dans son dernier rapport sur la politique de la concurrence, la Commission retient elle-même que, depuis 40 ans, elle a orienté l'exercice de ses pouvoirs en fonction de deux objectifs prioritaires – l'établissement et la préservation du marché intérieur, d'une part, et le bien-être des consommateurs, d'autre part – tout en soutenant, de façon plus incidente, d'autres missions de l'Union visées dans les traités, à savoir l'établissement d'un marché concurrentiel, la cohésion économique, sociale et territoriale et le développement durable<sup>13</sup>. Chaque année depuis 1972, c'est donc bien à propos de la « *politique de concurrence* » – et non de la seule application du droit qui le fonde – que la Commission publie un rapport annuel et rend des comptes au Parlement européen.

C'est en effet la construction même du droit de

la concurrence européen qui, dès l'origine, a donné à la Commission sa fonction régulatrice et sa liberté politique. On en citera seulement trois illustrations saillantes.

En premier lieu, si l'on affirme souvent – pour le lui reprocher – que la Commission est à la fois enquêteur et juge dans les procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE, on oublie parfois de mentionner que, par son pouvoir de proposition, elle participe aussi, avec le Parlement et le Conseil, au travail du législateur européen (voir les articles 289 et 294 TFUE). Il lui arrive d'ailleurs d'agir seule dans ce domaine lorsqu'elle adopte soit des règlements d'application, tels que les règlements d'exemption fondés sur l'article 101, paragraphe 3, TFUE, soit des directives ou décisions sur le fondement de l'article 106, paragraphe 3, TFUE, ainsi qu'elle l'a fait par exemple, à partir du début des années 1990, pour libéraliser et organiser le secteur des télécommunications<sup>14</sup>.

En deuxième lieu, l'ancien monopole de la Commission sur l'application de l'ancien article 101, paragraphe 3, TFEU, lui a laissé une forte marge de manœuvre pour définir et déployer sa politique de concurrence. Par l'adoption de règlements d'exemption et, jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2004, par la maîtrise complète des exemptions individuelles, la Commission a orienté dès 1962 des pans majeurs de l'économie tels que la distribution de détail ou la distribution automobile.

Enfin, en troisième lieu, en consacrant la marge d'appréciation de la Commission lorsqu'elle procède aux appréciations économiques complexes parfois requises par le droit de la concurrence<sup>15</sup>, la Cour de justice a laissé à la Commission une large marge de manœuvre pour orienter ses décisions. Dans le même esprit, la fixation par la Commission du niveau des amendes a très tôt été mentionnée par la Cour comme l'expression d'une authentique politique de concurrence visant à orienter le comportement des entreprises<sup>16</sup>. Cette panoplie n'est assurément pas restée

14 Voir en dernier lieu directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (JOUE L 249 p. 21).

15 Arrêts de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56 et 58-64, Rec. p. 429, et du 11 juillet 1985, Remia/Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 34 ; arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, Rec. p. II-3601, point 88.

16 Arrêt de la Cour du 7 juin 1983, Musique Diffusion française/Commission, 100 à 103/80, Rec. p. 1825, point 105.

13 Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2010, SEC(2011) 690 final, points 4 s.

intacte durant les dernières années. D'une part, avec l'adoption du règlement n° 1/2003, la Commission a perdu son monopole sur l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE et partage désormais cette prérogative avec les autorités et juridictions des États membres. D'autre part, les juridictions européennes ont, sur certains points, resserré leur contrôle de légalité<sup>17</sup>.

Durant ces dernières années, la fonction régulatrice de la Commission n'en a toutefois pas été affectée. Bien au contraire, elle n'a cessé de se renforcer. Cinq lignes de renforcement nous viennent à l'esprit.

Premièrement, la perte par la Commission de son monopole pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE ne s'est pas traduite par une diminution de ses pouvoirs, mais plutôt par un renouvellement de ses priorités. La Commission a ainsi réorienté sa politique de concurrence vers la lutte anti-cartels, tout en gardant le pouvoir de contrôler indirectement l'action des autorités nationales en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, soit informellement par le biais du réseau européen de concurrence, soit plus rigide grâce à son droit de préemption sur les affaires qui affectent le commerce entre États membres et son rôle d'*amicus curiae* devant les juridictions des États membres<sup>18</sup>. La Commission continue par ailleurs à adopter les principaux règlements d'exemption pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFEU. Elle a enfin acquis le droit d'agir d'office, dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt public le requiert, pour adopter une décision déclaratoire constatant l'inapplication de l'interdiction énoncée par les articles 101 ou 102 TFUE, « *afin de clarifier le droit et d'en assurer une application cohérente* » dans l'Union, en particulier « *pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou de pratiques au sujet desquels la jurisprudence et la pratique administrative existantes ne se sont pas prononcées* »<sup>19</sup>. Bien qu'il n'ait jamais été exercé à ce jour, ce droit maintient la Commission dans une position de contrôle.

Deuxièmement, la Commission continue à

17 Voir par exemple arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 39.

18 Articles 11, paragraphe 6, et 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003.

19 Article 10 et quatorzième considérant du règlement n° 1/2003.

publier des lignes directrices qui, si elles sont sans préjudice de l'interprétation des articles 101 et 102 TFUE par la Cour de justice, n'en exercent pas moins une grande influence. Il n'est ainsi pas rare pour les autorités et juridictions nationales de s'appuyer, par exemple, sur les lignes directrices de la Commission en matière de restrictions verticales et d'effet sur le commerce entre États membres<sup>20</sup>.

Troisièmement, la Commission conserve une forte marge d'appréciation pour décider de donner ou non suite à une plainte<sup>21</sup>. La fixation de ses priorités dans l'intérêt de l'Union continue donc à traduire l'orientation qu'elle souhaite donner à sa politique de concurrence.

Quatrièmement, le renouveau des enquêtes sectorielles à partir de 2004, notamment dans les secteurs de l'énergie, des produits pharmaceutiques et des moyens de paiement, a permis à la Commission de réaliser des analyses poussées de l'état de la concurrence sur ces marchés et d'orienter une nouvelle fois ses priorités d'action en conséquence<sup>22</sup>.

Cinquièmement et surtout, le développement des procédures d'engagement a donné une impulsion décisive à sa fonction régulatrice<sup>23</sup>. Les décisions acceptant des engagements permettent en effet à la Commission de modifier pour l'avenir les comportements des entreprises poursuivies tout en limitant ses risques contentieux, puisque, sauf recours de tiers lésés, de telles décisions n'ont pas vocation à être contestées devant le Tribunal de l'Union. Par cet outil puissant, la Commission européenne parvient parfois même à accomplir, grâce au droit de la concurrence, ce que le législateur de l'Union lui-même n'a pu réaliser. Tel a été le cas par exemple dans le domaine de l'énergie, puisque la Commission a utilisé les procédures d'engagements pour imposer aux opérateurs les

20 CA Paris, ch. 5-7, 24 novembre 2009, *Chevron Products Company e.a.* (« *considérant que pour apprécier l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, le Conseil s'est référé à bon escient [aux] règles dégagées par la Commission européenne dans sa communication du 27 avril 2004 dite Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE* »).

21 Arrêt du Tribunal du 18 septembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, Rec. p. II-2223, points 74 s.

22 Voir par exemple, pour les secteurs de l'énergie et des produits pharmaceutiques, le document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2010, points 211 s. et 280 s.

23 Article 9 du règlement n° 1/2003.

plus puissants la mise sur le marché d'électricité de gros, voire la cession d'une partie de leur réseau<sup>24</sup>. Ce n'est donc pas un hasard si, depuis l'entrée en vigueur de la procédure d'engagements le 1<sup>er</sup> mai 2004, plus des trois quarts des affaires d'abus de position dominante ouvertes par la Commission se sont résolues par une décision d'engagements.

## B. La naissance de la régulation de la concurrence en France

Historiquement, le Conseil de la concurrence (prédécesseur de l'actuelle Autorité de la concurrence) a davantage constitué un arbitre des litiges et un conseiller des pouvoirs publics qu'un régulateur. Il n'a notamment jamais exercé les fonctions législatives ou réglementaires assignées à la Commission.

Depuis 2008 toutefois, la réserve relative dont témoignait le Conseil de la concurrence a fait place à un activisme plus prononcé. Un rapide coup d'œil au site Internet et aux publications de l'Autorité de la concurrence française suffit à se convaincre qu'elle se perçoit désormais – et se présente elle-même – comme un authentique régulateur de l'économie, puisqu'elle voit en elle la cheville ouvrière d'un « *nouveau système de régulation concurrentielle* »<sup>25</sup>.

Ce n'est du reste pas le fruit d'une illusion sur ses propres pouvoirs, car ceux-ci ont été renforcés en profondeur et immédiatement maniés avec vigueur.

Ainsi, de façon particulièrement visible en dépit du nombre relativement limité de fusions intervenues depuis 2008, l'Autorité a désormais seule compétence en France en matière de contrôle des concentrations pour ce qui concerne les opérations inférieures aux seuils européens. Le contrôle politique exercé par le Ministre de l'économie, qui lui permet d'évoquer une affaire, est résiduel et n'a pour l'instant jamais été exercé<sup>26</sup>. D'ailleurs, avant même d'acquiescer ce pouvoir, le Conseil de la concurrence faisait preuve d'un activisme certain par le biais de ses avis rendus

en matière de contrôle des concentrations. À certaines occasions, l'Autorité de la concurrence n'a ainsi pas hésité à faire œuvre de politique industrielle.

Que l'on songe par exemple à l'affaire *CanalSat/TPS*, dans laquelle l'Autorité a exposé des vues arrêtées sur l'évolution du secteur de la télévision payante, en évoquant divers scénarii pour finalement privilégier l'un d'eux<sup>27</sup>.

Par ailleurs, si l'Autorité est moins prolixe en lignes directrices que ne l'est la Commission, si ce n'est sur un plan procédural<sup>28</sup>, elle est en droit de rendre des avis, de sa propre initiative, sur certaines questions de droit de la concurrence. Ses avis sur la situation de la grande distribution et la publicité en ligne ont eu un grand écho et, indirectement, certains effets structurants sur le secteur, puisqu'ils agissent à tout le moins à titre d'avertissement pour les entreprises présentes dans le secteur concerné<sup>29</sup>. L'Autorité de la concurrence a donc beau rappeler dans ses avis qu'il ne lui appartient pas, dans ce contexte, de qualifier juridiquement les comportements sur un marché, la position qu'elle y prend exerce inmanquablement une grande influence.

Enfin, tout comme la Commission, l'Autorité de la concurrence recourt très fréquemment aux procédures d'engagement. À l'inverse de la Commission, elle bénéficie en outre d'une plus grande latitude pour adopter des mesures provisoires, ce qui lui permet d'agir très rapidement sur le marché.

Si l'Autorité de la concurrence rechigne donc à utiliser l'expression de politique de concurrence et si elle reste dépourvue de certains outils dont dispose la Commission, tels que le droit de ne pas statuer sur toutes les plaintes dont elle est saisie,

24 Décision de la Commission du 26 novembre 2008 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/39.388 — *Marché de gros de l'électricité en Allemagne* et affaire COMP/39.389 — *Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne*).

25 Autorité de la concurrence, Rapport annuel 2010, p. I.

26 Article L 430-7-1, II, du Code de commerce.

27 Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, points 605 s.

28 Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence ; communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français ; communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs. Voir toutefois Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations et Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

29 Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire ; avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

en pratique, les choix qu'elle exprime en régulant la concurrence ne doivent-ils pas être assimilés à une authentique politique de concurrence ?

\*\*\*

Que l'on ne s'y trompe pas : le droit de la concurrence n'est pas l'*alpha* et l'*omega* de la régulation économique. Si la Direction générale « Concurrence » de la Commission reste sans aucun doute parmi les plus puissantes au sein de cette institution, ces derniers temps son action sur l'économie a souvent été moins décisive que celle exercée, par exemple, par la Direction générale « Marché intérieur et services ». L'enjeu politique que représente la régulation des services financiers – dont cette direction est en charge – suffit sans doute à s'en convaincre.

Le droit de la concurrence n'en est pas moins de plus en plus influent et, à mesure que sa place s'accroît, davantage politique. À bien des égards, il a fini par remplacer la politique industrielle ou, à tout le moins, pris la place que l'absence de réelle politique industrielle au plan européen et la prohibition des aides d'État lui laissaient vacante.

Cela pose, nous semble-t-il, une question complexe concernant l'évolution possible du contrôle qui doit être exercé sur les autorités de concurrence. En effet, si une autorité de concurrence se comporte essentiellement comme un juge, il est assez logique que le contrôle juridique exercé sur elle soit intense et, à l'inverse, que le contrôle politique soit restreint. Si, en revanche, elle se comporte plutôt comme un régulateur de l'économie – et donc finalement comme un pouvoir plutôt politique – il n'est pas illogique que le contrôle juridique cède une part de sa place au

contrôle politique. Dans un système démocratique, il n'est en effet pas d'entité politique dont l'action ne soit pas équilibrée par celle d'autres entités de même nature et, en tout cas, soumise à l'exigence de devoir rendre des comptes à la représentation nationale. En retour – et c'est tout le problème – le contrôle politique affecte l'indépendance des autorités de concurrence et leur fonction d'arbitre.

Cette tension illustre l'ambiguïté problématique du statut des autorités de concurrence : en tant qu'arbitres elles doivent tendre vers l'indépendance, alors qu'en tant que régulatrices il n'est pas déraisonnable de les soumettre à un certain contrôle politique. Le bon équilibre sur ce point n'est sans doute ni simple ni définitif. Il nous semble toutefois que, à l'heure actuelle, le contrôle politique pourrait s'affirmer davantage sans affecter exagérément l'autonomie dont les autorités de concurrence doivent pouvoir bénéficier en tant qu'arbitres. Les rapports que la Commission et l'Autorité de la concurrence doivent produire chaque année et les auditions annuelles devant leurs Parlements respectifs permettent-ils en effet de rendre des comptes suffisants<sup>30</sup> ?

Rien ne l'empêche en théorie, mais à la condition que les Parlements, en particulier le Parlement français, s'investissent plus dans leur fonction de contrôle et soient bien conscients de ce qui est à l'œuvre : le politique, sous la forme de la régulation, est à l'œuvre en droit de la concurrence. ■

30 Article L. 461-5 du Code de commerce (« Les commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence peuvent entendre le président de l'Autorité de la concurrence et consulter celle-ci sur toute question entrant dans le champ de ses compétences. Le président de l'Autorité de la concurrence rend compte des activités de celle-ci devant les commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence, à leur demande. L'Autorité de la concurrence établit chaque année, avant le 30 juin, un rapport public rendant compte de son activité qu'elle adresse au Gouvernement et au Parlement »).

JINGZHOU TAO, GREGORY LOUVEL , CHARLES DE DREUZY

## *Droit de la concurrence et action publique, le cas de la Chine*



Associé  
Avocat au  
Barreau de Paris  
Dechert LLP  
Beijing



Avocat au  
Barreau de Paris  
Solicitor of  
England & Wales  
Dechert LLP  
Beijing



Avocat au  
Barreau de Paris  
Dechert LLP  
Beijing

À travers la mise en place d'une politique de réforme et d'ouverture en 1979, le gouvernement chinois a enclenché une logique vertueuse de rattrapage économique en République Populaire de Chine (RPC ou Chine) tout en conservant un strict contrôle sur des pans complets de l'industrie chinoise et en favorisant la constitution de géants nationaux rivalisant désormais avec de nombreuses entreprises occidentales dans des domaines clés de l'économie. Des taux croissances spectaculaires (10,8 % de croissance annuelle moyenne du Produit Intérieur Brut depuis 30 ans) sont par la suite venus valider le succès d'une telle politique économique.

Mais alors qu'aux États-Unis et dans l'Union Européenne, le débat politique se focalise autour des bienfaits attendus de la réindustrialisation et de la nécessaire intervention de l'Etat pour y parvenir, la Chine semble à l'inverse souffrir aujourd'hui d'un excès d'action publique. Dans cette partie du monde, le débat se cristallise en effet autour de l'omniprésence de l'action publique dans l'économie et sur sa tendance à phagocyter toutes les ressources et forces vives du pays au détriment du développement du secteur privé.

C'est dans un tel contexte ambivalent, s'articulant autour de la toute puissance actuelle de l'action publique en Chine et des discussions sur les limites de ladite action publique, que la

loi anti-monopole chinoise (*Anti-Monopoly Law* ou *AML*) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2008. L'AML est venue apporter des outils juridiques aux tenants d'un plus grand libéralisme économique, en positionnant l'Etat chinois, non plus seulement comme un acteur du monde économique, mais également comme un arbitre. L'adoption de l'AML après plus de 13 années de vives discussions a ainsi suscité d'importantes attentes. Accueillie avec prudence, cette nouvelle loi, dont l'objectif avoué était de permettre à la Chine de rivaliser avec les standards en vigueur dans les pays occidentaux en matière de droit de la concurrence, a permis sur le papier l'instauration d'un contrôle des concentrations et a donné un cadre juridique cohérent à la sanction des abus de positions dominantes, des situations de monopole, ainsi que, particularité du dispositif chinois, de certains abus de pouvoir administratifs.

Certains indices pouvaient toutefois laisser présager d'une instrumentalisation de ce texte par les pouvoirs publics : la promotion du « *développement sain d'une économie de marché socialiste* » figurait dans la liste des cinq objectifs visés par la loi, au même titre que l'amélioration de l'efficacité économique ou la protection des consommateurs (art. 1), l'« *impact de la concentration des acteurs économiques sur le développement économique national* » constituait un des paramètres susceptibles d'être pris en compte lors de l'examen d'opérations de concentration (art. 27),

et la loi instituait un droit de regard additionnel lorsqu'une entité étrangère venait à intervenir dans une opération mettant en cause la « *sécurité nationale* » (art. 31).

Ces craintes initiales se sont néanmoins rapidement estompées, laissant apparaître des lignes de fracture plus profondes au sein de l'économie chinoise, prenant à rebours les intuitions initiales des observateurs. La mise en place du droit de la concurrence a notamment révélé les importantes asymétries existantes entre les entreprises publiques et le secteur privé ainsi que les difficultés des autorités à assimiler les nouvelles exigences de transparence réclamées par les opérateurs économiques.

\*\*\*

### **L'ingérence de l'action publique dans le droit de la concurrence chinois, un problème en trompe l'œil révélant les incertitudes actuelles de l'action publique chinoise**

Si quatre années de mise en œuvre sont certainement insuffisantes pour tirer des conclusions définitives sur le dispositif actuellement en vigueur, compte tenu notamment des obstacles s'opposant encore à la lisibilité des décisions rendues (manque de fiabilité des données et statistiques utilisées, difficulté à analyser de manière synthétique des décisions dont la portée varie fortement selon l'industrie, la région ou les sociétés et personnalités concernées, opacité du nombre exact de décisions rendues par le MOFCOM, etc...), force est de constater que la perplexité initiale des partenaires économiques étrangers concernant l'application pratique d'un dispositif dont le sort était largement laissé entre les mains de trois administrations<sup>1</sup> - elles-mêmes directement soumises au pouvoir central chinois - a aujourd'hui fait place à un certain confort face aux décisions rendues par les autorités chinoises de la concurrence.

1 Le Ministère du Commerce (MOFCOM) - en charge notamment du contrôle des concentrations -, l'Administration de l'Industrie et du Commerce (SAIC) - responsable du contrôle des abus de position dominante - et la Commission d'Etat pour le Développement et la Réforme (NDRC) - en charge de la lutte contre les situations de monopoles. Si les compétences du MOFCOM sont clairement définies, le périmètre exact des attributions des deux autres administrations semble en revanche moins établi, cette situation pouvant parfois en pratique engendrer des incertitudes et conflits de compétence entre administrations.

De telles craintes étaient et demeurent largement infondées. Si le pouvoir chinois dispose d'ores et déjà d'outils juridiques lui permettant de s'opposer à la réalisation d'une opération de concentration pour des motifs plus politiques, cette possibilité lui est notamment offerte par un arsenal réglementaire spécifique, encore renforcé par l'entrée en vigueur le 5 mars 2011 de la circulaire sur l'examen de sécurité nationale<sup>2</sup>. C'est à cet égard que Pékin a toujours été attentif à isoler son droit de la concurrence de décisions de nature plus polémique, de peur de nuire à la crédibilité d'un droit de la concurrence encore dans sa plus prime enfance.

La revue des décisions prises par les autorités chinoises de la concurrence révèle plutôt selon nous une série de lignes de fracture significatives parcourant l'économie chinoise actuelle.

*Asymétrie de traitement entre entreprises nationales et étrangères ou entreprises publiques et privées ?*

Le fait qu'une importante majorité des opérations ayant été soumises à ce jour à l'approbation de l'administration chinoise implique des opérateurs étrangers - une très large part des opérations revues implique des entités étrangères - est ainsi généralement analysé comme un indicateur de l'immixtion du pouvoir chinois dans le droit de la concurrence<sup>3</sup>.

Cette asymétrie apparente dans le traitement réservé aux entreprises chinoises et aux entreprises étrangères s'avère en réalité largement biaisée par des facteurs pourtant sans lien avec l'action publique.

Ainsi, même si une très grande majorité des opérations soumises à l'approbation de l'administration chinoise implique effectivement des opéra-

2 De la même manière que l'administration américaine, celle-ci dispose désormais d'un droit de regard renforcé sur tous les investissements étrangers réalisés dans des entreprises chinoises opérant dans un secteur lié à la sécurité nationale (défense nationale, sécurité, infrastructures clé, technologies stratégiques et produits agricoles et énergétiques stratégiques), ces investissements étant soumis à l'examen préalable d'un comité interministériel.

3 Sur la base des données publiques disponibles, à la date du 15 décembre 2011, le MOFCOM avait procédé à la revue de 382 opérations (25 en 2008, 80 en 2009, 117 en 2010 et 160 en 2011), 10 opérations ayant fait l'objet d'une approbation conditionnelle et 1 opération ayant fait l'objet d'un rejet (Coca-Cola / Huiyuan - mars 2009).

teurs étrangers, cela résulte en premier lieu de ce qu'une large majorité des opérations importantes sont aujourd'hui encore réalisées avec l'appui d'un partenaire étranger, compte tenu de la puissance économique encore détenue par les acteurs étrangers et de l'intérêt grandissant de ces acteurs pour le marché chinois. Une asymétrie se crée donc mécaniquement, du seul fait de l'existence de seuils au-delà desquels les opérations sont soumises à la revue des autorités de la concurrence, mais sans que l'intervention du pouvoir politique chinois ne puisse légitimement être mise en cause<sup>4</sup>.

Un tel déséquilibre s'explique en effet plus fortement encore par la place prépondérante occupée par les entreprises publiques dans l'économie chinoise, l'Etat détenant actuellement une très large part des plus importantes entreprises chinoises. Il ressort ainsi de l'analyse réalisée en octobre 2011 par la commission du Congrès américain en charge de l'examen des relations américano-chinoises (*U.S.-China Economic and Security Review Commission*) que le secteur public chinois, entendu au sens large, contrôlerait environ 50% de l'économie nationale (hors secteur agricole)<sup>5</sup>.

Or, conformément à l'article 7 de la loi anti-monopole, les entreprises publiques bénéficient d'un régime spécifique et ne sont donc soumises que partiellement aux dispositions de l'AML (compte tenu des conflits d'intérêts existants, on conçoit d'ailleurs difficilement comment il pourrait en être autrement). L'asymétrie apparente entre entreprises nationales et étrangères, souvent analysée comme un symptôme des ingérences politiques dans la politique de la concurrence chinoise, dissimule en réalité l'important déséquilibre existant entre entreprises publiques et privées au sein de l'économie chinoise.

4 Doivent faire l'objet d'une notification les opérations dépassant l'un des seuils suivants : réalisation, au cours du dernier exercice clos, (i) d'un chiffre d'affaires mondial des entités concernées d'au moins 10 milliards de RMB (environ 1,25 milliard d'euros) et d'un chiffre d'affaires en RPC d'au moins 400 millions de RMB (environ 50,19 millions d'euros) pour au moins deux des entités concernées, ou (ii) d'un chiffre d'affaires en RPC d'au moins 2 milliards de RMB (environ 250,96 millions d'euros) et de 400 millions de RMB (environ 50,19 millions d'euros) pour au moins deux des entités concernées.

5 Source : rapport en date du 26 octobre 2011 établi par la U.S.-China Economic and Security Review Commission ("An analysis of State-owned Enterprises and State Capitalism in China"), sur la base des données du National Bureau of Statistics of China.

### *Le difficile apprentissage de la transparence*

Les craintes suscitées par l'application de l'AML auprès des investisseurs étrangers sont par ailleurs alimentées par l'analyse de certaines décisions prises par les autorités chinoises de la concurrence dont les conclusions ont parfois été jugées inéquitables à l'encontre d'opérateurs étrangers.

Il ne fait pas de doute en effet que certaines décisions rendues par les autorités de la concurrence pouvaient raisonnablement réveiller les soupçons de certains sur l'ingérence de l'action publique dans l'application du droit de la concurrence en Chine. Parmi ces décisions, deux sont particulièrement représentatives :

- De nombreux débats avaient ainsi suivi la publication de la décision du 18 novembre 2008 du MOFCOM de n'approuver que sous condition le projet d'acquisition d'Anheuser-Busch par InBev NV/SA. Il est vrai que les conditions définies par le MOFCOM s'avéraient particulièrement strictes et interdisaient en particulier à Anheuser-Busch et à InBev de renforcer leurs participations respectives dans le capital des brasseries chinoises Tsingtao Brewery et Zhujiang Beer ou d'acquérir une quelconque participation dans le capital de deux autres brasseries chinoises visées dans la décision. Le MOFCOM s'octroyait ainsi un droit de regard important sur les stratégies futures de la nouvelle entité alors que l'opération avait été analysée par de nombreux observateurs comme n'ayant pas en soi de conséquences anticoncurrentielles, compte tenu des parts de marché respectives des sociétés concernées.

- Le MOFCOM avait ensuite de nouveau suscité de vifs débats en s'opposant, par une décision emblématique en date du 18 mars 2009, au projet d'acquisition par l'américain The Coca-Cola Company d'un producteur chinois de jus de fruit (et détenteur de l'une des marques chinoises les plus populaires), la société Huiyuan Juice Groupe Limited. Il convient de reconnaître qu'en l'espèce, les motivations réelles de cette première décision de rejet, adoptée sur la base de données et informations collectées par l'administration au cours d'investigations approfondies, mais dont l'exactitude et la pertinence étaient en pratique difficiles à attester, semblaient alors incertaines, tant les



enjeux économiques, politiques et symboliques de cette opération semblaient importants.

Les controverses que peuvent susciter l'étude de ces décisions individuelles devraient cependant être tempérées. En effet, illustrant un proverbe traditionnel chinois qui recommande de « *sentir les pierres pour traverser la rivière* », l'action des autorités de la concurrence chinoise a été conduite avec prudence et pragmatisme, de subtils ajustements ayant par la suite été apportés. Ainsi si la motivation de certaines décisions a incontestablement pu paraître insuffisante, il serait pour autant injustifié de remettre en cause la légitimité de l'ensemble du dispositif mis en place en Chine sur la base de ces seules observations.

Ces premières décisions démontrent avant tout la manière dont le droit de la concurrence a contraint l'administration chinoise à se soumettre à des principes de transparence et de pédagogie dont les autorités chinoises ont encore peu l'habitude. Plus qu'un outil à l'usage du pouvoir, le droit de la concurrence semble avoir finalement agi comme un instrument au service de la transparence. Initialement soupçonné d'être le cheval de Troie placé par le gouvernement pour contrôler son économie, le dispositif en place façonne donc finalement une mécanique dont le contrôle échappe dans une large mesure au pouvoir politique. Les dynamiques en cours dans l'application du droit de la concurrence permettent en outre de mieux percevoir la demande croissante de transparence qui perce aujourd'hui au sein de l'économie chinoise.

Dans cette perspective, les décisions rendues à l'encontre de certains opérateurs étrangers peuvent certainement s'analyser comme n'étant que des points d'étape sur la route d'une plus grande transparence dans la prise de décision par les autorités publiques en Chine. En suivant cette logique, force est de constater que le texte de la décision *InBev NV/SA*, qui est la première décision du MOFCOM ayant fait l'objet d'une publication, fait apparaître un argumentaire fourni, démontrant les efforts importants de justification et de pédagogie réalisés par les autorités de la concurrence. De la même manière, suite aux nombreuses demandes d'éclaircissement suscitées par la décision *The Coca-Cola Co./ Huiyuan Juice*, rendue sur la base de motivations insuffi-

samment claires, le MOFCOM a finalement pris le soin d'apporter d'avantages de détails sur les éléments et le raisonnement ayant motivés sa décision.

Plus généralement, l'observation d'ensemble des décisions rendues par le MOFCOM devrait aujourd'hui être un élément de satisfaction. En dépit des obstacles rencontrés, les autorités de la concurrence s'attachent en effet à afficher leur volonté de transparence et de rigueur. De l'avis de la plupart des observateurs, les décisions des autorités de la concurrence chinoises sont généralement établies sur la base d'un travail d'analyse et d'investigation sérieux et sont appuyées sur des fondements juridiques et des raisonnements rigoureux.

Cette volonté de transparence a par ailleurs été encore récemment affirmée par l'administration chinoise : soucieuses de ne pas être accusées à tort de fausser le jeu de la concurrence et d'être à la solde du nationalisme économique chinois, les autorités de la concurrence ont expressément demandé aux observateurs de prendre acte de la neutralité de l'action publique en la matière. Interrogé ouvertement à ce sujet lors de la conférence annuelle du MOFCOM en date du 27 décembre 2011, le directeur général du bureau anti-monopole a ainsi affirmé que l'ensemble des opérateurs étaient traités de manière équivalente, en tous points, sans considération de leur nationalité, et a à cette occasion rejeté les accusations de discrimination vis-à-vis des entreprises étrangères dont le MOFCOM faisait parfois l'objet.

Une nouvelle étape cruciale a été franchie le 8 mai 2012 avec l'adoption par la Cour Suprême chinoise de principes d'interprétation relatifs aux contentieux civils traitant des violations de la loi anti-monopole (les « Principes »)<sup>6</sup>. Les Principes apportent des clarifications sur la manière dont les contentieux relatifs à l'AML devront être conduits. Il devrait en résulter un plus grand nombre de sanctions à l'encontre de comportements anticoncurrentiels qui restaient jusqu'à présent le plus souvent impunis, faute de directives claires à l'attention des tribunaux.

6 "Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of Law in the Trial of Civil Dispute Cases Arising from Monopolistic Conduct" - 8 mai 2012.

De façon plus spécifique, ces nouveaux Principes devraient permettre un meilleur contrôle des comportements des opérateurs publics. Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2012, date d'entrée en vigueur des Principes, un opérateur public (« *public utility or any other business operator that has a dominant position pursuant to law* ») voit en effet peser à son encontre une présomption simple de position dominante, étant néanmoins précisé que cette présomption devra être établie sur décision du tribunal, en fonction des conditions de marché, et ne laissera pas présager d'un éventuel abus de cette position dominante. Il reviendra dès lors à cet opérateur d'apporter les éléments de preuve propres à renverser cette présomption, ce qui en pratique pourrait favoriser la mise en cause des comportements anticoncurrentiels. Gageons donc que cette avancée jurisprudentielle permettra de renforcer la transparence au sein de l'économie chinoise. C'est donc bien le droit de la concurrence qui semble aujourd'hui le mieux en mesure de faire évoluer l'action publique chinoise.

*D'importants défis n'en restent pas moins à relever...*

Deux autres lignes de fractures pèseront cependant fortement sur l'équilibre actuel du droit de la concurrence chinois et devront à l'avenir faire l'objet d'une attention particulière :

- Le premier défi concerne l'émergence d'un système judiciaire indépendant et qualifié dans lequel le système actuel trouvera un relai légitimant son action. Au-delà des critiques récurrentes que soulève l'opacité du système judiciaire chinois et l'absence de sécurité juridique qui en résulte, il est aujourd'hui incontestable que le système chinois ne dispose pas encore de toutes les compétences et structures nécessaires au traitement des problématiques les plus techniques susceptibles de surgir à l'occasion du traitement d'opérations complexes de concentration. Cette carence s'avère fortement préjudiciable à la crédibilité du dispositif en vigueur, qui reste à ce jour démesurément soumis à l'arbitraire de l'administration et aux incertitudes pouvant par ailleurs résulter des conflits de compétence entre administrations, les magistrats ne disposant pas encore des compétences nécessaires en pratique pour procéder à la revue approfondie des décisions rendues par les autorités de la concurrence.

- Le second défi concerne le champ d'application même du droit de la concurrence chinois. Du fait de certains seuils légaux définis par simple référence au chiffre d'affaires mondial des opérateurs concernés<sup>7</sup>, sans considération des marchés sur lesquels ces acteurs opèrent effectivement, les principales opérations de concentration mondiales sont désormais placées de facto dans le champ de l'AML et sont ainsi susceptibles de revue par les autorités chinoises de la concurrence. La nécessité de soumettre également certaines opérations de taille inférieure à la notification des autorités chinoises est en revanche plus incertaine. Conformément à l'article 2 de la loi, les dispositions de la loi anti-monopole doivent en effet également s'appliquer « *aux comportements monopolistiques conduits en dehors du territoire de la République populaire de Chine qui ont pour effets d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché domestique de la Chine* », cette disposition justifiant à elle seule toutes les attentions des observateurs étrangers, compte tenu de son impact potentiel sur l'ensemble des opérations globales.

À différentes reprises déjà, et encore très récemment lors de l'acquisition de Motorola Mobility par Google<sup>8</sup>, l'administration chinoise a eu l'occasion de se prononcer sur des opérations réalisées en dehors de son territoire mais qui auraient des effets sur son marché domestique. La puissance réelle de cet instrument d'influence à la disposition des autorités chinoises reste cependant à définir, à la lumière de la portée que la Chine choisira de conférer à son droit de la concurrence. Il semble en tout état de cause inéluctable que la montée en puissance de la Chine sur la scène internationale soit accompagnée de la montée en puissance du droit de la concurrence chinois au niveau mondial.

\*\*\*

<sup>7</sup> Voir ci-dessus la note de bas de page numéro 4.

<sup>8</sup> Par une décision du 19 mai 2012, le MOFCOM a autorisé l'acquisition de Motorola Mobility par Google pour un montant de 12,5 milliards de dollars. En soumettant néanmoins cet accord au maintien de la gratuité du système d'exploitation Android de Google pendant une durée minimale de cinq ans, les autorités de la concurrence chinoises se distinguent des autorités américaines et européennes qui ont donné leur accord sans condition. Cette décision vient confirmer le rôle primordial de la Chine dans les « méga » opérations de concentration de taille mondiale.

Au même titre qu'une grande partie des puissances occidentales, le pouvoir chinois s'interroge aujourd'hui sur la place et les modalités de son intervention dans l'économie. Les particularismes du système économique et politique en vigueur en RPC nécessiteront cependant de porter une attention plus importante encore aux arbitrages que Pékin apportera dans ce domaine et aux nouveaux équilibres qui pourront en résulter. Dans ce cadre, les caractéristiques propres du droit de la concurrence en feront à n'en pas douter un poste d'observation privilégié sur les évolutions de la Chine contemporaine.

L'exemple nous en a encore été donné récemment avec l'annonce le 12 mars dernier d'une opération de concentration entre les deux principaux acteurs chinois de la vidéo sur internet, le rachat par youku.com de son principal concurrent, Tudou Holdings. Cette déclaration a immédiatement suscité de nouvelles interrogations au regard du droit de la concurrence. Car, même si les résultats opérationnels réalisés par ces deux

sociétés –toutes deux chinoises mais cotées aux États-Unis– sont encore peu importants et ne semblent pas a priori justifier la soumission de cette opération au regard du droit de la concurrence (les résultats étant en dessous des seuils définis par l'AML), et qu'il n'est non plus pas évident que ces acteurs puissent être considérés comme étant en situation de position dominante, la réalisation de cette opération pourrait néanmoins produire d'importantes conséquences sur la situation de la concurrence au sein du marché très stratégique de la vidéo en ligne.

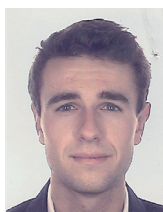
Compte tenu du caractère politiquement sensible de cette industrie, la décision de soumettre cette opération à l'approbation des autorités de la concurrence (et le cas échéant de s'opposer pour la première fois à la réalisation d'une opération entre entités chinoises) constituerait un nouvel épisode déterminant dans la mise en place du droit de la concurrence chinois. Il serait alors vraisemblable que toutes les attentions se tourneraient de nouveau vers les autorités chinoises de la concurrence. ■

SVEN FRISCH, STEFAN MONAGHAN, ANTOINE WINCKLER

## *Le contrôle européen des concentrations à caractère militaire*



Diplômé du Master  
Droit économique,  
étudiant en LL.M.  
- Harvard Law School



Diplômé du Master  
Droit économique,  
étudiant en LL.M.  
- Georgetown  
University Law Center



Avocat associé,  
Cleary Gottlieb Steen  
& Hamilton  
et maître de confé-  
rence à l'Ecole de  
Droit de Sciences Po

Les auteurs tiennent à remercier MM. Denis Waelbræck et Amar Benafla pour leurs précieux commentaires et suggestions.

De la création de la Communauté économique européenne par le Traité de Rome de 1957 à la fin des années 1990, l'industrie de la défense est, dans une large mesure, restée en marge de la construction d'un espace concurrentiel européen unique. Reflet de l'échec de la Communauté européenne de défense, le Traité de Rome reconnaissait et protégeait la défense nationale en tant qu'elle « *appartient par nature aux domaines de souveraineté les plus sensibles et fait appel à des moyens essentiellement nationaux* »<sup>1</sup>. À ce titre, l'article 223 du traité original (article 346 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, ci-après « *TFUE* ») a institué un régime juridique dérogatoire au droit commun de l'Union européenne (« *UE* ») au bénéfice de la défense nationale, autorisant ainsi la persistance du cloisonnement national des industries militaires européennes.

La fin de la guerre froide et la disparition subséquente de la menace soviétique au profit de nouveaux risques asymétriques<sup>2</sup> ont provoqué des

mutations radicales dans la structure des industries de défense occidentales. Aux États-Unis, le secrétaire à la Défense, Les Aspin, convia les têtes dirigeantes de l'industrie militaire américaine au Pentagone dès l'automne 1993. La brutalité de la compression des budgets militaires et la « *restructuration à marche forcée* »<sup>3</sup> annoncées à cette occasion vaudront à la rencontre de passer à la postérité sous le nom évocateur de la « *Cène* » (« *Last Supper* »). Les effets ne se firent pas attendre : entre 1993 et 1998, l'industrie militaire américaine enregistra une vague sans précédent de fusions-acquisitions d'un montant total de 62 milliards de dollars<sup>4</sup>. Au sein de l'Union européenne, ce processus de consolidation s'est opéré de manière plus progressive.

Dans une première phase, les États membres ont ouvert le capital des fleurons de leur industrie militaire et promu la création de grands pôles militaro-industriels nationaux<sup>5</sup>. Dans une seconde phase – encore partiellement inachevée, les États membres ont entrepris d'encourager la création de champions européens, tels qu'EADS, BAE System, Finmeccanica et Thales. Concomitamment, la chute vertigineuse de la commande publique et le relatif désengagement

1 Convention européenne, Rapport final du groupe de travail VIII « Défense », CONV 461/02, WG VIII 22, 16 décembre 2002, point 31.

2 Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on citera la montée en puissance de puissants acteurs non-étatiques (terrorisme transnational, criminalité organisée, etc.), la prolifération des armes nucléaires et chimiques ou encore l'apparition d'« États manqués » (« *Failed States* ») et d'« États

voyous » (« *Rogue States* »).

3 D. Fainsilber, « La restructuration à marche forcée de l'industrie de défense américaine », *Les Echos*, 2 août 1996, p. 4.

4 J.-M. Guéhénno, « La Commission européenne, adversaire ou alliée de l'industrie de défense européenne ? », *RMCUE*, n° 433, 1999, p. 672.

5 Cf. p. ex. la création, en France, des sociétés Aérospatiale Matra, Thomson-CSF et Alcatel Space.

étatique de l'industrie de la défense ont catalysé le passage d'un « *modèle de l'arsenal* », où l'État, principalement motivé par ses propres besoins militaires, est l'unique actionnaire, financeur et client de son industrie nationale de défense, à un « *modèle du marché* »<sup>6</sup> qui voit la loi de l'offre et de la demande s'imposer au secteur militaire. Dans ces circonstances, les entreprises de défense ont été contraintes de diversifier leurs ressources en exploitant commercialement les versants civils de leur production militaire. Ce n'est que dans le cadre de cette vaste entreprise de restructuration que l'industrie de défense européenne a été confrontée au droit européen de la concurrence auquel elle avait préalablement largement échappé. Dans ce contexte, la logique politique de souveraineté militaire inhérente à la défense nationale s'est heurtée de front à la logique d'intégration du contrôle européen des concentrations.

Le présent article a pour objet d'étudier la manière dont le contrôle européen des concentrations appréhende la spécificité de l'industrie militaire. Dans le cadre d'un équilibre coopératif<sup>7</sup> qui s'est dégagé entre les États membres et la Commission européenne (« **Commission** »), les premiers ont fait preuve de modération dans l'usage des instruments procéduraux permettant de neutraliser le contrôle européen des concentrations militaires (I). Symétriquement, la seconde a adopté une approche à géométrie variable adaptée aux spécificités politico-économiques de l'industrie de la défense (II).

## I. L'ÉQUILIBRE PROCÉDURAL PRÉCAIRE DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS MILITAIRES

En dépit de l'existence d'instruments procéduraux qui autorisent les États membres à déroger aux exigences du contrôle des concentrations aux fins de la protection de leur sécurité nationale (1), le contrôle des concentrations à caractère militaire est désormais, en pratique, opéré sans entraves majeures par la Commission (2).

6 P. Muller, « La transformation des modes d'action de l'État à travers l'histoire du programme Airbus », *Politiques et Management public*, n° 7(1), 1989, p. 249 et s.

7 G. Arnoux parle de « *situation d'équilibre mutuel* », in « L'exception défense » : Réflexions sur le contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, n° 2, 2011, p. 7.

### 1. La prévalence de *iure* de la logique de souveraineté sur les objectifs du contrôle des concentrations

Le droit de l'UE prévoit deux instruments procéduraux permettant, en principe, de préserver la souveraineté militaire des États membres de tout empiètement de la rationalité économique du contrôle européen des concentrations. Il s'agit de l'« *exception défense* »<sup>8</sup> de l'article 346(1) b) TFUE (A) et de l'exception de sécurité publique de l'article 21(4) du Règlement du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« **Règlement Concentrations** ») (B).

#### A. « *L'exception défense* »

##### *de l'article 346(1) b) TFUE*

L'article 346(1) b) TFUE autorise tout État membre à « *prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre* ». Cette dérogation aux règles du Traité se caractérise par une portée considérablement plus large que celle des exceptions aux règles de libre circulation des marchandises (art. 36 TFUE), des personnes (art. 45(3) et 52 TFUE), des services (art. 62 TFUE) et des capitaux (art. 65(1) b) TFUE)<sup>9</sup>. Alors que ces dernières ne prévoient qu'une dérogation ciblée à l'une des quatre libertés fondamentales du Traité, l'« *exception défense* » opère selon une puissante « *mécanique soustractive* »<sup>10</sup> qui consiste à écarter purement et simplement les règles du marché intérieur pour permettre aux États membres de prendre les mesures nationales nécessaires à la protection de leurs intérêts essentiels de sécurité. Partant, la Commission a reconnu dès une décision de 1994<sup>11</sup> que l'article 346(1) b) TFUE autorisait les États membres à déroger au droit communautaire de la concurrence en excipant à leurs obligations au titre du contrôle européen des concentrations. En la matière, l'« *exception défense* » peut être invoquée par un État membre

8 G. Arnoux, « L'exception défense » : Réflexions sur le contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, n° 2, 2011, p. 1.

9 Concl. AG Jacobs, 6 avril 1995, aff. C-120-94, *Commission c/ Grèce*, point 46.

10 J.-M. Cot, « Le traitement spécifique des intérêts légitimes et essentiels des États membres en droit communautaire de la concurrence », *Concurrence & consommation*, n° 156, décembre 2007, p. 55.

11 Commission européenne, 24 novembre 1994, aff. IV/M.528, *British Aerospace/VSEL*, points 9-11.

afin d'enjoindre à une entreprise de s'abstenir de notifier à la Commission une concentration atteignant les seuils prévus à l'article 1<sup>er</sup> du Règlement Concentrations, de se contenter d'en notifier les aspects relatifs à des applications civiles et à des applications à usage mixte civil et militaire (« à usage mixte ») ou encore de ne divulguer aucun secret militaire à l'occasion de la notification.

Pour autant, l'article 346(1) b) TFUE ne donne pas « carte blanche »<sup>12</sup> aux États membres. Il est vrai que la réticence initiale de la Commission à intervenir dans le domaine de la défense nationale a longtemps incité ceux-ci à y déceler une réserve générale et inconditionnelle de souveraineté<sup>13</sup>. Cependant, il est désormais acquis que l'« exception défense » est d'interprétation stricte<sup>14</sup>. Dans son arrêt *Sirdar*<sup>15</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE », « CJUE » depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009) a ainsi précisé que l'« exception défense » ne concerne que « des hypothèses exceptionnelles bien délimitées ». Elle s'apparente à « une dérogation circonstanciée et exceptionnelle »<sup>16</sup> dont l'objet est « de coordonner et d'équilibrer les rapports et les tensions » entre l'impératif économique de concurrence et les intérêts essentiels de sécurité nationale<sup>17</sup>.

Ce délicat exercice s'opère à l'aide de deux types de conditions cumulatives dont tout État qui entend se prévaloir de l'« exception défense » doit apporter la preuve<sup>18</sup>. Le premier type de condition a trait à la nature des produits concernés. Ceux-ci doivent être purement militaires, de sorte que tout bien à usage mixte est automatiquement exclu du champ d'application de l'« exception défense ». Conformément à la seconde partie de l'article 346(1) b) TFUE, cette restriction vise à éviter que les mesures envisagées aux fins de protéger les intérêts essentiels de sécurité d'un État

membre altèrent « les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ».

De plus, l'article 346(2) exige que ces produits purement militaires figurent sur une liste limitative arrêtée par le Conseil dans une décision du 15 avril 1958. Jamais officiellement publiée<sup>19</sup> et inchangée depuis une modeste mise à jour opérée en 1978<sup>20</sup>, cette liste a incontestablement vieilli. Elle n'incorpore ni les matériels militaires les plus sophistiqués, ni les armes de petit calibre qui constituent l'armement de base de toute infanterie moderne. Pourtant, cette liste conserve toute sa force obligatoire. Dans un arrêt *Fiocchi Munizioni* de 2003<sup>21</sup>, le Tribunal de première instance a ainsi posé que l'article 346(1) b) TFUE « n'a[vait] pas vocation à s'appliquer aux activités concernant des produits autres que les produits militaires identifiés sur la liste du Conseil du 15 avril 1958 ».

Ce caractère partiellement obsolète de la liste de 1958 restreint sensiblement le champ d'application de l'« exception défense » en ce qu'il en exclut près de la moitié des marchés militaires<sup>22</sup>. Dans le cadre d'une décision préjudicielle du 12 juin 2012<sup>23</sup>, par exemple, la CJUE a renvoyé la juridiction saisissante à la liste de 1958 pour déterminer l'applicabilité de l'« exception défense » aux systèmes militaires de plateforme tournante.

Le second type de condition tient à la nature des objectifs poursuivis par les États membres pour se prévaloir de l'« exception défense ». Aux termes de l'article 346(1) b), il suffit que l'État membre qui entend l'invoquer « estime » que les mesures envisagées sont nécessaires et proportionnées à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité. Il en ressort que la définition des intérêts essentiels

12 P. Koutrakos, « The Application of EC law to Defense Industries-Changing Interpretations of Article 296 EC », in C. Barnard, O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, p. 309 [en français dans le texte].

13 S. Trombetta, « La protection des intérêts nationaux de la défense. Quand la défense devient européenne », *RMCEUE*, n° 490, 2005, p. 442.

14 CJCE, 16 septembre 1999, aff. C-414/97, *Commission c/ Espagne*, point 22.

15 CJCE, 26 octobre 1999, aff. C-273/97, *Sirdar c/ The Army Board e.a.*, point 16.

16 G. Arnoux, *Le droit européen de la concurrence et l'industrie de la défense*, th. Paris I : Droit, 2011, p. 443.

17 Concl. AG Mazák, 10 juillet 2007, aff. C-337/05, *Commission c/ Italie*, point 56.

18 CJCE, 16 septembre 1999, aff. C-414/97, *Commission c/ Espagne*, point 22.

19 Le contenu de la liste du 15 avril 1958 n'a été officiellement divulgué que dans la réponse du 27 septembre 2001 à la question écrite E-1324/01 du 4 mai 2001 posée par Bart Staes (Verts/ALE) au Conseil, JOCE 364E/85 ; pour une divulgation (non-officielle) antérieure, cf. H. Wulf (éd.), *Arms Industry Limited*, Oxford University Press, 1993, p. 214.

20 E. Mahr, D. Waters, « Member State derogation rights in the area of defence mergers », *Global Competition Review*, mars 2003, n° 6(3), p. 14.

21 TPICE, 30 septembre 2003, aff. T-26/01, *Fiocchi Munizioni c/ Commission*, point 61.

22 J.-M. Guéhenno, « La Commission européenne, adversaire ou alliée de l'industrie de défense européenne ? », *RMCEUE*, n° 433, 1999, p. 672.

23 CJCE, 6 juin 2012, aff. C-615/10, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, point 36-37.

de sécurité et la détermination de la nécessité et de la proportionnalité de ces mesures relève de la compétence souveraine exclusive des États membres. Si l'existence même de l'article 348 TFUE – qui institue une procédure amiable et une procédure contentieuse spécifiques en cas d'usage abusif de l'« exception défense » – suffit à démontrer que la liberté des États membres n'est pas absolue en la matière, ceux-ci n'en disposent pas moins d'une marge d'appréciation considérable.

Le contrôle des motifs invoqués et de la nécessité et de la proportionnalité des mesures adoptées au titre de l'article 346(1) b) contraint donc la Commission à se cantonner à un rôle de répression des abus les plus manifestes. De même, la Cour de justice n'a jamais condamné un État membre pour un recours à l'article 346(1) b) qui n'aurait pas été manifestement abusif. Tel était notamment le cas de la loi espagnole exonérant de TVA les importations et acquisitions d'armement, de munitions et de matériel à usage exclusivement militaire<sup>24</sup>.

#### *B. L'exception de sécurité publique de l'article 21, paragraphe 4, du Règlement Concentrations*

L'arsenal juridique visant à permettre aux États membres de préserver leur souveraineté militaire est complété par une exception spécifiquement applicable au contrôle des concentrations. L'article 21(4) du Règlement Concentrations permet à tout État membre de « prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération » par le Règlement Concentrations, sans préjudice de l'article 346 TFUE<sup>25</sup>. La notion d'intérêt légitime au sens du Règlement Concentrations englobe la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. Ces trois « intérêts prélégitimés ou légitimes per se »<sup>26</sup> autorisent les États membres à prendre des « mesures appropriées »<sup>27</sup> sans notification préalable à cet effet. La notion d'intérêt légitime recouvre également tout autre intérêt public à condition que celui-ci ait

préalablement été « communiqué [...] à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire ».

Contrairement à l'« exception défense », ces exceptions n'habilitent pas les États membres à écarter le droit de l'Union dans son ensemble mais uniquement à neutraliser le principe du guichet unique prévu à l'article 2 du Règlement Concentrations. En d'autres termes, l'article 21(4) ne prévoit pas la possibilité de soustraire tout ou partie d'une concentration au contrôle de la Commission, mais autorise seulement les États membres à le compléter par des mesures nationales supplémentaires – dans la mesure où ces dernières sont nécessaires et proportionnées à l'objectif de sécurité nationale avancé. Il s'agit principalement des mesures d'interdiction ou de soumission à conditions de concentrations par ailleurs autorisées par la Commission. Toutefois, l'article 21(4) n'ouvre pas de nouveaux droits aux États membres. Dès lors, il n'habilite pas un État membre à autoriser une concentration préalablement interdite par la Commission<sup>28</sup>.

À l'instar de l'« exception défense », l'exception de sécurité publique est d'interprétation stricte<sup>29</sup>. Dans l'affaire *Enel/Acciona/Endesa*<sup>30</sup>, la Commission a ainsi circonscrit son champ d'application aux situations de « menace réelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ». Il n'en demeure pas moins que le champ d'application de ce « concept vague à l'interprétation incertaine »<sup>31</sup> est sensiblement plus vaste que celui de l'« exception défense ». En effet, l'exception de sécurité publique couvre non seulement les concentrations relatives à la « production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre »<sup>32</sup>, mais englobe encore la sécurité d'approvisionnement des produits ou services d'importance vitale pour un État membre ou d'intérêt

24 CJCE, aff. C-414-97, 16 septembre 1999, *Commission c/ Espagne*.

25 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, considérant 19.

26 J.-M. Cot, « Le traitement spécifique des intérêts légitimes et essentiels des États membres en droit communautaire de la concurrence », *Concurrence & consommation*, n° 156, décembre 2007, p. 57.

27 *Ibid.*

28 Commission européenne, « Déclarations au procès-verbal » du Conseil des ministres, 21 décembre 1989.

29 Commission européenne, 5 décembre 2007, aff. COMP/M4685, *Enel/Acciona/Endesa*, point 58.

30 *Ibid.*

31 J. Galloway, « The pursuit of national champions: the intersection of competition law and industrial policy », *ECLR*, 2007, n° 28(3), p. 185.

32 Commission européenne, « Déclarations au procès-verbal » du Conseil des ministres, 21 décembre 1989.

essentiel à la protection de la santé publique<sup>33</sup> ainsi que la sécurité d'approvisionnement en énergie en cas de crise<sup>34</sup>.

À rebours des textes, la pratique révèle toutefois l'impact extrêmement limité de l'« exception défense » et de l'exception de sécurité publique sur le contrôle effectif des concentrations militaires.

## 2. La soumission de *facto* du secteur militaire au contrôle européen des concentrations

Comme le souligne Gillian Arnoux<sup>35</sup>, la soumission de l'industrie de la défense au contrôle européen des concentrations résulte tant de l'attitude volontariste adoptée par la Commission depuis la fin des années 1990 (A) que du consentement tacite qu'y ont apporté les États membres (B).

### A. La montée en puissance des biens à usage mixte en tant que vecteur de la généralisation du contrôle des concentrations militaires

Dès la fin des années 1990, la Commission a, en pratique, œuvré à neutraliser l'article 346(1) b). Dans le contexte de la généralisation des biens à usage mixte initiée à l'issue de la guerre froide, la Commission s'est appuyée sur sa mission de prévention des répercussions civiles indues des mesures adoptées au titre de l'article 346(1) b) pour étendre les limites de sa compétence en deux étapes.

Dans un premier temps, elle s'est efforcée d'affirmer sa compétence pour contrôler les versants militaires et mixtes des concentrations non exclusivement militaires pour lesquelles l'« exception défense » n'avait pas été formellement invoquée. Dans l'affaire *Alcatel/Thomson CSF – SCS*<sup>36</sup>, par exemple, la Commission a sollicité des informations que les parties notificantes avaient omis de lui communiquer au sujet du marché des satellites militaires sans pour autant que l'article 346(1) b) eût été formellement invoqué. En l'absence d'invocation de l'article 346(1) b), cette requête n'avait, *a priori*, rien d'étonnant. En

exigeant la transmission de ces informations à caractère militaire, la Commission pose néanmoins sa compétence de principe pour examiner les concentrations militaires dans tous leurs versants. Ainsi, elle crée une première brèche dans l'interprétation étatique de l'« exception défense » en tant que réserve inconditionnelle et générale de souveraineté.

Dans un second temps, la Commission a mené ce raisonnement à son terme logique. Dans l'affaire *Saab/Celsius*<sup>37</sup>, le gouvernement suédois avait enjoint aux parties notificantes de ne notifier que les versants civils et mixtes de la concentration envisagée. Pour pouvoir évaluer les effets induits des aspects militaires de la concentration notifiée sur les applications non-militaires, la Commission a contesté l'invocation de l'« exception défense » et a sollicité la notification des versants militaires omis. Partant, la Commission a pu contrôler les marchés militaires indissociables des marchés civils pertinents et, par extension, la concentration dans son ensemble. À peine trois ans plus tard, l'arrêt *Fiocchi Munizioni* du Tribunal de première instance<sup>38</sup> est venu conforter la Commission dans son interprétation en posant clairement le principe de l'inapplicabilité de l'« exception défense » aux biens à usage mixte.

### B. L'acceptation étatique du contrôle des concentrations militaires

Simplement soucieux d'éviter une confrontation avec la Commission ou soudainement sensibilisés aux impératifs de consolidation de l'industrie militaire engendrés par la fin de la guerre froide, les États membres ont, dans une large mesure, cessé d'invoquer l'« exception défense » après l'arrêt *Fiocchi Munizioni*, alors même que son invocation était relativement commune auparavant. Depuis lors, l'on ne recense plus aucune invocation expresse de l'article 346(1) b) TFUE par laquelle un ou plusieurs États membres auraient enjoint aux parties à une concentration à caractère militaire de ne pas la notifier du tout<sup>39</sup>. Plus encore, l'article 346(1) b) TFUE n'a plus été invo-

33 *Ibid.*

34 Commission européenne, 5 décembre 2007, aff. COMP/M.4685, *Enel/Acciona/Endesa*, point 58 ; cf. également A. Winckler, « Concentrations et champions nationaux : du nouveau sur l'article 21 du règlement sur les concentrations », *RLC*, 2008, n° 1124, p. 9 et s.

35 G. Arnoux, « L'« exception défense » : Réflexions sur le contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, n° 2, 2011, p. 5 et s.

36 Commission européenne, 4 juin 1998, aff. IV/M.1185, *Alcatel/Thomson CSF – SCS*, point 2.

37 Commission européenne, 4 février 2000, aff. COMP/M.1797, *Saab/Celsius*, point 2.

38 TPICE, 30 septembre 2003, aff. T-26/01, *Fiocchi Munizioni c/ Commission*, point 63.

39 La dernière invocation de ce type remonte à la création de MBDA en 2001, cf. Department for Business Innovation and Skills, « UK, France and Italy intervene on notification of consolidation of Alenia Marconi Systems (AMS) and Matra Bae Dynamics (MBD) JVs », 27 April 2001.



qué expressément qu'à deux reprises, en vue de prévenir soit la notification des versants militaires d'une opération mixte<sup>40</sup>, soit des seuls aspects d'une concentration mixte impliquant la divulgation de secrets militaires<sup>41</sup>. Il en ressort que l'immense majorité des concentrations mixtes et militaires qui dépassent les seuils prévus au Règlement Concentrations est désormais intégralement notifiée à la Commission. À titre d'illustration, les sociétés SNPE et Safran<sup>42</sup> ont récemment procédé à la notification de l'intégralité des versants tant civils que militaires d'une opération de concentration qui concernait pourtant des produits militaires hautement stratégiques susceptibles d'être couverts par l'« exception défense ». Encore plus significativement, la concentration entre DCN et Thales<sup>43</sup> a été notifiée à la Commission avec le soutien expresse de l'Etat français, alors même qu'elle était exclusivement militaire et dénuée de toutes répercussions civiles.

Cette remarquable marginalisation de l'article 346(1) b) TFUE en matière de contrôle des concentrations aurait pu propulser l'exception de sécurité publique sur les devant de la scène. La logique aurait, en effet, voulu que les États membres recourent massivement à l'article 21(4) du Règlement Concentrations pour préserver leur souveraineté militaire tout en évitant de froisser la Commission par une mise à l'écart pure et simple du droit de l'UE. Pourtant, les États membres n'ont fait qu'un usage parcimonieux de l'exception de sécurité publique dans le domaine militaire, lui préférant généralement le recours à la procédure régulière de notification. L'exception de sécurité publique n'a été invoquée qu'exceptionnellement sous l'empire de l'ancien Règlement 4064/89<sup>44</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Règlement Concentrations, les invocations de l'exception de sécurité publique semblent même s'être raréfiées<sup>45</sup>. Le manque d'intérêt

généralisé des États membres pour l'exception de sécurité publique résulte vraisemblablement de ce que cette dernière ne constitue qu'un substitut imparfait à l'« exception défense ». À l'inverse de cette dernière, l'exception de sécurité publique n'autorise qu'une intervention étatique en complément du contrôle de la Commission et ne permet donc pas de prévenir la communication d'informations classées à cette dernière.

C'est sans doute ainsi qu'il faut interpréter la déclaration du Ministère du commerce et de l'industrie britannique aux termes de laquelle l'« exception défense » était « mieux adaptée » que l'exception de sécurité publique à la protection des objectifs de protection de sécurité nationale dans l'affaire hautement sensible de la concentration entre *British Aerospace* et *VSEL*<sup>46</sup>. Il y a cependant lieu de relever que ce constat général n'exclut pas la persistance de différences notables dans les approches des différents États membres.

Depuis le milieu des années 1990, les invocations de l'exception de sécurité publique ont été le fait quasi-exclusif du Royaume-Uni<sup>47</sup>. Le Ministère britannique du commerce et de l'industrie est ainsi intervenu au titre de l'exception de sécurité publique dans plus de dix concentrations militaires ou mixtes autorisées sans conditions par la Commission. Ces interventions avaient généralement pour objet de négocier avec les parties notifiantes des engagements comportementaux relatifs à la protection d'informations classées et au maintien des capacités stratégiques nationales<sup>48</sup>. À l'inverse, l'Allemagne semble déterminée à ne pas invoquer l'exception de sécurité publique. Moins tranchée, la position française est plus difficile à déchiffrer. Selon des observateurs informés, la France n'a pas de ligne de conduite clairement définie mais tend plutôt à s'aligner sur la position des autres États membres intéressés par la concentration en cause.

40 Commission européenne, 10 décembre 2004, aff. COMP/M.3596, *ThyssenKrupp/HDW*, point 2.

41 Commission européenne, 10 mai 2006, aff. COMP/M.4160, *ThyssenKrupp/EADS/Atlas*, point 9.

42 Commission européenne, 30 mars 2011, aff. COMP/M.6104, *Safran/SNPE Matériaux Énergétiques/Regulus*.

43 Commission européenne, 19 mars 2007, aff. COMP/M.4191, *État français-Thales/DCN*.

44 Cf. p. ex. : Commission européenne, Communiqué de presse IP/00/628, 16 juin 2000.

45 M. Moore, K. Herald, « Defence mergers in practice: recent examples », *Practical Law Company*, September 1, 2006.

46 CJM, « Acquisition of VSEL by British Aerospace: Legitimate security interests », *Practical Law Company*, November 1, 1994. La sensibilité politique de la prise de contrôle en question résultait notamment de ce qu'elle touchait le domaine des sous-marins nucléaires.

47 Pour un exemple impliquant la France, cf. Commission européenne, 19 mai 1993, aff. IV/M.336, *IBM France/CGI* tel qu'expliqué in Commission européenne, XXIIIème rapport sur la politique de concurrence, 1993, point 321.

48 Cf. p. ex. : UK Department of Trade and Industry, Press Release P/2002/754, 27 novembre 2002.

Toutefois, cette modération des États membres semble être implicitement conditionné à ce que la Commission fasse preuve d'une modération similaire dans son contrôle des concentrations militaires.

## II. LE CONTRÔLE DE LA COMPATIBILITÉ DES CONCENTRATIONS MILITAIRES AVEC LE MARCHÉ INTÉRIEUR : LES SPÉCIFICITÉS D'UNE MÉTHODOLOGIE « SUR MESURE »

La Commission n'a encore jamais interdit une concentration militaire ou mixte. Quant aux décisions d'autorisations sous conditions, elle sont très peu nombreuses. Dans l'affaire *Raytheon/Thales*<sup>49</sup>, la Commission a même estimé que les engagements proposés par les parties n'étaient pas nécessaires. À première vue, une telle bienveillance ne manque pas d'étonner tant l'industrie de l'armement fait figure de « *cas d'école de concurrence imparfaite* »<sup>50</sup> où se côtoient oligopoles, monopsones et réglementations nationales distortives de concurrence. Ce paradoxe apparent semble résulter de la volonté de la Commission d'honorer la confiance que lui témoignent les États membres en n'entravant qu'exceptionnellement les concentrations à caractère militaire. À cette fin, la Commission « *s'efforce de montrer que ses instruments d'analyse habituels peuvent s'appliquer sans dommage aux industries de défense, et qu'elle est parfaitement capable de prendre en compte l[eur] spécificité* »<sup>51</sup>. Ce « *traitement aménagé* »<sup>52</sup> s'exprime à la fois dans la délimitation des marchés pertinents (1) et dans l'analyse concurrentielle (2) opérées par la Commission.

### 1. La délimitation des marchés militaires pertinents

Tant la définition des marchés de produits militaires (A) que leur délimitation géographique (B) reflètent les spécificités économiques et la sensibilité politique du secteur de l'armement.

#### A. La délimitation des marchés de produits militaires

La Commission opère une « *segmentation extrêmement fine* »<sup>53</sup> des marchés de produits des matériels de guerre. Après avoir préalablement exclu de son analyse les produits destinés à un usage civil, la Commission évalue la substituable des équipements de défense selon l'usage auquel ils sont destinés. À cette fin, elle procède en deux étapes.

Dans un premier temps, elle segmente les marchés militaires par grandes catégories d'armements. Estimant que chacune d'entre elles répond à des besoins et usages militaires propres, la Commission pose, en substance, « *qu'un avion de chasse n'est pas un missile, qu'un missile n'est pas un navire, qu'un navire n'est pas un radar, et inversement* »<sup>54</sup>. Intuitive *prima facie*, cette segmentation a pu sembler parfois s'opposer tant à certaines réalités militaires qu'à certains critères classiques de délimitation des marchés de produits<sup>55</sup> dans la mesure où des produits appartenant à des catégories de matériels de guerre différentes sont susceptibles de remplir des fonctions similaires, voire identiques. Tel est notamment le cas des drones, appareils polyvalents pouvant être utilisés comme appareils de surveillance aérienne, mais aussi comme intercepteurs SIGNIT, relais de transmissions, illuminateurs de cibles terrestres ou outils de contre-mesure. En présence de produits fonctionnellement équivalents, le choix du consommateur s'opère, de pratique décisionnelle constante, selon ses préférences et selon le prix<sup>56</sup>. En matière militaire, la Commission semble pourtant parfois sous-pondérer ces critères.

À première vue, la définition de marché étroite qui en résulte apparaît, certes, défavorable aux concentrations militaires en ce qu'elle augmente la probabilité de position dominante sur les marchés en cause. Du fait des spécificités de l'industrie militaire, il semble toutefois que la finesse des segmentations opérées par la Commission ait, jusqu'à présent, eu l'effet inverse. En limitant le nombre de chevauchements potentiels, la

49 Commission européenne, 30 mars 2001, COMP/M.2079, *Raytheon/Thales*/JV, point 76.

50 N. Chaix, « Qu'est-ce que l'économie de défense ? Le cas de l'industrie de l'armement », in *Les Cahiers de l'OECD*, n° 1, 2000, p. 17.

51 J.-M. Guéhenno, « La Commission européenne, adversaire ou alliée de l'industrie de défense européenne ? », *RMCUE*, n° 433, 1999, p. 672.

52 G. Arnoux, « L'« exception défense » : Réflexions sur le contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, n° 2, 2011, p. 7.

53 G. Arnoux, *Le droit européen de la concurrence et l'industrie de la défense*, th. Paris I : Droit, 2011, p. 159.

54 *Ibid.*, p. 165.

55 *Ibid.*, p. 170.

56 Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03), points 15 à 17 et 36.

méthodologie de la Commission réduit, en effet, symétriquement les risques d'effets anticoncurrentiels. Gillian Arnoux fait une lecture politique de cette méthodologie en estimant que toute tentative de modérer cette méthodologie de délimitation des marchés pertinents en y incorporant les intérêts sous-tendant les choix militaires nationaux risquerait d'être perçue comme un empiètement sur le pré carré des États.

En restreignant son analyse à une classe de matériel militaire considérée comme étanche, la Commission essaierait donc de s'en tenir « *au plus petit dénominateur commun politiquement neutre* »<sup>57</sup> afin d'éviter d'influer sur les orientations militaires nationales. Il n'est toutefois pas exclu que la méthodologie de délimitation des marchés pertinents de la Commission finisse par se retourner un jour contre les orientations militaires nationales. À mesure que le degré de concentration des marchés militaires s'accroît, les risques de chevauchement sont, en effet, susceptibles d'augmenter même dans les marchés les plus étroitement définis.

Dans un second temps, la Commission procède à une segmentation supplémentaire de ces grandes catégories. Sur les marchés aval de la vente d'équipements militaires aux États (« *prime contractor level* »), cette segmentation s'opère sur la base des différences fonctionnelles et technologiques<sup>58</sup> entre les produits qui les composent. Dans l'affaire *Preussag/Babcock/Celsius*<sup>59</sup>, par exemple, la Commission a estimé qu'il y avait lieu de retenir des sous-marchés pour les « *mini sous-marins* » et les sous-marins nucléaires au sein du marché des sous-marins militaires. Sur les marchés militaires amonts de l'approvisionnement en composants (« *equipment level* »), la Commission opère une segmentation encore plus fine puisqu'elle peut aller jusqu'à retenir un marché par composant.

### B. La délimitation géographique des marchés militaires

Dans les secteurs civils, la délimitation des marchés géographiques repose, en principe, sur des facteurs tels que les coûts de transport, les pré-

férences nationales ou encore les barrières réglementaires nationales<sup>60</sup>. Pour la Commission, le secteur militaire semble encore déroger à la règle du fait de ses spécificités économiques et politiques. En la matière, la Commission semble généralement retenir alternativement des marchés de dimension nationale ou globale. Dès sa décision *Aérospatiale/MBB* de 1991<sup>61</sup>, elle a considéré que le critère décisif tenait à l'existence ou non d'un fournisseur national. Lorsque les États membres disposent de capacités de production nationales sur un marché militaire donné, ils tendent à montrer « *une préférence manifeste pour s'approvisionner auprès de leur(s) fournisseur(s) domestique(s)* »<sup>62</sup>.

Dans ces circonstances, une concentration militaire transfrontalière ne saurait engendrer de chevauchement sur le marché en cause. Partant, la Commission estime qu'il y a lieu de retenir une délimitation nationale des marchés « *pour les équipements et sous-systèmes de défense dans leur ensemble [...] pour les États membres dans lesquels existent des producteurs nationaux* »<sup>63</sup>. À titre d'illustration, la décision *EADS* de 2000<sup>64</sup> retient une délimitation nationale du marché pertinent pour les États membres ayant une industrie d'hélicoptère propre, tout en confirmant la dimension mondiale du marché des hélicoptères civils. Inversement, la Commission retient des marchés géographiques de dimension mondiale lorsque l'État-client ne dispose pas de la possibilité de s'approvisionner auprès d'entreprises militaires nationales. Dans l'affaire *ThyssenKrupp/HDW*<sup>65</sup>, la Commission a ainsi estimé que faisaient partie d'un « *marché mondial ouvert* » des sous-marins de tous les États, à l'exclusion des États fermés aux producteurs occidentaux et des États membres dans lesquels existent des producteurs nationaux. En effet, aux États-Unis, le *Arms Export Control Act* de 1976 permet au Président de bloquer l'importation ou l'exportation d'ar-

57 G. Arnoux, *Le droit européen de la concurrence et l'industrie de la défense*, th. Paris I : Droit, 2011, p. 171.

58 Commission européenne, 16 octobre 2002, COMP/M.2781, *Northrop Grumman/TRW*, point 26.

59 Commission européenne, 19 janvier 2000, aff. COMP/M. 1709, *Preussag/Babcock/Celsius*, points 27-28.

60 Commission européenne, Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, points 28 et s.

61 Commission européenne, 25 février 1991, aff. IV/M.0017, *Aérospatiale/MBB*, point 10.

62 Commission européenne, 7 février 2006, aff. COMP/M.3985, *EADS/BASE*, point 10.

63 *Ibid.*

64 Commission européenne, 11 mai 2000, COMP/M.1745, *EADS*, point 58.

65 Commission européenne, 10 décembre 2004, COMP/M.3596, *ThyssenKrupp/HDW*, point 27.

mement, limitant *de facto*, et manière discrétionnaire, l'accès au marché de défense américain. Cependant, la Commission a sérieusement envisagé la remise en cause prochaine de son approche dichotomique traditionnelle dès une décision EADS de 2006<sup>66</sup>. La Commission relevait que les initiatives politiques engagées par l'Union européenne en vue de décloisonner les marchés militaires des États membres<sup>67</sup> étaient susceptibles de contribuer à l'émergence d'un marché géographique de dimension européenne en matière de défense. Depuis 2006, cette tendance s'est significativement accentuée. De la directive 2009/81/CE sur les marchés publics à caractère sensible dans les domaines de la défense et de la sécurité à la communication interprétative sur l'application de l'article 346 TFUE dans le domaine des marchés publics de la défense, la Commission a ainsi multiplié les initiatives visant à établir des règles de plus en plus intégrées en matière d'appel d'offres militaires. Toutefois, cette tendance à l'ouverture à la concurrence européenne des marchés publics militaires des États membres ne s'est pas encore traduite dans la pratique décisionnelle de la Commission.

À l'instar de ses méthodes de définition des marchés pertinents, la méthodologie d'analyse concurrentielle des concentrations militaires de la Commission traduit des efforts prononcés d'adaptation aux particularités politico-économiques du secteur.

## 2. La méthodologie d'analyse concurrentielle des concentrations militaires

La méthodologie retenue par la Commission pour évaluer les effets des concentrations militaires s'articule principalement autour du rôle structurant des États dans l'organisation des marchés de défense. En leur qualité de monopsones, les États en façonnent la structure tant à travers l'organisation de procédures d'appels d'offres militaires (A) qu'à travers l'importance de leur pouvoir d'achat compensateur (B).

66 Commission européenne, 7 février 2006, aff. COMP/M.3985, EADS/BASE, point 10.

67 *Ibid.*, cf. en particulier la note de bas de page 5 qui mentionne la Communication COM(2003) 113 final de la Commission, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense » ; le Livre Vert COM(2004) 608 concernant les marchés publics de la défense ; et l'Action Commune 2004/551/PESC du Conseil du 12 juillet 2004 concernant la création de l'Agence européenne de défense ».

*A. Le rôle structurant des États-monopsones en tant qu'organismes d'appels d'offres militaires*  
De manière générale, les acquisitions d'équipements militaires s'opèrent dans le cadre de procédures de mise en concurrence organisées par les États-monopsones. L'analyse concurrentielle des concentrations à caractère militaire s'en trouve affectée à deux égards.

D'une part, ces procédures de mise en concurrence sont organisées à intervalles irréguliers et portent sur l'attribution de contrats de longue durée. Ce n'est que pendant ces fenêtres temporelles qu'une concurrence effective s'exerce entre les entreprises actives sur le marché en cause. La rareté et l'importance des contrats ainsi attribués impliquent que les parts de marché et le degré de concentration du marché en cause à un moment donné ne reflètent que l'activité de l'entreprise victorieuse et ignorent la concurrence potentielle<sup>68</sup>. Par conséquent, les critères classiques de l'importance des parts de marché cumulées des parties à la concentration et du degré de concentration global des marchés pertinents ne revêtent qu'une importance secondaire dans l'analyse concurrentielle des concentrations à caractère militaire. Certes, s'agissant d'abord des parts de marché cumulées des parties notifiantes, la Commission considère que leur seul niveau peut être indicatif de l'existence d'une position dominante<sup>69</sup>.

En matière militaire, cependant, comme elle le fait dans d'autres marchés d'appels d'offres, la Commission relève que « les parts de marché ne constituent pas nécessairement à elles seules des indicateurs fiables du pouvoir de marché réel des entreprises concernées ». Dans sa récente décision *Safran/SNPE*<sup>70</sup>, par exemple, la Commission a estimé que l'importance des parts de marché cumulées des parties – entre 70 et 90 % en France et au Royaume-Uni – n'était pas de nature à entraver la concurrence sur le marché des moteurs-fusées à combustible solide.

68 Commission européenne, 21 juin 2002, aff. COMP/M.2694, *Metro-net/Infracore*, point 47 ; cf. également Commission européenne, 30 mars 2003, aff. COMP/M.2079, *Raytheon/Thales/JV*, point 40.

69 Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, point 14.

70 Commission européenne, 30 mars 2011, aff. COMP/M.6104, *Safran/SNPE Matériaux Énergétiques/Regulus*, point 45.

S'agissant ensuite du degré de concentration global des marchés tel que mesuré par l'indice Herfindahl-Hirschmann (IHH), il ne semble guère davantage influencer sur l'analyse concurrentielle de la Commission. Si cette dernière considère généralement que l'IHH « peut donner une première indication des pressions concurrentielles qui s'exerceront sur le marché à l'issue de l'opération de concentration »<sup>71</sup>, elle ne s'y réfère que très rarement pour évaluer l'impact concurrentiel d'une concentration militaire. Dans l'hypothèse même où elle aurait implicitement intégré ce critère à son analyse concurrentielle, l'impact en serait, en tout état de cause, négligeable.

À titre d'illustration, la concentration entre *Safran* et *SNPE*<sup>72</sup> concernait le marché hautement concentré des missiles tactiques. Eu égard aux parts de marché des parties à la concentration, il ne fait guère de doute que l'IHH était particulièrement élevé à l'issue de l'opération et que l'augmentation dudit indice induite par la concentration était également importante. Or, la Commission n'a assorti sa décision d'autorisation d'aucune condition.

D'autre part, la structuration des marchés militaires par appels d'offres permet aux États d'exercer une influence significative sur l'animation concurrentielle des marchés militaires. Dans le cadre des appels d'offres qu'ils organisent, les Ministères de la défense ont, en principe d'un point de vue strictement économique, intérêt à sélectionner l'offre qui correspond le mieux à leurs spécifications au prix le plus concurrentiel plutôt que d'opter simplement pour le sortant. Par exemple, à l'issue d'une récente procédure d'appel d'offres, la police fédérale belge a ainsi commandé 20.000 pistolets MP9 à l'Américain Smith & Wesson en remplacement des pistolets Browning GP35 de l'entreprise belge FN Herstal<sup>73</sup>. Il en ressort que toute procédure d'appel d'offres représente donc une opportunité nouvelle pour chaque concurrent de renforcer sa position concurrentielle sur le marché pertinent<sup>74</sup>.

Plus encore, le caractère plus ou moins ouvert des procédures d'appels d'offres et leur espacement temporel permettent, en principe, aux nouveaux entrants de s'ériger au rang de concurrents crédibles pour les échéances futures. Certes, les difficultés afférentes à l'accès aux technologies militaires ainsi que la réticence des États à attribuer des marchés militaires à une entreprise totalement dépourvue d'expérience constituent, certes, des barrières à l'entrée ou à l'expansion particulièrement difficiles à franchir pour tout nouveau concurrent. Mais, en « *sponsorisant* » de nouveaux entrants par l'attribution de contrats publics et en participant au co-développement de technologies difficilement accessibles, celui-ci peut faciliter le renforcement, voire la création de concurrents crédibles<sup>75</sup>.

#### *B. Le rôle compensateur du contre-pouvoir d'achat des États-monopsones*

Fréquemment invoqué dans la jeunesse du contrôle des concentrations civiles pour minimiser les risques d'effets anticoncurrentiels résultant de certaines opérations, ce concept a moins souvent été retenu à mesure que la méthodologie d'analyse concurrentielle des autorités de concurrence s'affinait<sup>76</sup>. En matière militaire, en revanche, la Commission lui a systématiquement reconnu un poids considérable, allant jusqu'à accorder une importance certaine aux avis exprimés par les Ministères de la défense concernés.

Dans sa décision *Safran/SNPE*<sup>77</sup>, la Commission fait notamment référence à l'opinion favorable du Ministère français de la défense pour écarter les potentiels problèmes de concurrence liés au niveau élevé des parts de marché de l'entité résultant de l'opération. En tant qu'uniques clients habilités à acquérir des équipements militaires dont ils définissent les spécifications, les États disposent d'un pouvoir de négociation qui leur permet de contrecarrer les effets horizontaux des concentrations militaires<sup>78</sup>.

71 Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, point 16.

72 Commission européenne, 30 mars 2011, aff. COMP/M.6104, *Safran/SNPE Matériels Énergétiques/Regulus*.

73 « FN Herstal passe à côté d'un grand contrat avec la police fédérale ». *Le Soir*, 11 décembre 2011.

74 Commission européenne, 26 mai 2004, aff. COMP/M.3418, *General Dynamics/Alvis*, point 27.

75 A. Burnside, G. Brooks, « EU market definition in the defence sector », *Global Competition Review*, mars 2003, n° 6(3), p. 19.

76 J. Taladay, « Buyer Power: a Star is (re)born », *Concurrences*, mai 2011, n°2, pp. 7-8.

77 Commission européenne, 30 mars 2011, aff. COMP/M.6104, *Safran/SNPE Matériels Énergétiques/Regulus*, point 48.

78 Commission européenne, 28 avril 1999, aff. IV/M.1309, *Matra/Aérospatiale*, point 39.

La nature monopsonique des marchés de défense, ainsi que la rareté relative des grands appels d'offres enferme, en effet dans certains cas, les entreprises militaires dans une forme de dépendance économique qui les empêche de s'affranchir du jeu concurrentiel sous peine de se faire potentiellement écarter par leur unique client, en particulier quand il s'agit des acteurs européens qui ne bénéficient pas des effets de taille et de l'influence politique de leurs rivaux américains.

Par ailleurs, le fait que les États aient souvent des capacités directes de R&D, ou accès aux technologies de défense essentielles permet parfois à ceux-ci d'organiser l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. Le caractère de plus en plus complexe, coûteux et sophistiqué des systèmes modernes de défense fait que cette capacité des États de recréer une concurrence devient toutefois de plus en plus problématique au moins en Europe (ce qui accroît une asymétrie potentiellement dangereuse face aux grands intégrateurs américains).

Le contre-pouvoir d'achat compensateur des États existe également s'agissant des effets concentratifs verticaux. En principe, les entreprises verticalement intégrées peuvent exploiter leur position dominante sur les marchés amont pour imposer des conditions désavantageuses à leurs concurrents sur le marché aval. Ceux-ci peuvent, en effet, n'avoir d'autre choix que de s'approvisionner auprès de leur concurrent verticalement intégré. En matière militaire, la structuration des marchés par appel d'offres permet de décupler la puissance d'achat des États et, partant, de minimiser ce risque. Les États peuvent en principe intervenir et imposer aux entreprises candidates de s'approvisionner auprès de fournisseurs qui ne sont pas verticalement intégrés et déterminer eux-mêmes les caractéristiques des équipements qu'ils entendent acquérir<sup>79</sup>.

Ce faisant, les États peuvent contribuer à préserver les sources alternatives d'approvisionnement en composants, de manière à neutraliser les potentiels effets verticaux anticoncurrentiels. Comme l'a récemment relevé la Commission dans l'affaire *Safran/SNPE*<sup>80</sup>, les risques d'évic-

tion sont d'autant plus réduits que les États ont intérêt à actionner ces leviers en vue d'éviter des augmentations de prix à quelque stade de la chaîne de valeur que ce soit. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'entité issue de la concentration envisagée serait en situation de quasi-monopole sur un marché amont et n'y ferait face à aucun concurrent potentiel que la Commission serait susceptible de soulever un risque d'atteinte à la concurrence.

Or s'agissant de marchés où les grands acteurs américains peuvent en principe être invités aux appels d'offres, les cas de véritables monopoles sont très rares sauf à prendre en compte l'existence – bien réelle – de limitations à l'exportation imposées aux États-Unis. Hormis quelques rares exemples, la Commission s'est toutefois montrée réticente à intervenir dans les cas de fusions verticales mettant en jeu des marchés militaires ou liés à des activités de défense, même lorsque les parts de marchés étaient considérables.<sup>81</sup>

\*\*\*

En somme, l'existence même du contrôle européen des concentrations à caractère militaire repose essentiellement sur l'équilibre coopératif qui s'est dégagé entre la Commission et les États membres. Celui-ci permet de préserver les prérogatives régaliennes de ces derniers, tout en garantissant la rationalité concurrentielle des concentrations militaires. Il n'est néanmoins pas certain que cet équilibre soit viable à long terme.

En premier lieu, la crise de la zone euro contraint les États membres à opérer des coupes drastiques dans leurs budgets militaires. Comme le notait l'ancien ministre français de la défense, Alain Juppé, ce contexte d'austérité budgétaire est particulièrement propice à ce que les États membres « fédèrent leurs efforts pour accroître ensemble l'efficacité de la dépense militaire »<sup>82</sup>. La recherche d'économies d'échelle de grande ampleur et la volonté de contraindre l'évolution des coûts

<sup>79</sup> SNPE *Matériaux Énergétiques/Regulus*, point 45.

<sup>81</sup> Voir p.ex. 4 Avril 2007, aff. IV/M.4403, *Thales/Finmeccanica/Alcatel-Space*.

<sup>82</sup> A. Juppé, cité in L. Verhaeghe, « La crise budgétaire : une opportunité pour accélérer la construction européenne », <http://www.defense.gouv.fr/actualites/articles/la-crise-budgetaire-une-opportunit-e-pour-acceler-la-construction-europeenne>, dernière consultation : 3 septembre 2012.

<sup>79</sup> G. Arnoux, *Le droit européen de la concurrence et l'industrie de la défense*, th. Paris I : Droit, 2011, p. 249.

<sup>80</sup> Commission européenne, 30 mars 2011, aff. COMP/M.6104, *Safran/*

pourraient ainsi entraîner une nouvelle vague de concentrations militaires de dimension européenne<sup>83</sup> et contribuer à accélérer la mise en place de systèmes d'acquisition en commun d'équipements militaires et l'intégration de plus en plus poussée des procédures d'appel d'offres.

Or, cette tendance est en contradiction croissante avec l'esprit essentiellement national des exceptions défense et de sécurité publique.

A mesure que le processus européen d'intégration militaire s'approfondira, ces deux logiques deviendront de plus en plus difficiles à concilier. En second lieu, il paraît difficilement concevable que les États membres demeurent inertes face à l'asymétrie persistante qui donne une prime aux grands acteurs américains (assise sur une taille de marché et un appareil de protection réglementaire considérable) ainsi qu'à la montée en puissance récente de l'industrie militaire de puissances émergentes telles que le Brésil, la Chine ou la Russie. Il est douteux, et sans doute pas souhaitable, que les États membres acceptent de s'en remettre à la sagesse du seul contrôle européen des concentrations pour défendre leurs intérêts de sécurité dans l'hypothèse d'une prise de contrôle par l'un de ces nouveaux entrants. En d'autres termes, l'équilibre coopératif menace de devenir instable.

Dans ces circonstances, une refonte des procédures visant à préserver les intérêts de sécurité nationale des États membres pourrait s'avérer nécessaire. Il serait, par exemple, envisageable d'organiser un contrôle européen des investissements extra-européens dans l'industrie de défense européenne. À cette fin, les États membres pourraient s'inspirer du *Foreign Investment and National Security Act* américain de 2007 qui a créé un comité spécial chargé d'approuver tout investissement étranger pouvant avoir un impact sur la sécurité nationale. Persévérer dans la voie actuelle risquerait, en l'absence de ces réformes, de contraindre la Commission à faire une place sans cesse grandissante aux considérations politiques, au détriment d'une saine politique de la concurrence, pour ménager la susceptibilité des États membres ainsi que l'intérêt de sécurité européen.

Or, comme le notait un ancien responsable de la division « *antitrust* » du département de la Justice américain : « [s]i nous incorporons des valeurs politiques et sociales extérieures [au droit de la concurrence] à notre processus de prise de décision, nous ne devons pas nous bercer d'illusions en pensant que [...] nous purifierons ces valeurs avec de la concurrence. [...] en revanche, notre analyse fondée sur le droit de la concurrence sera polluée par des valeurs qui, bien qu'importantes, n'ont pas leur place dans une analyse concurrentielle sérieuse »<sup>84</sup>. ■

83 B. Leblanc, « Nexter prêt à une consolidation du marché », *L'Usine Nouvelle*, 7 juin 2012.

84 R. Hewitt Pate, « Competition and Politics », 12th International Conference on Competition, Bonn, 2005.

LAURENT FRANÇOIS-MARTIN

## *Quel droit de la concurrence dans un monde en crise et quelles sanctions pour les entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles ?*



Avocat aux Barreaux  
des Hauts-de-Seine et de Bruxelles  
FIDAL

Nombreuses sont les voix qui s'élèvent pour critiquer l'application d'un droit jugé trop libéral et trop rigide dans une période de crise profonde de l'économie où un protectionnisme européen est de plus en plus évoqué. À l'heure où les volontés politiques semblent converger pour mettre les économies européennes sur la voie de la croissance, quelle place pour le droit de la concurrence ?

Le droit de la concurrence qui se trouve au centre de l'ordre public économique, régit les pratiques et comportements des entreprises sur les marchés. C'est une matière qui se situe au croisement du droit et de l'économie et qui cherche à concilier régulation et liberté des acteurs sur le marché.

Depuis longtemps, il est reproché au droit européen et français de la concurrence et plus encore aux autorités chargées de son application, au premier rang desquelles la Commission européenne, de ne pas avoir une vision plus industrielle dans un contexte de mondialisation dans lequel émergent de nouveaux champions aux quatre coins de la planète. La nécessité de champions européens qui disposent d'une taille critique paraît évidente mais le discours n'est pas vraiment en harmonie avec la pratique. Pourtant, notre droit de la concurrence en Europe s'inspire largement du droit américain qui a su depuis longtemps favoriser ses champions sans remettre en cause

la nécessité d'avoir un marché fondé sur le libre jeu de la concurrence. En 2011, la Commission européenne a publié un rapport sur la compétitivité européenne qui rappelle que les règles de concurrence doivent soutenir l'objectif de compétitivité.

Le droit de la concurrence est un outil de régulation économique qui vise non pas à protéger les entreprises en tant que telles mais à protéger le consommateur final en assurant le maintien d'une concurrence suffisante et efficace sur le marché. La politique de concurrence doit donc être un outil facilitant l'émergence d'entreprises performantes et non être une contrainte. C'est bien dans ce schéma que doit s'inscrire l'action des autorités de concurrence, lesquelles doivent prendre en compte le contexte de crise que nous traversons.

En période de crise, les gouvernements disposent en premier lieu de la possibilité de verser, sous le contrôle de la Commission européenne, des aides d'Etat pour sauver certains fleurons ou entreprises en difficulté. Le dossier Alstom en est un illustre exemple traité au plus haut niveau de l'Etat. Par ailleurs, dans le contexte de la crise financière de la fin des années 2000, la Commission a assoupli sa pratique et apporté à une réponse satisfaisante aux États pour leur permettre d'intervenir plus facilement et plus rapidement, notamment pour soutenir leurs banques.



En second lieu, au-delà des affaires des aides publiques dont on peut aisément comprendre le besoin d'assouplir les règles en temps de crise, la question est plus sensible s'agissant de la légitimation ou à tout le moins d'une certaine tolérance vis-à-vis des pratiques anticoncurrentielles.

Dans un article publié récemment dans la revue 'Concurrences', les deux candidats à l'élection présidentielle<sup>1</sup> répondaient positivement à la question de savoir si un bon fonctionnement de la concurrence était, même en période de crise, un moyen de promouvoir la croissance économique.

Par ailleurs, si des voix s'élèvent pour affirmer que la lutte contre la crise doit conduire à s'affranchir des règles de concurrence ou si elles pouvaient attendre un certain laxisme des autorités en temps de crise, une avalanche récente de décisions tant communautaires que nationales a sanctionné lourdement différents cartels et ententes. Citons, parmi d'autres, quelques affaires médiatiques en France qui, depuis le début de l'année 2012, ont concerné notamment le secteur de la distribution : le cartel des endives, le cartel de la farine, celui de l'alimentation pour chiens et chats, dans lesquels des centaines de millions d'euros d'amendes ont été prononcées. Ces décisions et d'autres enquêtes confidentielles en cours rappellent que les autorités de la concurrence n'entendent pas relâcher la pression aux motifs que les entreprises subissent de plein fouet la crise économique.

Au contraire, les autorités considèrent que la crise peut conduire les entreprises à des comportements anticoncurrentiels et rappellent que la plupart des ententes ou cartels naissent en temps ou en situation de crise. Les autorités de concurrence considèrent ainsi que, si les entreprises devaient s'affranchir des règles du droit de la concurrence, le pouvoir d'achat des consommateurs et le retour à la croissance pourraient s'en trouver entraver<sup>2</sup>.

1 Concurrences\_2-2012\_Interview\_ François HOLLANDE, Nicolas SARKOZY : Elections Présidentielles 2012 : Quelle politique de concurrence pour la France et pour l'Union européenne ?

2 Une appréciation plus nuancée concerne les règles relatives aux aides d'Etat, lesquelles ont connu une application assouplie notamment au moment de la crise financière.

Dès lors, les entreprises ne doivent pas s'attendre à une clémence particulière des autorités de concurrence du fait de la crise. Ce n'est qu'au moment de définir le montant de la sanction que les autorités de concurrence acceptent de manière exceptionnelle et à certaines conditions de prendre en compte les difficultés individuelles d'une entreprise.

Nous verrons ainsi que le rejet de la prise en compte des difficultés économiques ou financières d'un secteur (I) ne s'oppose cependant pas à ce que les autorités de concurrence puissent prendre en considération la capacité contributive individuelle d'une entreprise (II).

## I. LE REJET DE LA PRISE EN COMPTE DES DIFFICULTÉS ÉCONOMIQUES OU FINANCIÈRES D'UN SECTEUR

Le fait qu'un secteur économique traverse une crise, conjoncturelle ou structurelle ne fait pas obstacle à l'applicabilité des règles de concurrence relatives aux ententes anticoncurrentielles<sup>3</sup>.

Les autorités de la concurrence considèrent que le fait que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, n'est pas pertinent pour déterminer si un accord relève de l'article 101§1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne ou de l'article L.420-1 du Code de commerce qui interdisent les ententes anticoncurrentielles, les autorités de concurrence s'attachant à la teneur de ces dispositions et aux buts objectifs qu'elles visent à atteindre.

En effet, les autorités ont pu juger qu'un accord avait un objet restrictif de concurrence alors même qu'il n'avait pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais qu'il poursuivait d'autres objectifs légitimes<sup>4</sup>.

3 TPICE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, aff. T-305/94 à T-307/94, voir aussi TPICE, 13 décembre 2006, FNCBV e.a c/Commission, aff. T-217/03 et T-245/03.

4 Avocat Général, Verica Trstenjak, 4 septembre 2008, The Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd.

Dans ces conditions, les autorités ont considéré que les circonstances économiques n'étaient pas de nature à exonérer des entreprises des infractions au droit de la concurrence. Ainsi, la théorie qui a tenté de justifier les cartels de crise n'a pas trouvé d'écho favorable auprès des autorités de la concurrence.

Néanmoins, dans le passé et à titre exceptionnel, la Commission européenne a accordé le bénéfice d'une exemption individuelle à deux cartels<sup>5</sup> pour lesquels la crise affectant le marché pertinent était structurelle, l'accord prévoyant des mesures de retrait du marché des capacités de production non rentables et les mesures prises étant limitées à ce qui était strictement nécessaire pour résoudre la crise.

Si récemment, la Cour d'appel de Paris - qui est la Cour d'appel compétente pour juger en appel des décisions de l'Autorité de la concurrence - s'est montrée plus favorable que l'Autorité à la prise en compte de la crise économique que pouvait traverser un secteur, elle n'a pas été suivie par la Cour de cassation. La Cour d'appel a ainsi détaillé, dans l'affaire du « cartel de l'acier », le contexte de crise mondiale dans le négoce de l'acier pour reprocher à l'Autorité de la concurrence de ne pas en avoir tenu compte dans la fixation de l'amende<sup>6</sup>. Mais, une telle approche n'a pas été suivie par la Cour de cassation qui, dans une autre affaire plus récente concernant le secteur du travail temporaire, a jugé que la capacité contributive d'une entreprise s'appréciait nécessairement sur un plan individuel et que le seul contexte de crise d'un secteur n'était pas au nombre des critères légaux pouvant être pris en compte aux fins de la diminution de l'amende<sup>7</sup>.

La possibilité ouverte par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de l'acier de prendre en compte les difficultés économiques d'un secteur aux fins de la diminution de l'amende semble donc désormais bel et bien refermée.

## II. LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE LA CAPACITÉ CONTRIBUTIVE INDIVIDUELLE D'UNE ENTREPRISE

Dans son communiqué sur le calcul des sanctions du 16 mai 2011, l'Autorité de la concurrence a repris, in extenso, la position de la Cour de Cassation : « Si les éventuelles difficultés générales du secteur concerné par les infractions ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du Code de commerce, les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises ou organismes peuvent être prises en compte dans le cadre de la détermination de leur sanction, si ceux-ci rapportent la preuve, chacun en ce qui le concerne, de leurs difficultés contributives<sup>8</sup> ».

Quant à la Commission, elle précise dans ses lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006, que « Dans des circonstances exceptionnelles, la Commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende ne sera accordée à ce titre par la Commission sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne pourrait être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende, dans les conditions fixées par les présentes Lignes directrices, mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur ».

Concrètement, ces Autorités ne prennent pas en compte les difficultés du secteur (ou encore la crise économique mondiale par exemple) mais uniquement les difficultés financières des entreprises sur une base individuelle. Il appartient donc à chaque entreprise de prouver qu'elle connaît des difficultés financières par des preuves « fiables, complètes et objectives »<sup>9</sup>.

L'Autorité de la concurrence a précisé qu'elle prendra en compte les difficultés financières d'une entreprise coupable de pratiques anticoncurrentielles aux fins de diminution de l'amende

5 Commission européenne, Décision n° 94/296/CE, 29 avril 1994, Stichting Baskteen, Commission européenne, Commission européenne, Décision n°84/380/CEE du 4 juillet 1984, fibres synthétiques.

6 Cour d'Appel de Paris, 19 janvier 2010, p. 29 et 37.

7 Cass., Com, 29 mars 2011, T 10-12.913, Adecco, affaire du travail temporaire.

8 Communiqué de procédure précité, pt 62.

9 Voir communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence précité.

dès lors qu'elles sont sérieuses<sup>10</sup> et que l'entreprise concernée n'appartient pas à un groupe bénéficiaire<sup>11</sup>.

La prise en compte des difficultés financières d'une entreprise n'intervient qu'à la toute fin du processus par lequel les autorités définissent la sanction d'une entreprise. Dans leurs communiqués respectifs par lesquels les autorités françaises et européennes précisent leur méthode de calcul des sanctions, la prise en compte de la capacité contributive n'intervient donc qu'après le calcul global de l'amende.

Dans leur approche, les autorités de concurrence considèrent que des difficultés économiques temporaires et passées ne suffisent pas à justifier une réduction de l'amende<sup>12</sup> et que l'analyse de la capacité contributive de l'entreprise ne doit être jugée qu'au moment de l'adoption de sa décision par l'autorité compétente.

Les autorités de concurrence examinent attentivement tous les éléments constitutifs de la santé financière de l'entreprise. Dans une décision récente, l'Autorité de la concurrence a pris en compte les difficultés financières de trois entreprises<sup>13</sup>.

- La première entreprise connaissait des difficultés financières récurrentes depuis 2002 et avait été rachetée sous mandat ad hoc, pour un euro symbolique sans garantie de passif avec une dette très importante. La société avait été très touchée par la crise économique, son chiffre d'affaires étant passé de 75 millions d'euros en 2007

à 38 millions d'euros en 2009;

- La deuxième entreprise, ayant bénéficié d'une diminution de l'amende du fait de sa situation financière, avait vu son chiffre d'affaires régresser de 49,6% entre 2008 et 2009;

- Quant à la troisième entreprise, après une période de bons résultats, sa situation s'était progressivement dégradée. Ainsi, alors même que la société venait de se lancer dans un processus d'investissements d'acquisition d'actifs de grande ampleur, son chiffre d'affaires avait connu un recul de 16,43 %.

Cependant, il ne faut pas s'attendre à connaître en détail le raisonnement des autorités. En effet, si l'Autorité de la concurrence doit motiver les raisons et les difficultés financières de l'entreprise prises en compte aux fins de la diminution de l'amende, pour autant, elle ne précise pas nécessairement dans ses décisions le montant ou le pourcentage de diminution qui sont accordés à ce titre.

À titre d'illustration, dans une affaire<sup>14</sup>, l'entreprise en cause avait une activité mono produit et son chiffre d'affaires s'était écroulé passant de 66,9 millions d'euros en 2005 à 12,8 millions d'euros en 2011. Cette chute très significative de son chiffre d'affaires a motivé, en partie, la réduction de 90% de l'amende accordée par l'Autorité. Une telle réduction est tout à fait exceptionnelle et justifiée par les caractéristiques très particulières du marché en cause, mono produit et marqué par un phénomène de mode qui, une fois passé, avait entraîné une contraction très forte et rapide de la demande pour le produit en cause.

Dans la mesure où l'Autorité de la concurrence accorde une diminution de l'amende sur une base individuelle, il n'est pas concevable de systématiser sa pratique décisionnelle sur le sujet.

De manière générale, il ressort de sa pratique que l'Autorité de la concurrence a une interprétation stricte des difficultés financières de l'entreprise et que leur prise en compte aux fins de la diminution de l'amende a toujours été accordée dans des cas

10 Pour un exemple récent voir, Autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, précitée. Les entreprises en cause étaient actives dans le secteur agricole et avaient une activité mono-produit. Au titre de la capacité contributive, les sociétés Soleil du Nord, Prim'Santerre et Fraileg ont bénéficié respectivement d'une baisse de leur sanction de 56 %, 74 % et 87 %.

11 Décision n° 07-D-48, 18 décembre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international : « Toutefois, il convient de noter que si la filiale française Crown a connu des résultats déficitaires lors des derniers exercices, elle appartient à un groupe plus large dont il n'est pas allégué qu'il connaîtrait des difficultés et qui a réalisé en 2006 un chiffre d'affaires de 207 M€. », pt.316.

12 Cour d'appel de Paris, 29 septembre 2009, affaire Etablissements Mathé : « La société Guy Joubert qui invoque une chute de 56% de ses résultats entre 2001 et 2004 affiche un chiffre d'affaires et un résultat net consolidé en hausse entre 2005 et 2006 » n'a pas bénéficié d'une réduction de l'amende au titre des difficultés financières.

13 Décision n° 10-D-35 du 15 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles.

14 Autorité de la concurrence, Décision n° 11-D-19 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie.

de difficultés financières évidentes caractérisées par une baisse significative du chiffre d'affaires des entreprises concernées. Il est à noter cependant que l'Autorité de la concurrence a exonéré deux fois d'amende des entreprises ayant participé à une entente anticoncurrentielle dès lors qu'elles étaient en liquidation judiciaire<sup>15</sup>.

Enfin, les décisions de l'Autorité de la concurrence française peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Paris, laquelle se montre plutôt favorable à la prise en compte des difficultés financières d'une entreprise dans la détermination de l'amende.

À titre d'illustration, dans l'arrêt *Etablissements Mathé*<sup>16</sup>, la Cour d'appel a réduit de façon substantielle les sanctions prononcées à l'encontre de trois entreprises en raison notamment de l'apparition ou de l'aggravation de difficultés financières postérieurement à la décision de l'Autorité: l'une avait été mise en liquidation judiciaire, une autre avait fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs, la troisième présentait un lourd endettement contracté pour assurer le maintien de l'activité. À l'égard de cette dernière, la Cour d'appel a pris en considération le risque que l'amende prononcée par le Conseil ne remette en cause les financements obtenus et qu'elle ait de graves répercussions sur l'activité de l'intéressé.

En outre, dans l'affaire du cartel de l'acier, même si la Cour d'appel ne peut plus prendre en compte le contexte économique global dans lequel s'inscrit la pratique et ce conformément à la solution dégagée par la Cour de Cassation (voir supra), il n'en reste pas moins que la réduction de 80% de l'amende accordée par la Cour d'appel, au titre de la crise économique que connaissait le secteur, atteste de sa volonté de prendre en compte les difficultés financières des entreprises.

Enfin, s'agissant des sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence, l'entreprise peut solliciter du Trésor public, en faisant état de difficultés économiques particulières, le bénéfice de délais ou d'un échéancier de paiement. Ainsi, dans le cadre de l'affaire du négoce de produits sidérurgiques, le Conseil de la concurrence a considéré que c'était au stade du paiement de l'amende que le contexte de crise pouvait être le « plus efficacement » pris en compte et que rien n'interdisait aux entreprises de demander au comptable public le bénéfice de délais ou d'un échéancier de paiement en faisant état de leurs difficultés financières particulières<sup>17</sup>. ■

15 Autorité de la concurrence, Décision n° 02-D-42 du 28 juin 2002, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, pt.149 : « Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, un jugement du 21 février 2000 a prononcé la liquidation judiciaire de cette société qui ne survit que pour les besoins de la liquidation [...], le prononcé d'une sanction à l'égard de cette société n'apparaît pas opportun. ». Voir aussi, Autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives.

16 Cour d'appel de Paris, 29 septembre 2009, affaire établissement Mathé précitée.

17 Conseil de la concurrence, Décision n°08-D-32, 16 décembre 2008, Secteur du négoce de produits sidérurgiques.

JEAN-LOUIS FOURGOUX

## *L'influence du droit de la concurrence sur le comportement des entreprises en Europe*



Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles,  
Fourgoux & Associés  
Rapporteur Général de l'Association  
Française d'Étude de la Concurrence

L'interdiction des ententes et de l'abus de position dominante n'est pas nouvelle : elle a fait sa première apparition en France après guerre et, en Europe, avec le Traité de Rome voilà plus de 50 ans; quant aux USA, cela fait plus de 120 ans que le Sherman Antitrust Act prohibe les pratiques commerciales qui restreignent la concurrence.

Pourtant la matière est restée, pendant de nombreuses années, confidentielle. Elle n'était pas communément enseignée, et assez peu pratiquée.

La prise de conscience de l'importance du droit de la concurrence a été graduelle. Le développement du droit de la concurrence est lié au renforcement des pouvoirs des autorités, mais aussi à la mondialisation de l'économie. Celle-ci s'est accompagnée d'une universalisation des règles, d'une part, et d'une application plus effective des règles par les autorités, d'autre part.

La fin des années 1990 a été marquée par une expansion législative considérable par laquelle une soixantaine de pays ont adopté de nouvelles règles et soixante autres ont renforcé leur dispositif. Ce succès formel n'est pas le fruit d'un choix individuel, mais est plutôt, le plus souvent, conditionné par des accords internationaux. L'adhésion à l'UE a obligé des pays comme la Slovaquie ou l'Ukraine à se doter d'un droit de la concurrence. D'autres États ont été convaincus par leurs partenaires économiques que l'ouver-

ture de leurs marchés ne pouvait être réalisée que si des voies de droit étaient offertes aux entreprises étrangères, si d'aventure le protectionnisme local venait à être remplacé par des ententes locales (Singapour par exemple). Enfin, si la Chine a, en 2007, instauré un contrôle de la concurrence, cette décision n'est évidemment pas étrangère à sa place dans l'OMC.

Aujourd'hui, la majorité des États disposent d'une législation préservant le libre jeu de la concurrence; en outre, les divergences entre les législations de concurrence s'estompent ou se réduisent. L'assouplissement Européen de l'analyse des accords verticaux comme l'examen des effets de l'abus de position dominante (remises de fidélité...) marquent l'influence de l'approche économique du droit de la concurrence de chaque côté de l'Atlantique. La convergence des droits de la concurrence n'est pas étrangère aux échanges réguliers entre autorités, que ce soit au sein du Réseau Européen de Concurrence ou, au niveau mondial, au sein de l'International Competition Network (ICN), dont l'un des objectifs est de faciliter la coopération entre les autorités pour améliorer les politiques de concurrence et les rendre plus efficaces.

Si les grandes entreprises implantées dans plusieurs États, et particulièrement aux États-Unis, ont assez rapidement pris conscience des conséquences d'une violation du droit de la concurrence, y compris pour les dirigeants à titre per-

sonnel, en Europe et en France, la culture de concurrence a été plus longue à s'instaurer.

Cependant, la sensibilité au droit de la concurrence a suivi d'assez près l'évolution importante des sanctions prononcées par les Autorités de la Concurrence et la dissuasion recherchée et affichée. « *Il faut avoir le courage de sanctionner de façon dissuasive* »<sup>1</sup>, revendique ainsi le Président de l'Autorité de la Concurrence dans les Echos.

De là à dire que le respect du droit de la concurrence est proportionné au montant de la sanction, il n'y a qu'un pas que certains pensent pouvoir franchir allègrement. Les Autorités n'hésitent plus désormais à frapper fort les entreprises qui transgressent les interdictions.

Les montants des sanctions en France (534 millions pour la téléphonie mobile<sup>2</sup>, 242 millions d'euros pour la farine<sup>3</sup>), en Europe (1,3 milliard d'euros pour le verre<sup>4</sup>), et aux USA (915 millions de dollars pour les vitamines, 504 millions de dollars pour Air France-KLM) sont tels que le droit de la concurrence ne peut plus être négligé. Son intrusion dans la gestion des entreprises est d'autant plus marquante que les condamnations sont ou seront peu à peu associées à des actions en réparation individuelles ou collectives, très coûteuses pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, le risque pénal ne doit pas être ignoré dans certains grands États, parmi lesquels les USA où le niveau moyen des condamnations personnelles ne faiblit pas.

Le montant pharaonique des sanctions et des réparations place désormais le respect du droit de la concurrence au centre des préoccupations des dirigeants, soucieux de leurs résultats, de leur image et des attentes de leurs actionnaires. Cependant, la politique de répression n'a pas été le seul élément conduisant à une prise en compte du droit de la concurrence ; les Autorités de Concurrence, depuis quelques années, adoptent des procédures destinées à encourager les entreprises à renoncer aux pratiques anticoncurrentielles et à adopter une démarche de coopération.

Cette politique de la « carotte et du bâton » est bien comprise par les entreprises européennes

qui désormais privilégient, au quotidien, deux stratégies complémentaires se répercutant sur les usages, les contrats, les règles internes, la culture d'entreprise. La première stratégie est la sécurisation des pratiques commerciales (I) et la seconde, lorsque la première n'a pas été suffisante, est la sécurisation de la sanction (II).

## I. LA STRATÉGIE DE SÉCURISATION DES PRATIQUES COMMERCIALES

Depuis le règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, c'est aux entreprises qu'il appartient d'évaluer la légalité des pratiques commerciales puisque la notification préalable à la Commission a été abolie. L'aléa de l'analyse au cas par cas de toutes les opérations susceptibles d'avoir un effet sur le marché a pour conséquences de rendre d'autant plus attractifs les règlements d'exemption par catégorie (A) ainsi que de rendre plus ou moins inévitable le contrôle interne et la mise en place dans les grandes entreprises de programmes de compliance (B).

### A. L'adaptation des contrats aux règlements d'exemption

Le procédé est simple et bien connu : un règlement d'exemption par catégorie offre la possibilité aux entreprises qui relèvent de son champ d'application et qui en respectent les termes de bénéficier automatiquement d'une exemption en application de l'article 101§3 du TFUE relatif à l'interdiction des ententes énoncée à l'article 101§1. L'avantage n'est pas négligeable. L'exemption offre une protection en cas de poursuite des autorités ou des tiers car le règlement s'impose aux juridictions nationales.

Certes, la CJUE a depuis tout temps précisé qu'un règlement d'exemption ne s'impose pas aux entreprises et que celles qui ne peuvent ou ne veulent pas bénéficier de l'exemption par catégorie sont toujours à même de revendiquer une exemption individuelle.

Mais le choix est vite fait entre la sécurité presque gratuite de l'exemption par catégorie et la défense individuelle mais incertaine des accords : le plus efficace et le moins onéreux l'emportera. À chaque fois qu'un règlement d'exemption pourra

1 Les Echos, 17 Janvier 2011, n° 20849, page 14

2 Autorité de la concurrence, 05-D-65, 30 novembre 2005, et CA Paris, 12 décembre 2006, n°2006/00048

3 Autorité de la concurrence, 12-D-09, 13 mars 2012 (recours pendant devant la Cour d'appel de Paris)

4 Commission européenne, 12 novembre 2008, COMP/39.125

s'appliquer, les entreprises du secteur feront leur possible pour en bénéficier, quitte à devoir modifier leur pratique à cette fin.

Ainsi, les règlements d'exemption en matière de distribution automobile ont-ils été l'occasion d'empoignades entre constructeurs et distributeurs ainsi que d'un fort lobbying auprès de la Commission Européenne avant leur adoption, car les uns et les autres savaient parfaitement qu'ils deviendraient la norme de la distribution du secteur pour toute sa durée d'application. Le passage du règlement 1475/95 au règlement 1400/2002 a contraint les constructeurs à assouplir leur contrats de concession, en prévoyant notamment un passage à la distribution sélective, et à accepter le multi-marquisme. Aucun constructeur ne pouvant sérieusement prendre le risque de voir ses contrats de distribution invalidés par une juridiction, la décision de modifier les contrats pour bénéficier de la protection de l'exemption est un exemple de la stratégie de sécurisation appliquée par les entreprises. Le retour du secteur automobile dans le régime de droit commun du règlement 330/2010, à partir de juin 2013, permettra alors aux constructeurs de modifier à nouveau leurs contrats type pour renforcer les obligations imposées aux distributeurs.

Ainsi, depuis l'adoption du règlement 2790/99 sur les accords verticaux, les clauses d'exclusivité dans ces contrats doivent, pour être exemptées, être limitées à 5 ans et non tacitement reconductibles. Ce principe a été maintenu dans le nouveau règlement d'exemption 330/2010. Certes, les lignes directrices de la Commission expliquent que des exclusivités d'une durée supérieure à 5 ans sont possibles dans certains cas, mais là encore, l'avantage de la sécurité conduit le plus souvent les entreprises à choisir de se plier au cadre communautaire et de limiter les contrats exclusifs à 5 ans (contrats de franchise par exemple).

On ne peut faire reproche aux entreprises de faire preuve de réalisme et de préférer la simplicité et l'efficacité, ce qui n'empêchera pas certains de justifier, devant les autorités de concurrence ou les juridictions, de l'absence de pratiques anticoncurrentielles du seul fait d'une clause d'exclusi-

tivité de 7 ou 9 ans dans un contrat de franchise<sup>5</sup>. Dans tous les cas, les entreprises sont contraintes, non seulement de surveiller l'évolution du cadre légal pour adapter les contrats et accords, mais aussi d'auditer les comportements au sein de l'entreprise.

## B. Les programmes de compliance

Le droit de la concurrence est un droit complexe à appliquer et à respecter : en effet, si les interdictions sont relativement simples à formuler (l'interdiction des ententes et de la position dominante se limite à deux textes assez peu détaillés – articles 101 et 102 TFUE et L 420-1 et L 420-2 pour le code de commerce), l'analyse des comportements est plus délicate. S'agissant des ententes, la majorité d'entre elles correspondent à des pratiques dissimulées. Quant aux abus de position dominante, l'appréciation est délicate et impose des étapes successives (analyse précise du marché, et du caractère anticoncurrentiel des pratiques).

Aussi, pour réduire le risque depuis plusieurs années et à l'instar des entreprises américaines, les programmes de compliance se développent. Ils ont pour but de développer la culture de concurrence en instaurant une formation généralisée, puis des systèmes de détection (révélation ou contrôles par enquêtes internes).

Tant au niveau Européen que Français, les autorités encouragent la mise en place de tels programmes de compliance.

La Commission a ainsi publié en novembre 2011 un document par lequel elle recommande une démarche « proactive » des entreprises pour éviter toute infraction au droit de la concurrence. Ce qui compte pour la Commission, ce n'est pas seulement leur implication dans le programme, mais le résultat et l'absence d'infraction. Le document insiste sur les conséquences négatives pour les entreprises qui ne respecteraient pas les règles (amendes, risques personnels, atteinte à l'image de l'entreprise...), ce qui justifie la recommandation de prudence du Commissaire européen: « drive safely »<sup>6</sup>. À la question de savoir si

5 Autorité de la concurrence, 10-D-12, 15 avril 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression

6 [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance\\_matters\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_matters_en.pdf)

l'existence d'un programme de conformité peut avoir une incidence sur le montant de l'amende infligée à une entreprise poursuivie pour infraction, la Commission répond par la négative : il ne saurait en résulter ni circonstance atténuante, ni circonstance aggravante.

L'Autorité de la Concurrence a, le 10 Février 2012<sup>7</sup>, donné ses lettres de noblesse aux programmes de conformité. Pour l'Autorité, deux objectifs sont déterminants : « *prévenir les risques d'infractions d'une part ; donner les moyens de détecter et de traiter les cas d'infraction qui n'ont pas pu être évités, d'autre part* ». Ainsi, l'Autorité privilégie un programme pédagogique, mais celui-ci s'accompagne aussi de mesures de suivi.

Il s'agit donc, dans les deux cas, pour les entreprises de veiller à faire connaître les règles du droit de la concurrence, définir les bonnes pratiques, mettre en garde les employés sur les mauvaises et enfin, remédier aux éventuelles difficultés rencontrées. Mais un programme de conformité, c'est aussi un signal donné au marché de ce que l'entreprise est attachée au respect du droit de la concurrence, et peut décider en cas de détection de pratiques anticoncurrentielles, non seulement d'y mettre fin au plus vite, mais également de profiter des avantages offerts par les nouvelles procédures permettant de réduire les sanctions : clémence et engagements.

## II. LA STRATÉGIE DE LIMITATION DU RISQUE DE SANCTION

Plus la structure de l'entreprise est importante, plus ses risques de déviance par rapport aux principes de libre concurrence sont élevés, et même si le meilleur programme de compliance est mis en place, la probabilité de conformité n'est jamais absolue. Une alternative a été initiée aux États-Unis en 1978 pour renforcer la détection des cartels cachés en accordant un avantage aux entreprises qui dénonceraient leurs infractions. Cette coopération entre les Autorités de concurrence et les entreprises s'est développée en Europe et en France, et se traduit par de véritables procédures de « clémence » et de négociation à l'initiative des entreprises. Et plus la sanction risque d'être élevée, plus les avantages de ces modes alternatifs

de traitement des pratiques anticoncurrentielles présentent un intérêt pour les dirigeants qui ne s'effraient plus de dénoncer les pratiques en vue de minorer ou supprimer la sanction (A) ou qui admettent de négocier afin d'échapper à toute qualification des pratiques (B)

### A. La suppression ou la réduction de la sanction : clémence et non-contestation de griefs

Partant du principe qu'il n'existe pas meilleur gendarme qu'un bandit, aux États-Unis, une faculté de dénonciation des pratiques anticoncurrentielles auprès du département fédéral de la justice (DoJ) a été adoptée en 1978 et a eu, à l'origine, relativement peu de succès. Elle a été modifiée en 1993 pour rendre cette procédure plus attractive en accordant une immunité totale au premier demandeur à la clémence et réformée en 2004 pour réduire les montants des condamnations civiles auxquels s'exposent les délateurs.

L'importation en Europe de ces méthodes que nombre de juristes considéraient comme contestables a été finalement facilitée par deux constats : le programme de clémence peut être plus efficace que des enquêtes conduites par les autorités pour découvrir de véritables cartels cachés (l'affaire des vitamines est souvent donnée en exemple); surtout, un programme attractif de clémence est apprécié par les entreprises qui peuvent ainsi redorer leur blason en abandonnant des pratiques illégales à moindre coût, alors que leurs concurrents moins prompts à la délation seront plus lourdement sanctionnés. La clémence peut ainsi devenir une arme dans la concurrence.

Si le système de la clémence a été mis en place au niveau communautaire dès 1996, le dispositif ne fonctionne à plein régime que depuis les réformes du 5 décembre 2001 et du 8 décembre 2006. Entre 2002 et 2006, la Commission a reçu 167 candidatures, sous le régime de la communication de 2002, dont 87 demandes d'immunité totale, et 80 demandes d'immunité partielle. Sur cette même période, la Commission a octroyé 51 décisions pour des immunités conditionnelles, et a rejeté, ou décidé de ne pas aller plus loin pour 23 candidatures. Depuis 2002, deux tiers des cartels punis par la Commission Européenne ont été détectés grâce aux programmes de clémence. Sur la période du 20 octobre 2005 au 8 décembre 2010, la Commission a traité 29 affaires, dans les-

<sup>7</sup> Autorité de la concurrence, document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence



quelles la Communication sur la coopération de 2002 a été appliquée, et elle a octroyé 25 immunités totales, 8 immunités partielles et plus de 70 réductions d'amendes.

En France, la loi NRE n°2001-420 du 15 mai 2001 prévoit qu'« une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement... ».

Dès 2006, un communiqué de procédure précise, à l'attention des demandeurs de clémence, les modalités pratiques de mise en œuvre de cette procédure. Le programme de clémence français a depuis lors été adapté, et un nouveau communiqué de procédure publié le 2 mars 2009 par l'Autorité précise les conditions dans lesquelles l'immunité totale ou partielle peut être accordée.

En France, le programme introduit par la loi NRE a peu à peu trouvé sa place dans les tactiques des entreprises pour s'affranchir des sanctions pouvant être prononcées par l'Autorité de la concurrence : à ce jour, six dossiers ont déjà été clôturés à la suite d'une demande de clémence<sup>8</sup>.

L'un des cas de recours à la clémence est lié aux acquisitions ou aux cessions d'entreprises dans lesquelles une activité illégale préexistait. Un représentant de la Commission a expliqué voir arriver des demandeurs « sur le point d'acquiescer à une autre entreprise et de fusionner, qui souhaitent se débarrasser de ces pratiques » et expose à ce propos « C'est une des raisons pour lesquelles

les entreprises viennent demander la clémence et ce, de façon assez fréquente »<sup>9</sup>.

Mais, de plus en plus souvent, l'importance des sanctions devient le paramètre de décision des entreprises et l'élément déclencheur de la clémence devant toutes les Autorités de la concurrence, ce qui leur permet d'en tirer un avantage contre l'un de ses concurrents<sup>10</sup>.

Le choix stratégique est apparent lorsqu'une entreprise recourt systématiquement à des démarches de clémence. Ainsi, Samsung Electronic a bénéficié d'une clémence totale dans l'affaire des écrans LCD<sup>11</sup>, alors que LG et Chimmei Inno-lux ont supporté respectivement une amende de 215 millions d'euros et une de 300 millions. Dans l'affaire des verres pour tubes cathodiques, Samsung CPM échappait à toute sanction alors que ses deux concurrents échappaient de sanctions allant de 40 à 45 millions<sup>12</sup>.

Dans l'affaire des lessives, la course à la clémence a également révélé que Henkel échappant à la sanction pour l'entente dénoncée devant la Commission Européenne<sup>13</sup>, Procter & Gamble ainsi que Unilever ont respectivement « limité » l'amende à 211 et 104 millions en raison de la coopération et des engagements pris avec la Commission. Devant l'Autorité française, les entreprises ont été reçues dans un ordre chronologique différent : Unilever, arrivant le premier au guichet de la repentance, a échappé à une sanction qui aurait pu atteindre 248 millions d'euros alors que Henkel, Colgate Palmolive et Procter & Gamble ont respectivement été condamnés à 35, 92 et 240 millions d'euros<sup>14</sup>.

8 Autorité de la concurrence, 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires ; Autorité de la concurrence, 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives ; Autorité de la concurrence, 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques ; Autorité de la concurrence, 08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué ; Autorité de la concurrence, 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes

9 « L'efficacité économique des programmes de clémence », Revue Concurrence et Consommation, n°146, « Débat », p. 49

10 Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Cartels dans le secteur de la fabrication des fourgons incendie et de camions de pompiers équipés de grande échelle : le Bundeskartellamt sonne l'alarme, Revue Lamy de la concurrence 2911

11 Commission européenne, 8 décembre 2010, COMP/39.309

12 Commission européenne, 19 octobre 2011, COMP/39.605

13 Commission européenne, 13 avril 2011, COMP/39.579

14 Autorité de la concurrence, 11-D-17, 8 décembre 2011

Les entreprises ont donc intégré la règle du jeu de la clémence : le premier demandeur a tiré un avantage substantiel et peut ainsi faire peser sur ses concurrents le poids de l'infraction à laquelle ils ont tous participé.

Ce n'est plus la vertu mais le profit qui conduit les entreprises pour lesquelles les risques sont élevés à choisir la sagesse de la reconnaissance de culpabilité.

La possibilité donnée aux entreprises de déstabiliser l'équilibre des cartels peut coexister avec d'autres possibilités de négocier, en ne contestant pas les griefs devant l'Autorité de la concurrence, en transigeant avec la Commission, ceci afin de mettre un terme au dossier dans des conditions plus avantageuses, la sanction étant minorée. Cependant, il ne faut pas sous-estimer les rapports de force sur certains marchés: les PME hésitent à s'accuser pour se laver de leurs fautes passées car elles peuvent s'interroger sur les conséquences commerciales si elles envisagent de dénoncer plus puissant qu'elles.

### **B. L'absence de qualification des pratiques : les engagements**

Le règlement 1/2003 dans son article 9§1 a officialisé la négociation permettant de mettre un terme à un dossier en prévoyant que « *lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.* »

Si l'initiative est parfois partagée entre la Commission qui décrit les « préoccupations » de concurrence soulevées par les pratiques en cause et les entreprises, ce sont ces dernières qui proposent à la Commission des engagements de nature à répondre aux dites préoccupations. Plusieurs affaires ont ainsi été traitées, dont celle de Premier League<sup>15</sup> concernant l'accord conclu entre les clubs participant au championnat anglais Pre-

mier League pour procéder à une vente conjointe des droits médiatiques à ce championnat par l'intermédiaire de la FA Premier League (FAPL). Les engagements pris, en vigueur jusqu'au 30 juin 2013, augmentent la disponibilité des droits médiatiques et améliorent les perspectives du championnat en termes de services fournis aux consommateurs, et ont permis de ne pas subir les foudres de la Commission.

L'article L 464-2 I du Code de commerce donne la faculté d'utiliser une nouvelle procédure selon laquelle « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles.* »

À l'inverse de la non-contestation des griefs, qui n'intervient qu'une fois la notification des griefs parvenue à l'opérateur économique, ce mécanisme, calqué sur le modèle communautaire déjà en vigueur, intervient en amont de la notification des griefs, c'est-à-dire à un stade pré-contentieux.

L'opérateur a la possibilité, d'après une évaluation préliminaire effectuée avant l'enclenchement de la procédure de droit commun, de proposer des engagements susceptibles de mettre fin à la pratique anticoncurrentielle incriminée et de rétablir le jeu de la concurrence pouvant clôturer directement l'affaire.

En l'absence de notification des griefs, les allégations portées contre l'entreprise sont effectuées en pratique à l'occasion d'une séance orale, d'un procès-verbal d'audition de l'entreprise, ou encore d'un document écrit adressé par le rapporteur saisi.

Cette procédure possède un triple intérêt :

- Elle permet de corriger rapidement l'atteinte à la concurrence,
- Elle anticipe l'inflation d'affaires pendantes devant l'Autorité,
- Et donne à la victime le bénéfice d'une modification comportementale.

La procédure d'engagement vise essentiellement les comportements unilatéraux qui peu-

15 Commission européenne, 22 mars 2006, COMP/ 38.173

vent être modifiés par leur auteur, de sorte que cela concerne les abus de position dominante et les restrictions verticales. La principale conséquence en est que pour les ententes horizontales et les cartels, seule la sanction, la procédure de clémence et la procédure de non-contestation de griefs sont applicables.

Plusieurs affaires concernent des réseaux de distribution sélective et la revente sur internet : l'affaire Festina<sup>16</sup>, l'affaire de la Hifi et du Home Cinema<sup>17</sup>, une affaire concernant des produits cosmétiques<sup>18</sup> et une autre relative à la distribution des médicaments<sup>19</sup>, des contrats de franchise de distribution alimentaire<sup>20</sup>, des cartes cadeaux<sup>21</sup> des commissions des cartes bancaires<sup>22</sup> des pratiques de météo-France<sup>23</sup> ou de Google<sup>24</sup> ont ainsi souligné l'attrait de cette procédure pour les entreprises.

Cet échange entre les autorités et les entreprises pour régler de façon plus rapide et moins coûteuse se retrouve également dans la non-contestation de griefs, même si dans cette hypothèse, le choix des entreprises est plus contraint.

\*\*\*

La peur engendre le besoin de sécurité. Plus les entreprises sont importantes et plus les stratégies de prudence par la formation et par la gestion de la coopération avec les autorités rencontrent un accueil favorable. Il s'agit là d'un changement notable de la façon de respecter les règles

16 Conseil de la Concurrence, décision n° 06-D-24, 4 juillet 2006, relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France

17 Conseil de la Concurrence, décision n° 06-D-28, 5 octobre 2006, relative à des pratiques de mise en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériel Hi-Fi et Home Cinéma

18 Conseil de la Concurrence, décision n° 07-D-07 du 7 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

19 0-7 D 45 et 07-D-46 du 13 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques et 07D22 du 5 juillet 2007

20 11-D-20 du 16 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire

21 11-D-08 du 27 avril 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société ACCENTIV-KADEOS

22 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires

23 12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de Fourniture d'informations météorologiques aux professionnels

24 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet

de concurrence. Il ne faut pas y voir l'empreinte de la vertu, mais plutôt d'un choix calculé pour échapper à des sanctions tout en menaçant les concurrents.

Une étude économique devrait apprécier les effets à moyen terme de la politique de la « carotte et du bâton » afin de déterminer si les récompenses données ont généré des gains d'efficacité redistribués aux consommateurs ou si seules les entreprises les plus puissantes ont pu orienter les enquêtes des autorités contre des concurrents dont la présence dans des accords anticoncurrentiels n'était plus la bienvenue. Si cette orientation se poursuit durablement, elle aura également un impact sur les rapports entre les entreprises et leurs conseils, plus attachés à les accompagner qu'à affronter les Autorités, sans pour autant perdre leur âme et à renoncer à leur indépendance et au respect des droits de la défense. Beau programme en perspective pour les avocats du futur... ■

EDITH BACCICHETTI

## *Les programmes de conformité en droit de la concurrence*



Avocat Associée  
Landwell & Associés

Les programmes de conformité permettent aux acteurs économiques de mettre toutes les chances de leur côté pour éviter d'enfreindre différentes catégories de règles, telles que celles relatives à la corruption, aux législations fiscale, boursière ou financière, à la sécurité des personnes et des produits, à la santé, à la protection de l'environnement ou encore à la concurrence.

En droit de la concurrence, la violation des règles prévues par le droit français et par le droit de l'Union peut exposer les personnes morales à des sanctions pécuniaires, sans compter le droit reconnu aux personnes publiques et privées victimes d'une entente ou d'un abus de position dominante d'obtenir la réparation effective de leur préjudice. L'article L. 420-6 du code de commerce prévoit, par ailleurs, des peines d'emprisonnement et d'amende pour les personnes physiques ayant pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Les programmes de conformité permettent ainsi d'anticiper, de maîtriser et de gérer ces différents risques.

Ces programmes de conformité reposent non seulement sur des mesures destinées à créer une culture orientée vers le respect des règles (formation, sensibilisation des dirigeants et de l'en-

semble du personnel), mais aussi sur des mécanismes internes d'alerte, de conseil, d'audit et de responsabilisation indispensables pour créer les bons réflexes au sein des entreprises. L'Autorité de la concurrence invite les entreprises à se doter de programmes de conformité efficaces moyennant la possibilité de bénéficier de réductions de sanctions en cas de poursuites (Communiqué de l'Autorité de concurrence du 10 février 2012).

La conformité au droit de la concurrence représente donc incontestablement un enjeu majeur pour les entreprises compte tenu des sanctions très lourdes pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires mondial du groupe toutes activités confondues. On relève d'ailleurs une sévérité de plus en plus accrue s'agissant du quantum des sanctions financières prononcées par les autorités de la concurrence.

### **I. LE CONTENU DES PROGRAMMES DE CONFORMITÉ EN DROIT DE LA CONCURRENCE**

Il doit s'agir de programmes de conformité crédibles et efficaces pour que l'Autorité de la concurrence puisse les prendre en considération dans le cadre du traitement des affaires d'ententes ou d'abus de position dominante.

Ces programmes doivent intégrer quatre points essentiels :

**1) L'existence d'une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction et plus généralement de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux :**

- soulignant l'importance du respect des règles interdisant les cartels, les autres ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante ou de dépendance économique;
- prenant l'engagement général et permanent de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme mis en place.

**2) L'engagement de désigner une ou plusieurs personne(s) chargée(s), au sein de l'entreprise ou de l'organisme, du programme de conformité et devant :**

- être désignées par les organes de direction et disposer d'une autorité et d'une compétence incontestables au sein de l'entreprise ou de l'organisme ;
- se consacrer de façon effective à la mise en œuvre du programme de conformité ;
- avoir la capacité d'accéder directement aux organes de contrôle, par exemple en cas de découverte d'une infraction;
- disposer des pouvoirs nécessaires pour assurer la mise en œuvre effective du programme de conformité et bénéficier à cette fin de moyens humains et financiers suffisants, en fonction de la taille de l'entreprise ou de l'organisme.

**3) L'engagement de mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation comportant :**

- la diffusion régulière à l'ensemble des mandataires sociaux et des dirigeants de l'entreprise, ainsi qu'aux cadres et aux autres salariés ou agents concernés, de documents leur expliquant le sens et la portée pratique des règles de concurrence,

les sensibilisant à l'importance et à l'intérêt pour l'entreprise ou l'organisme de s'y conformer et les informant des mécanismes internes leur permettant d'obtenir des conseils ou d'alerter sur l'existence d'infractions avérées ou possibles à ces règles ;

- des mesures de communication interne générale sur l'existence et la raison d'être du programme de conformité;
- la réalisation régulière de formations obligatoires aux règles de concurrence et à leurs implications concrètes pour l'entreprise ou l'organisme, ciblées sur les dirigeants, les cadres et les autres salariés ou agents présentant des profils à risques particuliers (responsables des prix ou des ventes, personnes participant aux travaux d'associations professionnelles...), complétées éventuellement par des formations ponctuelles (par exemple en cas d'embauche de nouveaux salariés concernés par les règles de concurrence, ou de découverte d'une infraction).

**4) L'engagement de mettre en place des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte comprenant :**

- la mise en place de mesures visant à évaluer le respect individuel de la politique de conformité de l'entreprise (par exemple sous la forme de dispositions intégrées au règlement intérieur, de clauses insérées dans les contrats de travail, ou encore d'attestations individuelles régulières de conformité) ;
- la mise en place d'un dispositif permettant à tout salarié de l'entreprise de demander un conseil aux personnes chargées du programme de conformité sur la conduite à tenir à propos d'une question relative au respect des règles de concurrence et de pouvoir les alerter de bonne foi, si possible de façon confidentielle, et en étant assuré de bénéficier de mesures de protection contre toutes représailles, en cas de connaissance d'une infraction avérée ou possible aux règles de concurrence.

Il est évident qu'un programme de conformité ne peut se transposer à l'identique dans une grande ou une petite entreprise et que ces cinq conditions peuvent donc être substantiellement adaptées dans les petites ou moyennes entreprises (PME).

## II. LA MISE EN ŒUVRE DES PROGRAMMES DE CONFORMITÉ EN DROIT DE LA CONCURRENCE

**Ces programmes comprennent généralement les étapes suivantes devant être adaptées aux besoins de chaque entreprise :**

— Une phase d'évaluation des risques concurrence propres à l'entreprise

- Examen des accords, partenariats et pratiques
- Entretien avec les responsables de l'entreprise concernés (juristes, commerciaux, opérationnels concernés par les pratiques...)
- Identification des transactions ou comportements à risques, des personnes et activités les plus exposées

— Une phase de mise en place d'un programme adapté

- Elaboration de référentiels et de guides de bonnes pratiques : réglementations, sanctions et préconisations pratiques adaptées à l'activité propre de l'entreprise
- Mise en place d'un système de diffusion auprès des juristes et opérationnels exposés aux risques, désignation d'une ou plusieurs personnes responsables du programme de conformité, engagement ferme et public des dirigeants à soutenir le programme de conformité
- Mise en place de programmes de formations et de contrôles par exemple via des questionnaires pratiques ou des systèmes d'alerte

**Ces programmes visent principalement les pratiques anticoncurrentielles d'ententes et les abus de position dominante :**

- Les ententes horizontales secrètes, dites également « cartels », par lesquelles les concurrents fixent les prix en commun, limitent la production ou se répartissent les clients ou encore les marchés
- D'autres formes d'ententes ou de coordinations entre concurrents, comme les échanges d'informations confidentielles et stratégiques
- Les ententes entre opérateurs intervenant à différents niveaux de la chaîne de valeur, comme la fixation des prix de revente des distributeurs par les fabricants ou certaines restrictions imposées aux distributeurs pour le commerce en ligne
- Les pratiques par lesquelles une entreprise en position dominante chercherait à en abuser, par exemple en évinçant ses concurrents du marché ou en abusant de la position de faiblesse de ses partenaires commerciaux : entreprise détenant une position forte sur un marché qui utilise cet avantage sur un autre marché plus concurrentiel, remises fidélisantes accordées par un fournisseur détenant une forte position sur un segment de marché ...

Etant donnée la diversité des risques et des pratiques anticoncurrentielles, l'adoption de programmes de conformité est en définitive recommandée pour tout type d'entreprises de tous secteurs d'activité. Ces programmes doivent en revanche être adaptés à la dimension, aux besoins, aux pratiques et à l'environnement de l'entreprise. La mise en place de ces programmes permet de créer une culture de concurrence au sein de l'entreprise, de détecter et d'éviter les pratiques à risques, de sécuriser les pratiques et limiter ainsi les sanctions encourues en cas de poursuites. En effet, les entreprises qui s'engagent à mettre en place un programme de conformité ou à améliorer un programme de conformité préexistant

pourront bénéficier, dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, d'une réduction pouvant atteindre 10% de la sanction encourue. Cette réduction s'ajoute à celle de 10 % liée à la renonciation à contester les griefs proprement dite et à celle de 5 % pouvant être accordée au titre d'autres engagements.

Par ailleurs, les entreprises dotées de programmes de conformité qui découvrent et mettraient fin d'elles-mêmes à une pratique anticoncurrentielle, autre qu'un cartel, avant toute ouverture d'une enquête ou d'une procédure par une autorité de concurrence, pourront bénéficier d'une circonstance atténuante si l'Autorité est amenée à ouvrir un cas concernant cette infraction.

L'Autorité ne considérera pas à l'inverse l'existence d'un programme de conformité comme une circonstance aggravante, même s'il s'avère que ce sont des mandataires sociaux ou des dirigeants qui ont participé à l'infraction en dépit de leur engagement de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme de conformité mis en place par l'entreprise ou l'organisme en cause.

La mise en place d'un programme de conformité efficace en droit de la concurrence représente donc un enjeu majeur et une véritable opportunité pour les entreprises. ■

ATHENE CHANTER, CHARLOTTE BEAUCHATAUD

## Streamlining the UK's Competition Regime



Avocat  
Allen & Overy LLP



Avocat  
Allen & Overy LLP

In October 2010, the UK Government (the **Government**) announced its plans to strengthen the competition regime by merging the Competition Commission (the **CC**) and the functions relating to competition of the Office of Fair Trading (the **OFT**). Following a detailed consultation process<sup>1</sup>, the Government published on 15 March 2012 its proposals for the reform of the UK competition regime. These final proposals are largely as expected and are on the whole welcome.

### Main elements of the reform

- Merger of the OFT and of the Competition Commission to create the Competition and Markets Authority, which will be fully operational by April 2014
- Merger notification regime to remain voluntary but will be subject to a number of procedural changes
- Removal of the dishonesty requirement from the cartel offence and a possible exemption for agreements if details are published before implementation
- Sector regulators to have a duty to consider whether to use their antitrust powers over sectoral powers
- Market investigation regime to be expanded

<sup>1</sup> This extensive consultation process showed that a majority of the participants felt that the current regime was too complicated and allowed for too much work duplication.

### Introduction

The UK Competition Regime is widely considered as being both efficient and competent. However, the Government held there was scope for improvement and launched a consultation (the **Consultation**) in March 2011 in view of implementing potential reforms. The objectives of this reform are to simplify and strengthen the UK competition landscape. The Consultation included various proposals and sought respondents' views on which of these proposals would best achieve the Government's aims. The Government received more than 100 detailed responses and, after a long review period, published its response<sup>2</sup> (the **Response**) in which it stated that "*by boosting the efficiency of the regime, [the] proposals will enable the competition authority to take forward more high impact cases, increasing deterrence and benefiting new and innovative business and thus the consumer*"<sup>3</sup>. On the whole the changes proposed are mainly as expected and the creation of a single competition authority was welcomed by most respondents. The proposals are subject to Parliamentary timing and approval, however it is intended that the changes be fully implemented by April 2014.

<sup>2</sup> BIS (Department for Business Innovation & Skills) – Growth, Competition and the Competition Regime – Government Response to Consultation – March 2012

<sup>3</sup> BIS (Department for Business Innovation & Skills) – Growth, Competition and the Competition Regime – Government Response to Consultation – March 2012



### A new body: the Competition and Markets Authority

The main proposal is the creation of a new single competition authority: the Competition and Markets Authority (the CMA). Its primary duty will be to promote “*effective competition in markets, across the UK economy and for the benefit of consumers.*”<sup>4</sup>

According to the Business Minister Norman Lamb, there is a need for “*a simpler, more streamlined structure so that a single competition authority can provide strong leadership and improve the speed and quality of decisions for business. Above all competition drives prices down and quality up, which benefits consumers and improves UK productivity and growth.*”<sup>5</sup>

The CMA will combine the functions of the CC as well as the competition functions of the OFT. It will be responsible for merger regulation, market investigations, cartel and other competition cases, plus a number of regulated utilities functions. The Government believes this will help promote greater coherence within the UK competition system, faster and less burdensome processes for undertakings as well as efficient resource utilisation. Furthermore, a single UK competition authority is likely to carry greater weight as a competition regulator at an international level.

The CMA will be established as a non-ministerial body. It will be governed by an independent board but will be ultimately accountable to Parliament. The board will be responsible for overall strategy, performance, rules and guidance and for all phase I decisions<sup>6</sup>.

The creation of the CMA results from the desire of the Government to promote efficiency and to ensure “*the effective use of scarce public resources*”<sup>7</sup>.

4 BIS (Department for Business Innovation & Skills) – Growth, Competition and the Competition Regime – Government Response to Consultation – March 2012

5 Announcement of the creation of a single Competition and Markets Authority by Business Minister Norman Lamb dated 15 March 2012

6 Currently phase I is the first phase of a merger investigation which is carried out by the OFT. The OFT has a duty to refer mergers to the CC (phase II) where it believes that there is, or may be, a relevant merger situation that has resulted, or may be expected to result, in a substantial lessening of competition in the UK.

7 Speech of John Fingleton (Chief Executive, Office of Fair Trading) at the Law Society Competition Section Annual Conference, 25 May 2011 – The future of the competition regime: increasing consumer welfare and

Whether significant cost savings may be achieved by the creation of a single competition authority remains to be seen. However, there are a number of other advantages resulting from merging the OFT and the CC, for example with regard to merger cases which are referred to phase II investigation. As the situation currently stands, the CC must rapidly get up to speed with the investigation, which effectively means reviewing the case from the beginning. By creating a single authority, it is hoped a lot of duplicate work will be avoided in the future.

### Merger control

Despite considering the possibility of the adoption of a mandatory merger regime, the Government decided to retain the current voluntary regime of merger notifications. Administrative measures relating to mergers will, however, be tightened. To this end, the Government has increased the powers of the CMA with regard to interim measures, in particular in phase I. The CMA will also be granted the power to suspend all integration steps of proposed mergers as well as the power to reverse steps already taken. It has also been proposed that the CMA be granted the power to impose a penalty of up to 5% of the undertaking’s worldwide turnover for breaches of the CMA’s interim measures order.

Although the mergers will be wholly adjudicated by the CMA, the current system of separate phase I and phase II investigations will be maintained. Phase I decisions will be taken by the CMA board (which will have the power to delegate most of the decision-making to executives and senior staff). Phase II decisions will be taken by a panel of independent experts.

New statutory time limits will impose a forty working day limit on phase I investigations. Furthermore, parties will now have five working days following the publication of the phase I decision to offer undertakings, in order to avoid a reference to phase II. Following that, the CMA will take five working days to consider the undertakings and to decide whether to pursue them. If so, the parties and the CMA will have a further forty working days to negotiate the text of the undertakings, consult and publish their acceptance.

economic growth

There will be no change to the current twenty-four week limit for phase II investigations. The Government will introduce a twelve week time limit for agreement of remedies in phase II cases (although this time period may be extended for special reasons). A six month limit with regard to the implementation of such remedies will also be imposed. This represents a considerable procedural tightening compared to the present regime, under which it has taken much longer for remedies to be implemented.

Finally, the Government has confirmed filing fees will be increased in order to place less of a burden on the taxpayer. This means that fees for a large merger (where the turnover of the target exceeds £120 million) will rise from £90,000 to £160,000. Fees for smaller mergers will also be significantly increased.

The Government's decision to largely retain the current system was widely welcomed as it is generally considered to be efficient in its screening of anti-competitive mergers.

### Market investigations

Market investigations allow the UK competition authorities to investigate markets where particular features of the market may give rise to anti-competitive effects which may not be caught by other competition law rules. In some cases, there may be no wrongdoing on the part of the undertakings involved in terms of unlawful conduct, but there may still be adverse effects on competition which give rise to consumer harm. These market investigations are similar in some respects to the EU sector inquiries, however, they may result in remedies being implemented.

The Response provides for two major changes concerning market investigations. First of all, the CMA will be granted the power to investigate practices across different markets and secondly, the Secretary of State will be able to request that the CMA investigate public interest issues, alongside competition issues, during a market investigation reference.

Furthermore, new time limits for both phase I and phase II of market investigations have been proposed. Notably, the time period for a phase II market investigation will be reduced from twenty-four months to eighteen, subject to this period being extended in the case of complex circumstances.

### Cartel offence

The Government proposes to amend the criminal cartel offence<sup>8</sup> by removing the dishonesty requirement, therefore widening the scope of the offence. Under current law, an individual will be guilty of the offence simply by agreeing to engage in the illicit act. The removal was advocated by the Government because it considered that the deterrent of the current cartel effect was not strong enough and that by removing the dishonesty requirement, the law would become more enforceable.

The Government will, nonetheless, introduce an exemption which will be applicable if the parties have agreed to publish the details of the arrangement in question before they are implemented. In addition, in order to establish whether an offence has been committed, proof of intention to enter into an agreement and to engage in the carrying-out of the arrangements in question will have to be established.

Since the cartel offence was introduced in 2003, the OFT has not been very effective in prosecuting the offence and securing convictions<sup>9</sup>. One of the main difficulties faced is establishing whether the defendant has indeed engaged in the illegal activities "dishonestly". The Government holds that the removal of the dishonesty requirement will allow for a more objectively measurable way of determining whether an offence has been committed. The removal will also simplify prosecutions and therefore increase the deterrent effect.

<sup>8</sup> The cartel offence was introduced by the Enterprise Act 2002. According to the OFT's Guidance on the Cartel Offence, it consists of «*a criminal offence for individuals who dishonestly engage in cartel agreements*». The cartel offence was created to «*deter individuals against engaging in cartel activity and supplement the deterrent provided by the threat of financial penalties under the Competition Act for the undertakings involved*».

<sup>9</sup> Only two cases have been prosecuted up until now: in connection with the Marine Hoses cartel and the BA/Virgin fuel surcharge cases.

### Antitrust enforcement

With regard to the antitrust enforcement (i.e. cartels and other anticompetitive conduct), the Government decided to preserve and enhance the current regime for the investigation and enforcement of Competition Act 1998 matters<sup>10</sup>. Specific timetables and a series of measures aimed at making the CMA's decision making more transparent will be introduced.

The existing rights of appeal to the Competition Appeal Tribunal (the CAT) will not be amended, but the new legislation will require that adequate financial penalties be imposed (i.e. penalties which reflect the seriousness of the infringement and the need for deterrence). The CAT will also be required to take into account statutory guidance when determining the amount of the fine.

### Sector regulators

Competition law is enforced in the UK principally by the OFT. However, in certain industries (e.g. water, rail, communications, energy, etc.), the sector regulators have been given 'concurrent powers' to apply and enforce competition law<sup>11</sup>. The Government has decided not to make any changes to the concurrent competition powers for the different industry sector regulators. There will be, however, a new requirement for the sector regulators to clearly determine whether the use of their competition powers would not be more appropriate to promote competition in certain cases than their sectoral powers. This is in order to strengthen competition law's primacy over sectoral regulation. The CMA and the sector regulators will also be encouraged to work more closely together.

In addition, the CMA will be granted powers allowing it in certain circumstances to take over investigations started by the industry regulator. The fact that the Government has decided to maintain the sector regulator's powers is interesting as the aim of this reform is to streamline the UK competition landscape through the creation of the CMA. It will also be interesting to see what the sector regulators' reaction will be should the CMA decide to exercise its powers of taking over their cases.

### Conclusion

Although there are qualms with regard to the fact that there will no longer be a completely independent body to deal with phase II of complex cases, the proposed changes have been welcomed, in particular with regard to the introduction of time limits which will increase legal certainty, notably for businesses undergoing investigation.

Aside from the merging of the OFT and CC, the proposed changes have more of an evolutionary aspect than a revolutionary one. It will be interesting now to see whether these changes will indeed streamline processes and make the UK competition system more efficient. As the CMA will play an important role in achieving these aims, the merging of the two institutions is a key element of the reform. ■

<sup>10</sup> The Competition Act came into force on 1st March 2000. The Act addresses two key areas of anti-competitive behaviour, i.e. anti-competitive agreements and abuse of dominant market position

<sup>11</sup> Up to now there have been however very few Competition 1998 decisions or market investigation references made by the regulators.

JOSEPH KAMGA, VÉRONIQUE GONCALVES

## *Subventions publiques et incidence sur la concurrence dans le secteur d'aéronefs civils gros porteurs : la fin de la bataille Boeing – Airbus ?*



Doctorant à l'École de Droit de la Sorbonne  
Diplômé de Master 2 Professionnel  
Droit des contentieux  
Membre de l'INEADEC, de l'UNIDA  
et de l'AEDJ



Avocat au Barreau de Paris  
Chargée d'enseignement à l'Université  
Arbitre (Centre Permanent de Médiation  
et d'Arbitrage du CADEV - Cameroun)

### **– ÉTATS-UNIS – MESURES AFFECTANT LE COMMERCE DES AÉRONEFS CIVILS GROS PORTEURS<sup>1</sup> (DEUXIÈME PLAINTE)**

#### **Introduction**

1. Le marché des aéronefs civils gros porteurs (LCA) est caractérisé par une rude concurrence entre ses deux acteurs majeurs, considérés comme des entreprises ultra stratégiques des États-Unis et de l'Union européenne. En effet, depuis la création d'Airbus en 1970, le marché de l'aviation civile est largement dominé par deux grandes puissantes firmes, Airbus et Boeing. L'américain Boeing, fondé en 1916 a vu, avec la création d'Airbus, la transformation du marché de l'avion civil de grande capacité d'une situation de quasi-monopole à une situation de quasi-duopole. Ce marché, prisé et fermé, est un duopole concurrentiel entre ces deux acteurs et caractérisé par une rude concurrence en termes de prix et de qualité des produits. En fait, en situation de concurrence duopolistique, la théorie économique prévoit que chaque duopoleur peut être incité, afin de gagner les parts de marché, à "casser les prix" par rapport à son rival, soit par une politique de prix agressive, soit en développant une politique de « Recherche et Développement efficace ».

1 Aux termes de l'accord de 1992, sont considérés comme des aéronefs civils gros porteurs ceux de 100 places et plus.

Comme dans chaque marché, la stratégie commerciale des acteurs du marché des aéronefs civils gros porteurs les conduit souvent à fixer les prix de leurs produits de façon à évincer le concurrent du marché. Pour parvenir à ce but, ils utilisent divers procédés. En général, c'est par le biais des subventions publiques que les États parviennent à soutenir les fleurons de leurs industries aéronautiques, quitte à provoquer des distorsions de la concurrence entre les acteurs de ce secteur économique où les multiples barrières à l'entrée permettent à ceux déjà présents sur le marché de se livrer une véritable guerre économique. La tentation de porter atteinte aux règles de la concurrence est d'autant plus élevée que l'écart entre les deux acteurs est mince. En effet, l'américain Boeing reste le leader du marché des aéronefs civils gros porteurs avec un chiffre d'affaires consolidé au premier trimestre 2012 de 53,7 milliards d'euros de chiffre d'affaires, contre 49,1 milliards pour son concurrent européen EADS<sup>2</sup> (maison mère d'Airbus).

2. Prenant acte des effets nocifs de ces subventions publiques sur la concurrence, les États-Unis et les Communautés européennes, après de multiples négociations, ont abouti en 1992 à la signature d'un accord bilatéral concernant le commerce des

2 <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/aeronautique-defense/20120531trib000701306/eads-tom-enders-arrive-arnaud-lagardere-deserte.html>, consulté le 31 mai 2012.

aéronefs civils gros porteurs<sup>3</sup>. Cet accord portait principalement sur les formes et les limites des subventions étatiques et avait pour but de réguler et d'équilibrer le commerce d'avions civils pratiqué par les deux avionneurs. De même, les États membres de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) ont entendu encadrer les usages des subventions par les États dans le secteur industriel en signant les Accords sur les subventions et les mesures compensatoires, dit "Accord SMC". Ces accords s'appliquent aux produits industriels et traitent de deux questions distinctes mais étroitement liées: les disciplines multilatérales<sup>4</sup> qui régissent l'octroi de subventions, et le recours à des mesures compensatoires<sup>5</sup> (mesures unilatérales) en vue de neutraliser le dommage causé par des importations subventionnées.

Ces accords visent à éviter les distorsions causées par les interventions étatiques qui viennent fausser le jeu de la libre-concurrence et portent atteinte au commerce international. Au titre de ces accords, un pays qui considère soit qu'une subvention prohibée est octroyée, soit qu'il subit un dommage dû à l'octroi d'une subvention permise, peut saisir l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC. Lorsque les effets défavorables prennent la forme d'un "dommage important" subi par la branche de production nationale, le pays importateur peut, au lieu de recourir aux procédures de règlement des différends, appliquer des droits compensateurs aux produits subventionnés importés<sup>6</sup>.

3. Le présent différend concerne un recours formé par les Communautés européennes auprès de l'Organe de Règlement des différends (ORD), en cause d'appel, à l'encontre de toute une série de subventions qui, d'après les allégations, étaient accordées par les États-Unis à la société Boeing en

relation avec la construction d'aéronefs civils gros porteurs ("LCA"). Le consortium des États européens promoteur de l'avionneur Airbus soutient « *que certaines mesures appliquées par le gouvernement fédéral, les États et les autorités locales des États-Unis accordaient à Boeing des subventions qui étaient incompatibles avec les obligations des États-Unis au regard des règles de l'OMC. Selon elle, Boeing avait bénéficié, au cours des dernières décennies, de milliards de dollars de subventions accordées à la recherche-développement aéronautique par la NASA et le Département de la défense des États-Unis. L'UE a dit que Boeing avait également bénéficié d'allègements fiscaux fédéraux au titre de la législation relative aux sociétés de vente à l'étranger et à l'exclusion des revenus extraterritoriaux. Elle a ajouté que Boeing avait obtenu un grand nombre de subventions des États et des autorités locales dans les États de Washington, du Kansas et de l'Illinois. Elle espérait que, étant donné les effets défavorables et incompatibles avec l'OMC que suscitaient depuis longtemps les subventions du gouvernement fédéral, des États et des autorités locales des États-Unis, les États-Unis agiraient rapidement pour s'acquitter de leurs obligations et retirer les subventions ou en éliminer les effets défavorables dans le délai de six mois prévu par l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires (article 7.9). L'UE demeurerait prête à travailler avec les États-Unis pour atteindre cet objectif* »<sup>7</sup>.

Les États-Unis de leur côté soutiennent que « *le différend relatif à Boeing découlait de leur volonté de contester, sept ans plus tôt, l'aide au lancement, la forme de financement accordée par les États membres de l'UE pour le développement d'avions d'Airbus, que la société n'était pas tenue de rembourser en cas d'échec* ». Selon eux, ces subventions étaient octroyées pour chaque avion produit par Airbus et produisaient des effets défavorables considérables sur leur commerce. Les États-Unis ont soulevés qu'en riposte à ce différend, l'Union Européenne avait fait valoir que leurs subventions étaient plus élevées et faussaient davantage les échanges. Ils ont également indiqué que les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel avaient établi le bien-fondé de leur position. Les États-Unis ont ajouté que la plupart des allégations d'effets défavorables for-

3 Les États-Unis et les Communautés Européennes ont conclu, le 17 juillet 1992, l'Accord bilatéral Communautés européennes - États-Unis relatif aux aéronefs civils gros porteurs (l'Accord de 1992).

4 Dans le jargon de l'OMC, les disciplines multilatérales sont les règles au regard desquelles une subvention peut être accordée ou non par un Membre.

5 Les droits compensateurs sont une mesure unilatérale, qui peut être appliquée par un Membre une fois que celui-ci a procédé à une enquête et déterminé qu'il a été satisfait aux critères énoncés dans l'Accord SMC.

6 Toutefois, ces droits ne peuvent être perçus que si une enquête menée au niveau national et sur la base d'une demande présentée par la branche de production concernée a établi que les importations subventionnées causent un préjudice à la branche de production nationale. Les pays ne peuvent pas appliquer de droits compensateurs aux produits bénéficiant de subventions qui ne donnent pas lieu à une action.

7 Voir [http://www.wto.org/french/news\\_f/news12\\_f/dsb\\_23mar12\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news12_f/dsb_23mar12_f.htm), consulté le 31 mai 2012.

mulées par l'Union Européenne étaient rejetées dans ces rapports<sup>8</sup>. Sur appel de l'Union européenne et des États-Unis, l'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté, le 23 mars 2012, les rapports du Groupe spécial<sup>9</sup> et de l'Organe d'appel qui avaient examiné les subventions accordées par les États-Unis à la branche de production des aéronefs civils.

4. Comme le prévoit le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends à l'OMC, le Groupe spécial a pour mandat d'examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des Accords sur les subventions et les mesures compensatoires, la question portée devant l'ORD par les États-Unis ; mais aussi de faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit accord<sup>10</sup>. Il doit également procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et enfin de formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés. Le Groupe spécial devait avoir régulièrement des consultations avec les parties au différend et leur donner des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante<sup>11</sup>. Cependant, compte tenu de la complexité des questions de fond soulevées dans cette affaire et de sa spécificité, le Président du Groupe spécial constitué par l'ORD a, le 13 avril 2006, informé l'ORD que le Groupe spécial ne serait pas en mesure d'achever ses travaux dans le délai de six mois prévu à la procédure.

8 Ibid.

9 Le Groupe spécial a été établi le 17 février 2006 pour examiner une plainte présentée par les Communautés européennes concernant un certain nombre de mesures des États Unis affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs («LCA»). Les Communautés européennes ont allégué que les États Unis avaient accordé des subventions à leurs producteurs de LCA, à savoir la société Boeing et McDonnell Douglas Corporation (avant sa fusion avec Boeing), et que ces subventions étaient prohibées et/ou pouvaient donner lieu à une action en vertu de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'«Accord SMC»).

Les allégations formulées par les Communautés européennes devant le Groupe spécial concernaient des mesures de trois États des États-Unis et des municipalités s'y trouvant, ainsi qu'un certain nombre de mesures du gouvernement fédéral des États Unis, qui, d'après les allégations, procureraient toutes des subventions à Boeing, et qui sont mentionnées ci-après

10 Voir l'article 7 alinéa du Mémoire d'accord suscitée.

11 Voir l'article 11 du Mémoire d'accord.

5. Après plus de cinq années de travaux du Groupe spécial et onze mois d'examen en appel, l'Organe d'appel recommande que l'ORD demande aux États-Unis de mettre leurs mesures, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord SMC, en conformité avec leurs obligations au titre de cet accord. Plus précisément, compte tenu de la recommandation faite par le Groupe spécial au paragraphe 8.9 de son rapport et des dispositions de l'article 7.8 de l'Accord SMC, l'Organe d'appel recommande que les États-Unis prennent des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables dont il a été constaté qu'ils avaient été causés par leur recours à des subventions, ou pour retirer ces subventions.

### I- La nature des subventions prohibées par les Accords SMC

6. Il ressort des constatations de l'Organe d'appel de l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC que les États-Unis ont octroyé à l'avionneur Boeing des subventions de natures diverses ayant produit des effets de distorsion de la concurrence sur le marché des aéronefs civils gros porteurs. Avant d'analyser les différentes subventions accordées illégalement à l'avionneur Boeing (B), il convient de définir ce qu'il faudrait entendre par subvention dans le jargon de l'OMC (A).

#### I.1. Le sens du terme « subvention » selon les Accords SMC

7. Dans le langage de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires<sup>12</sup> (Accord SMC) adopté à l'issue du cycle d'Uruguay en 1994, une branche de production est réputée avoir reçu une subvention si un *avantage* lui est conféré par suite d'une des pratiques suivantes :

- Transfert direct de fonds publics (dons, prêts et participations au capital social, par exemple) ou garanties publiques de prêts ;
- Abandon de recettes publiques qui auraient dû normalement être perçues ;
- Fourniture de biens ou de services, ou achat de biens par les pouvoirs publics.

12 L'objectif de l'Accord SMC est d'éviter les distorsions dues aux interventions étatiques et qui viennent fausser le jeu de la libre-concurrence.

L'article 1<sup>er</sup> alinéa 1 des Accords SMC dispose que : « Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre ». Ces contributions peuvent prendre la forme d'un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt); des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt). Il y a également contribution financière si les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens; si les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics<sup>13</sup>.

On le voit, la notion de l'avantage reçu des pouvoirs publics permet d'évaluer objectivement, de constater si une mesure constitue une subvention. Les subventions sont considérées comme des mesures pouvant « conférer des avantages à leurs bénéficiaires, de nature à perturber les rapports concurrentiels normaux entre produits similaires de différentes origines et, partant, à fausser le commerce international »<sup>14</sup>. En droit du commerce international, il existe deux types généraux de subventions: les subventions à l'exportation et les subventions intérieures. Une subvention à l'exportation est un avantage conféré à une entreprise par les pouvoirs publics qui est subordonné aux exportations. Une subvention intérieure est un avantage qui n'est pas lié directement aux exportations<sup>15</sup>. En règle générale, on peut dire qu'une mesure publique qui n'est pas compatible avec des considérations commerciales confère un avantage aux opérateurs de la branche de production qui en bénéficient. Ainsi, lorsque l'État prend une participation au capital d'une

entreprise stratégique à des conditions qu'un investisseur privé n'accepterait pas, accorde un prêt à des conditions plus favorables que celles offertes par les banques commerciales ou fournit un bien ou un service à un prix inférieur au prix du marché, il est probable que ces actions confèrent un avantage et puissent donc constituer une subvention. Une subvention consiste en « toute contribution financière des pouvoirs publics aux entreprises, ou toute forme de soutien des revenus ou des prix, qui leur confère un avantage »<sup>16</sup>.

L'Accord ne vise pas à limiter indûment le droit des gouvernements d'accorder des subventions, mais cherche à leur interdire ou à les dissuader d'utiliser des subventions qui ont des répercussions défavorables sur le commerce d'autres pays. À cet effet, il distingue deux catégories de subventions: celles qui sont prohibées et celles qui sont permises.

## I.2. Les catégories des subventions illégalement perçues par l'avionneur Boeing

8. Les gouvernements accordent des subventions à leurs entreprises pour atteindre différents objectifs : promouvoir le développement de nouvelles branches de production, encourager l'investissement et l'établissement d'entreprises dans les régions défavorisées du pays, aider les industries à développer leurs exportations, améliorer les infrastructures de production industrielle. Mais ils ne peuvent, en vertu de leurs engagements internationaux, octroyer des subventions qui sont interdites. L'accord SMC classe les subventions en trois catégories, chacune de ces catégories répondant à des règles spécifiques. La première catégorie vise les subventions qui sont considérées comme faussant les échanges et qui sont donc prohibées. La seconde catégorie vise des subventions qui peuvent fausser les échanges lorsqu'elles créent des distorsions sur le marché. Finalement, la troisième catégorie comprend les subventions qui sont considérées comme ne faussant pas les échanges et qui, de ce fait, sont licites en regard du droit de l'OMC. Ce qui était reproché aux États-Unis par les Communautés européennes dans l'affaire « États-Unis – mesures affectant le commerce des avions civils gros porteurs » (deuxième plainte, Décision WT/

13 Voir article 1 de l'Accord SMC.

14 David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce - Analyse critique*, 2004, éd. Bruylant, Bruxelles, p. 456.

15 [http://www.wto.org/french/thewto\\_f/glossary\\_f/subvention\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/subvention_f.htm)

16 David LUFF, *Op. Cit.*, p. 257.

DS353/AB/R), était d'avoir recouru aux subventions prohibées pour soutenir l'entreprise Boeing dans la perspective de renforcer ses ventes d'aéronefs civils gros porteurs à l'étranger. Pour ce faire, les États-Unis avaient versé des subventions à la fois directes (1) et indirectes (2) à l'avionneur Boeing.

### 1.2.1. Les subventions directes prohibées perçues par Boeing

9. Elles consistent pour l'essentiel en des subventions à l'exportation, c'est-à-dire des subventions subordonnées aux résultats des ventes des aéronefs civils de grande capacité de Boeing à l'exportation (principalement le Boeing 787 Dreamliner). Elles sont prohibées parce qu'elles visent, comme l'avait précisé le Groupe spécial dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, « *expressément à affecter le commerce* »<sup>17</sup>. L'Organe d'appel de l'ORD constate que différentes personnes publiques américaines auraient ainsi transféré, de diverses manières, des ressources économiques à la branche de production des aéronefs civils gros porteurs de Boeing. Ces subventions ont pris la forme à la fois d'un transfert de fonds, de l'abandon de recettes publiques normalement exigibles ou de la fourniture de biens ou de services. Ainsi, les subventions FSC/ETI étaient obtenues à la livraison de chaque avion civil gros porteur exporté par Boeing. Ces subventions affectent directement le prix du produit et elles sont subordonnées à l'exportation, et génèrent *per se* des effets de distorsion des échanges.

D'autres ressources accordées à Boeing sont des incitatifs fiscaux visant principalement, bien que pas exclusivement, des contributions qui auraient été accordées dans le cadre du développement du Boeing 787 Dreamliner dont la mise en service constituait un enjeu majeur pour les États-Unis dans la bataille technologique et commerciale face à l'A380 d'Airbus. Le Groupe spécial a constaté que les incitations fiscales au titre du Projet de loi n° 2294 de l'État de Washington et les régimes d'imposition fédéraux FSC et ETI

constituaient des subventions prohibées au sens de l'article 3.1 a) et en violation de l'article 3.2 de l'*Accord SMC*.<sup>18</sup> Ainsi le Groupe spécial précise que « *c'est précisément parce que les subventions FSC/ETI sont subordonnées à la réalisation de ventes à l'exportation par Boeing que nous sommes habilités à déterminer, en l'absence d'éléments de preuve fiables du contraire, qu'en raison de leur nature même, elles auront des effets de distorsion des échanges* »<sup>19</sup>. Rappelons que les États-Unis ne sont pas les premiers à qui l'on a reproché d'avoir octroyé des subventions conditionnées à l'exportation dans le marché de l'aviation civile. Le Canada avait déjà, le 18 juin 1996, reproché au Brésil d'octroyer certaines subventions à l'exportation par l'entremise du programme PROEX aux acheteurs étrangers d'aéronefs civils fabriqués par le constructeur aéronautique brésilien Embraer<sup>20</sup>.

L'état de Washington a signé un Mémorandum d'accord avec Boeing qui visait l'édification d'une usine d'assemblage pour la construction du Boeing 787<sup>21</sup> et comportait des mesures d'abandon des recettes fiscales. La loi 2294 adoptée par l'Assemblée législative de l'état de Washington contenait quant à elle cinq mesures fiscales ayant essentiellement pour effet de réduire la taxe d'affaire et d'occupation de l'état de Washington<sup>22</sup>.

18 Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 a) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 24).

19 Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1810.

20 AMBRAER est le troisième plus grand constructeur du secteur aéronautique dans le monde après Boeing et Airbus. Elle est le plus grand fabricant des jets privés en demande « à la carte ». Son siège est situé dans l'État de Sao Paulo. Son principal concurrent est le canadien Bombardier.

21 Lors de l'annonce par Boeing du lancement du 787, 19 états américains étaient en lice pour accueillir l'usine d'assemblage. C'est toutefois l'état de Washington qui a emporté la mise avec ses incitatifs fiscaux offerts. Certaines estimations établissent que la présence de cette usine d'assemblage générerait plus de 18 000 emplois dans l'état de Washington ainsi que des revenus fiscaux annuels pour l'état évalués à environ 18 millions \$US. Sur la base d'une aide de la part de cet état qui pourrait atteindre jusqu'à 3,2 milliards de \$ US, il est toutefois loin d'être certain que l'état fasse ses frais. Alexander R. COLLINS, « *Is the Regulation of State-Aid a Necessary Component of an Effective Competition Law Framework* », [2005] EBLR, 379, 391.

22 Ces mesures sont : réduction du taux de l'impôt B&O (sur les activités) ; crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques, et les impôts sur la propriété ; exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour les ordinateurs et pour les services de construction et les équipements ; exonérations des

17 Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.26.



D'autres subventions directes prohibées concernaient le soutien de l'État du Kansas qui a approuvé pour sa part l'émission d'obligations par le *Kansas Development Finance Authority* à Boeing pour un montant de 500 millions \$US afin de financer les installations en charge du fuselage avant du Boeing 787 ; ainsi que le soutien de l'État de l'Illinois et de la ville de Chicago. Il leur est reproché *inter alia* diverses incitations fiscales, une aide à la relocalisation du siège de Boeing, des dons pour le développement ainsi que la mise à la disposition d'un siège pour Boeing sans payer de loyer.

### I.2.2. Les subventions indirectes prohibées perçues par Boeing

10. Les subventions indirectes sont celles qui, à première vue, ne semblent pas avoir pour effet de contribuer à faire baisser les prix du produit, mais qui, prises ensemble avec des subventions directes, concourent à les baisser plus ou moins. Pour savoir s'il existe une subvention indirecte, les précédents de l'OMC renvoient à la théorie de l'existence de « conditions préalablement définies » par les personnes publiques. Par exemple, il y a subvention indirecte lorsque la liberté d'action de certaines entreprises privées, qui sont coupées du marché par l'entreprise mise en cause, est limitée de la même façon qu'elle le serait si elle faisait partie des pouvoirs publics. Par conséquent, cette société est contrainte d'agir d'une façon qui ne diffère pas véritablement de la façon dont les pouvoirs publics eux-mêmes auraient agi pour soutenir l'entreprise mise en cause.

11. Dans l'affaire Boeing, le Groupe spécial avait constaté que les pouvoirs publics américains ont octroyé des subventions indirectes (prohibées) à l'avionneur Boeing. Ainsi, dans son rapport du 31 mars 2011, le Groupe spécial avait accédé aux allégations des Communautés européennes qui accusaient la NASA, « agissant sur la base de la National Aeronautics and Space Act de 1958 », d'avoir transféré à Boeing des ressources économiques et technologiques à des conditions plus favorables que celles qui sont offertes sur le marché ou autrement que dans des conditions de libre-concurrence. Ainsi, il a constaté que « *l'accès aux installations, équipements et employés*

*accordés à Boeing en vertu des contrats d'achat de R&D de la NASA*<sup>23</sup> en cause constituait une fourniture de biens ou de services et, par conséquent, une contribution financière, au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC »<sup>24</sup>. Cette constatation a été confirmée par l'Organe d'appel de l'ORD dans son rapport du 12 mars 2012 qui précise que « *les versements et l'accès aux installations, équipements et employés accordés en vertu des contrats d'achat de la NASA conféraient un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC* »<sup>25</sup>. Ces subventions ont des effets indirects sur les prix en raison de la disponibilité anticipée de produits novateurs sur le plan technologique comme le Boeing 787, ce qui a obligé Airbus à abaisser, par exemple, les prix de son A330 pour être en mesure d'affronter la concurrence livrée par Boeing. Le deuxième effet indirect sur les prix découle des effets "technologie" ou "produit" des subventions pour la R&D des États Unis. Les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel qui avaient constaté la réalité des subventions octroyées par les États-Unis à la branche de production des aéronefs civils gros porteurs ont été validés le 23 mars 2012 par l'Organe de règlement des différends (ORD).

### II – L'impact des subventions sur la concurrence entre opérateurs économiques

12. L'ouverture des économies à la concurrence, la libéralisation et la mondialisation des échanges, l'appartenance à des ensembles régionaux intégrés tel l'Union européenne, créent une antinomie entre concurrence et aides qui peuvent la fausser.

Mais, comme il l'a été rappelé, toutes les aides ne sont pas condamnables. Il peut y avoir aussi des circonstances où elles sont nécessaires, et les États, comme les institutions européennes

23 En effet, le Groupe spécial a constaté que la NASA avait accordés à Boeing par le biais de contrats et accords de R&D passés avec Boeing dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique suivants: i) Advanced Composites Technology («ACT»); ii) High Speed Research («HSR»); iii) Advanced Subsonic Technology («AST»); iv) High Performance Computing and Communications («HPCC»); v) Aviation Safety («AS»); vi) Quiet Aircraft Technology («QAT»); vii) Vehicle Systems («VS»); et viii) Research and Technology Base («R&T Base»), voir Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.944 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 476.

24 Voir le Rapport de l'organe d'appel de l'ORD (WT/DS353/AB/R), p. 203, n° 434.

25 Ibid. p. 646.

droits d'accise sur la location à bail; et exonérations de l'impôt sur la propriété.

ou internationales, continuent d'y avoir recours dans le cadre de leurs politiques d'intervention économiques et sociales. Les diverses autorités de régulation de la concurrence, aux niveaux national, européen et international ont donc pour mission de discipliner l'usage de ces aides.

**13.** Ainsi, au niveau européen, l'article 87 du traité CE déclare incompatibles avec le marché intérieur « *dans la mesure où elles affectent le commerce entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

L'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires soumet également à des normes le recours à des subventions et réglemente les mesures que les pays peuvent prendre pour compenser les effets de subventions.

Aux termes de l'Accord, un pays peut faire appel à la procédure de règlement des différends de l'OMC pour obtenir le retrait d'une subvention ou la suppression de ses effets défavorables.

Il peut aussi engager lui-même une enquête qui aboutira à l'imposition d'un droit supplémentaire (appelé "droit compensateur") sur les importations subventionnées dont il est constaté qu'elles portent préjudice aux producteurs nationaux.

**14.** Comme indiqué précédemment, l'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce a publié le 13 mars 2012 son rapport sur le différend concernant Boeing, confirmant que l'avionneur américain avait bien reçu plusieurs milliards de dollars d'aides illégales et reconnaissant ainsi que ces subventions causent un préjudice grave aux intérêts des Communautés Européennes.

**15.** Rappelons que sur la plainte américaine deux constats avaient été établis et confirmés par l'Organe d'appel en 2011 : certaines mesures d'aides accordées par les Communautés Européennes étaient spécifiques et causaient des effets défavorables aux intérêts des États-Unis, elles devaient être éliminées au plus vite ; d'autres mesures constituaient des subventions prohibées à l'exportation et devaient être retirées dans un délai de 90 jours.

En outre, si les juges ont confirmé l'existence de subventions spécifiques causant un préjudice grave aux intérêts américains, ils n'ont pas confirmé l'existence de subventions à l'exportation. Cette dernière mesure ne devait donc plus faire l'objet d'un retrait.

**16.** Une partie du raisonnement qui a été mené tant par le Groupe spécial que par l'Organe d'Appel a consisté à analyser les effets que pouvaient avoir les subventions accordées tant par les États-Unis que par les Communautés Européennes à la branche de production des avions civils gros porteurs.

**17.** Il convient de rappeler qu'*«une aide d'Etat implique généralement un conflit d'intérêts entre, d'une part, les agents économiques qui en bénéficient et, d'autre part, leurs concurrents dans les autres États membres qui, corrélativement, se trouvent mis dans une position moins favorable sur le marché communautaire que celle qui serait normalement la leur* »<sup>26</sup>.

Les effets des subventions allouées en l'espèce ont été examinés au regard, notamment du détournement ou de l'entrave occasionné sur le marché, mais également de la perte de ventes notable ou encore de l'empêchement notable de hausses de prix. Le Groupe spécial ayant dans un premier temps examiné les effets des subventions sur les prix et les offres de produits de Boeing sur les marchés de produit pertinents, puis dans un second temps, il a examiné les effets que les subventions, par le biais de leurs effets sur Boeing, avaient sur les prix et les ventes d'Airbus sur les mêmes marchés de produit.

Le Groupe spécial a par ailleurs ajouté qu'il procéderait à une évaluation des éventuels facteurs de non-imputation aux deux étapes de son analyse intégrée du lien de causalité.

Il a estimé qu'en procédant selon l'approche qu'il avait présentée, il pourrait ainsi déterminer « *s'il y {avait} un rapport réel et substantiel de cause à effet entre la subvention en question et le détournement ou l'entrave, la perte de ventes notable ou l'empêchement notable de hausses de prix* ».

<sup>26</sup> 9<sup>ème</sup> Rapp. de la Commission européenne sur les aides d'Etat dans l'Union européenne, 18 juill. 2001

## II.1. Les effets des subventions sur la concurrence dans le commerce international

18. La première analyse qui a été opérée par le Groupe spécial a consisté à déterminer dans quelle mesure les subventions, notamment les subventions FSC/ETI, avaient des effets de distorsion des échanges.

Le Groupe spécial considérant que « *les subventions FSC/ETI {étaient} subordonnées à {c'est-à-dire «liées à»} la réalisation de ventes à l'exportation par Boeing* ».

C'est donc cette nature «liée» ou «subordonnée» qui fournit un lien direct entre la constatation en matière de subventions à l'exportation prohibée et les effets réels des subventions sur les marchés de LCA.

19. Et le Groupe spécial de considérer que lorsqu'un tel «lien» direct existe, l'effet des subventions est immédiat, direct et lourd de conséquences. Le panel d'experts souscrit donc à la conclusion dans l'affaire « *Brésil – Aéronefs* » selon laquelle « *les subventions subordonnées à l'exportation ... {visaient} expressément à affecter le commerce* ». <sup>27</sup>

Le Groupe spécial a donc déterminé que les subventions FSC/ETI avaient des effets de distorsion des échanges en raison de leur statut de subventions à l'exportation qui étaient directement «liées à» des ventes particulières d'aéronefs, il a par ailleurs associé cette détermination à des références à ce qu'il a appelé « *des éléments de preuve fiables qui confirment cette détermination* ».

Le Groupe spécial devait donc conclure que lorsqu'il est constaté que des subventions affectent directement le prix du produit et qu'elles sont subordonnées à l'exportation et ont donc intrinsèquement des effets de distorsion des échanges, il est légitime de considérer que ces subventions ont causé des effets défavorables en relation avec les ventes et les prix.

## II.2. Les effets des subventions sur les marchés dans le commerce international

20. Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont fait valoir que 31 mesures de subventionnement, dont il était allégué qu'elles s'élevaient à un total de 19,1 milliards de dollars, avaient causé un préjudice grave sous la forme d'un empêchement notable de hausses de prix et de pertes de ventes notables, et d'une menace d'empêchement notable de hausses de prix et de pertes de ventes notables, sur le marché mondial, au sens des articles 5 c) et 6.3 c) de l'Accord SMC, ainsi que d'un détournement et d'une entrave des importations et des exportations de LCA d'Airbus, respectivement, sur les marchés des États-Unis et de pays tiers, et d'une menace de détournement et d'entrave sur ces marchés, au sens des articles 5 c) et 6.3 a) et b) de l'Accord SMC.

De la même manière, selon les Communautés européennes, « *toutes les subventions {avaient} ... des «effets sur les prix», en ce sens qu'elles {avaient} permis à Boeing de pratiquer des prix moins élevés pour ses LCA* ».

En outre, les Communautés européennes ont fait valoir qu'un groupe de subventions – les subventions pour la R&D aéronautique – avaient aussi des «effets sur la technologie» sur un des trois marchés de produit pertinents, en ce sens que ces subventions avaient permis à Boeing de mener des activités de recherche et de concevoir, développer, lancer, produire et vendre sa famille 787 de LCA technologiquement novatrice des années plus tôt qu'elle n'aurait pu le faire autrement.

Pour en conclure que ces effets sur les prix et sur la technologie ont affecté de façon défavorable les ventes, la part de marché et les prix des LCA concurrents d'Airbus sur les marchés de produit pertinents.

21. Le Groupe spécial a conclu sur plusieurs points dont certains seulement nous intéressent plus spécifiquement en l'espèce : l'impact des subventions sur les pertes de vente et l'impact des subventions sur le détournement et l'entrave pour les exportations d'aéronefs d'Airbus sur les «marchés de pays tiers».

<sup>27</sup> Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1809 (citant le rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.26).

22. S'agissant tout d'abord de l'impact sur les pertes de vente, le Groupe spécial a conclu que des pertes de ventes pouvaient se produire dans les cas où l'avantage en matière de prix conféré par les subventions fiscales liées amenait Boeing à remporter certaines ventes stratégiques et très sensibles au prix qu'il n'aurait normalement pas pu obtenir.

De l'avis du Groupe spécial, les « *caractéristiques de performance du 787 et/ou son entrée en service prévue en 2008* » étaient des « *facteurs décisifs* » pour la capacité de Boeing d'obtenir ces ventes<sup>28</sup>. Ce qu'a confirmé l'Organe d'appel.

23. Puis s'agissant du détournement et de l'entrave, l'Organe d'appel a rappelé la définition qu'il convenait de retenir de ces deux notions, à travers de précédentes affaires.

Ainsi, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a expliqué que le « détournement » renvoyait à un mécanisme économique par lequel les exportations d'un produit similaire étaient remplacées par les ventes du produit subventionné<sup>29</sup>. Il a constaté que le terme « détournement » connotait « un effet de substitution entre le produit subventionné et le produit similaire du Membre plaignant » et que, dans le contexte de l'article 6.3 b), « *il y {avait} détournement dans les cas où les exportations du produit similaire du Membre plaignant {étaient} remplacées sur le marché d'un pays tiers par les exportations du produit subventionné* »<sup>30</sup>.

En ce qui concerne le concept d'« entrave », selon l'Organe d'appel, ce concept pouvait viser un éventail de situations plus large que le détournement et se produisait dans « *des situations dans lesquelles les exportations ou les importations du produit similaire du Membre plaignant se seraient accrues si le produit subventionné ne leur avait pas « fait obstacle » ou ne les avait pas « gênées* »,

*de même que dans des cas où ces exportations ou importations n'avaient pas du tout eu lieu parce que la production {avait} été freinée par le produit subventionné* »<sup>31</sup>.

Sur ce point, l'Organe d'appel est venu infirmer la position du Groupe spécial considérant qu'il ne disposait pas d'informations suffisantes pour démontrer l'existence ou la menace d'une entrave ou d'un détournement au détriment des Communautés européennes.

24. Enfin, s'agissant de l'impact des subventions sur les prix, et plus spécifiquement de l'empêchement de hausse de prix ; cette question a également fait l'objet d'un long développement par le Groupe spécial.

L'empêchement de hausses de prix concerne « *la question de savoir si les prix sont moins élevés qu'ils ne l'auraient normalement été en raison de{s} ... subventions* »<sup>32</sup>.

Le Groupe spécial, confirmé par l'Organe d'appel, a considéré que les subventions allouées par les États-Unis avaient eu pour effet de constituer un empêchement notable pour les Communautés européennes de hausse de prix des Airbus.

### III. La portée de la décision de l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC sur le commerce international

25. On aura retenu du dénouement de ce différend entre les deux fleurons de l'aéronautique civile que le règlement des litiges dans le cadre des accords de l'OMC procède toujours des raisons juridiques stratégiques en lien étroit avec les intérêts commerciaux. Le droit international apprend que les États sont liés par les différents accords internationaux qu'ils signent, c'est l'effet obligatoire du droit international.

28 Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786. Le Groupe spécial a également fait référence à des éléments de preuve indiquant que les clients avaient été guidés dans leur choix du 787 par « les prix extrêmement bas offerts par Boeing ».

29 Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs, paragraphe 1119.

30 Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs, paragraphe 1160.

31 Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs, paragraphe 1161. L'Organe d'appel a noté qu'il n'était pas tenu d'examiner le sens du terme « entrave » dans cet appel. Toutefois, il a estimé que ce concept, qui figure dans la même disposition de l'Accord SMC, servait de contexte pertinent permettant « de mieux comprendre le détournement ».

32 Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil), paragraphe 351.

Mais, depuis Machiavel, la pensée contemporaine doute de la juridicité, de l'effectivité du droit international en général et du droit commercial mondial en particulier<sup>33</sup>.

Dans le cadre de l'OMC, qui compte 157 pays au 29 septembre 2012<sup>34</sup>, un droit contraignant y est produit avec un mécanisme de résolution des conflits particulier. Les décisions définitives rendues dans son cadre juridictionnel sont revêtues de l'autorité, non pas de la chose jugée, mais de la chose interprétée<sup>35</sup>. Le Groupe spécial n'ayant pas un pouvoir juridictionnel propre se borne à constater les manquements aux accords commerciaux relevant du système de l'OMC et il revient à l'État mis en cause de se conformer à la décision le déclarant fautif. On peut se demander si la décision rendue par l'ORD dans le contentieux Boeing - Airbus peut contribuer à contraindre les États à cesser de subventionner leur constructeur d'aéronef civil respectif.

**26.** Dans cette affaire, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial, modifié par le rapport de l'Organe d'appel le 23 mars 2012, constatant que les États-Unis avaient illégalement octroyé des subventions à leur champion de l'aéronautique civile, ce qui a désavantagé leur concurrent européen Airbus dans la compétition commerciale qui les oppose sur le marché des aéronefs civils gros porteurs. À sa réunion du 13 avril 2012, les États-Unis ont informé l'ORD qu'ils avaient l'intention de mettre en œuvre ses recommandations et décisions d'une manière qui respecte leurs obligations dans le cadre de l'OMC et dans le délai prévu à l'article 7.9 de l'Accord SMC. C'est dire que cette décision, même désavantageuse pour Boeing, sera respectée par l'avionneur.

33 Voir Machiavel : « *Quand il y va du salut de la patrie, il n'y a à s'arrêter à aucune considération ni du juste, ni de l'injuste, ni de l'humain, ni du cruel, ni du louable, ni de l'ignominieux, tout autre point de vue doit être rejeté* ». Résultat : « *Le sage seigneur ne peut garder sa foi si cette observance lui tourne à rebours et que les causes qui l'ont induit à promettre soient éteintes* ».

34 La Fédération de Russie a adhéré le 22 août 2012 et le Vanuatu a adhéré le 24 août 2012.

35 En vertu des règles de l'O.M.C., les Groupes spéciaux de règlement des différends et l'Organe d'appel ne peuvent émettre que des « recommandations » en vue de la résolution des différends. Ce sont les membres de l'O.M.C., agissant en qualité d'Organe de règlement des différends (« O.R.D. »), qui acceptent ou rejettent les recommandations, leur attribuant ainsi une force obligatoire en vertu des règles de l'organisation. On ne peut pas dire qu'il y a autorité de chose jugée.

**27.** Mais la question générale de l'application de sanctions par un membre à l'encontre d'un autre qui refuse d'exécuter complètement les recommandations juridiques d'un Groupe spécial et de l'Organe d'appel n'a toujours pas été élucidée. En effet, dans le système de l'ORD, la logique est que le « défendeur » ayant perdu mette sa mesure en conformité avec les recommandations de l'ORD. Même une fois que l'affaire est tranchée, il est encore possible d'éviter des sanctions commerciales. L'État perdant, s'il ne souhaite pas appliquer les recommandations contenues dans le rapport du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel, peut engager des négociations avec le pays lésé afin de trouver une compensation mutuellement satisfaisante. Enfin, si aucune compensation ne réussit à être convenue, la partie plaignante pourra demander à l'ORD l'autorisation d'imposer des sanctions commerciales dans le même secteur que celui qui fait l'objet du différend. Le système de l'ORD ne constitue un système d'arbitrage efficace que si toutes les parties jouent le jeu.

**28.** La portée de cette décision rendue par l'Organe d'appel de l'OMC doit être appréciée au regard d'une autre rendue dans une affaire similaire entre le Brésil et le Canada en 2001. En effet, la mise en conformité aux règles de l'OMC des mesures prises par les gouvernements canadien et brésilien respectivement en faveur de Bombardier et d'Embraer, considérés comme des symboles nationaux de l'économie, a été très difficile. Notons que dans l'affaire Brésil - Aéronefs, la décision de l'Organe d'appel avait été adoptée le 20 août 1999 par l'ORD et le 19 novembre 1999, le Brésil a présenté un rapport à une réunion de l'ORD indiquant les modifications apportées qui devaient permettre de rendre le PROEX conforme au droit de l'OMC. Le Canada a ensuite demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 21.5 du Mémoire d'accord pour constater si le Brésil s'est effectivement conformé à la décision de l'ORD<sup>36</sup>. Le 9 mai 2000, le Groupe spécial en arrive à la conclusion que les mesures prises par le Brésil ne sont pas suffisantes pour rendre le PROEX II

36 Le mandat du groupe spécial était de déterminer si les modifications apportées par le Brésil au PROEX ont effectivement eu comme effet de le rendre conforme au droit de l'OMC.

conforme au droit de l'OMC<sup>37</sup>. Le 21 juillet 2000, cette conclusion est confirmée par l'Organe d'appel. Ce contentieux, quasiment identique à celui qui oppose Boeing à Airbus, avait également fait l'objet d'une plainte parallèle initiée par le Brésil à l'encontre du Canada pour des mêmes griefs<sup>38</sup>. C'est dire que les différends relatifs aux aides d'États dans le secteur des aéronefs civils est un jeu des coups pour contrecoups, attaques pour contre-attaques.

Dans l'affaire Boeing ici commentée, les États-Unis se sont conformés à mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD d'une manière qui respecte leurs obligations dans le cadre de l'OMC et dans le délai prévu à l'article 7.9 de l'Accord SMC. Ce qui signifie que sur la base des données de ce différend, l'affaire est presque réglée ; l'Union européenne devant seulement s'assurer de la bonne mise en conformité par les États-Unis. Dans l'intérêt du duopole entre les deux acteurs, la position des États-Unis de se conformer à la décision de l'ORD peut se justifier par la place prépondérante qu'occupe Boeing sur le marché des avions civils gros porteurs (LCA). Mais qu'en sera-t-il si un autre acteur venait à entrer sur le marché, transformant ainsi le duopole en triopole ?

29. En effet, l'équilibre duopolistique entre Boeing et Airbus risque d'être bouleversé par l'entrée prochaine sur le marché des avions civils de grande capacité des aéronefs sino-russes. Des négociations très avancées seraient en cours entre les constructeurs russe OAK et chinois Comac pour créer une coentreprise destinée à concurrencer Boeing et Airbus avec un long-courrier sur la base de l'Iliouchine 96<sup>39</sup>. La structure du capital de cette future coentreprise permettra de mesurer le degré d'interventionnisme économique de ses actionnaires publics russes et chinois. Mais tout porte à croire que pour la conquête des parts de marché, les constructeurs du duopole actuel useront de toutes les procédures pour étouffer tout effort du nouvel entrant de les concurrencer par le prix et la technologie.

En fait de la fin de la bataille Boeing - Airbus, c'est la guerre commerciale et juridique qui s'annonce d'une part entre les champions américain et européen des aéronefs civils gros porteurs et le futur champion sino-russe qui verra bientôt le jour. ■

37 Rapport du Groupe spécial, « Brésil - aéronefs - Recours du Canada à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends », WT/DS46/RW, 9 mai 2000.

38 Rapport du groupe spécial, « Canada - aéronefs - Recours du Brésil à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends », WT/DS70/RW, 9 mai 2000.

39 <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/aeronautique-defense/20120531trib000701320/pekin-et-moscou-veulent-concurrencer-airbus-et-boeing-sur-les-long-courriers.html>

# ÉCOLE DE DROIT

---

ANTOINE DELACARTE, ANASTASIA CHRISTIN

## *Conférence à l'École de Droit* *La Politique Pénale du dernier quinquennat*



Directeur de Publication  
de la Revue des Juristes



Présidente de l'Association  
des Juristes de Sciences Po

Le 6 mars 2012 s'est tenue en amphithéâtre Jacques Chapsal à SciencesPo une conférence organisée par l'Association des Juristes de SciencesPo (AJSP) et intitulée « Le Bilan de la Politique Pénale du dernier Quinquennat ».

Dans cette optique, l'AJSP a eu l'honneur d'accueillir Philippe Bilger, magistrat honoraire ; Pierre-Olivier Sur, avocat à la Cour et pénaliste ; Dominique Raimbourg, député PS et spécialiste des questions de droit pénal ; et enfin Sébastien Huyghes, député UMP.

Dès 2007, Nicolas Sarkozy, avait promis une profonde réforme de la justice s'il accédait à la présidence. Durant ses cinq années au pouvoir beaucoup de projets de lois ont ainsi été adoptés et des pans entiers du droit pénal réformés. Et cela n'a pas été sans de vives controverses au sein de l'opinion, de la scène politique et surtout de la communauté des juristes.

Réformes controversées, incohérence supposée des lois pénales successives, appréciation a priori de la dangerosité des individus, mesures de sûretés, prévention de la récidive, place grandissante des victimes dans le procès pénal, participation citoyenne, droit du public à l'information... Le propos introductif de Céline Garçon, docteur en droit, professeur à SciencesPo et modératrice

lors de ce débat fut l'occasion de passer en revue les grandes évolutions marquantes du droit et de la procédure pénale sous le mandat du Président Sarkozy.

### **I. UN QUINQUENNAT SOUS LE SIGNE DU RENFORCEMENT DES LIBERTÉS PUBLIQUES ?**

Pour Sébastien Huyghes, ce quinquennat et la législature concomitante serait caractérisé par la progression des libertés publiques. Le tableau des avancées à ce niveau là est d'une réelle densité : contestation des lois non conformes à la Constitution via la QPC, réforme de la garde à vue garantissant une meilleure protection des justiciables au travers des prérogatives élargies de l'avocat, institutionnalisation d'un Défenseur des droits que le citoyen peut directement saisir et enfin, meilleur indépendance de la Justice grâce aux mesures modificatives touchant le Conseil Supérieur de la Magistrature que le Président ne dirige plus et dont la composition est élargie à des personnalités de la société civile.

Il s'agirait là, d'après Pierre-Olivier Sur qui acquiesce ces propos, d'un bilan bon en terme de libertés publiques, voire exceptionnel. En effet, en plus des réformes structurelles, le budget de



la Justice a été augmenté de 20% en période de crise, portant ce poste régalién à 3% du budget de l'Etat.

Ensuite, la suppression du juge d'instruction, réclamée par beaucoup, s'est éteinte d'elle même durant ce quinquennat après le rapport Léger. L'affaire Bettencourt a montré, d'après Pierre-Olivier Sur, l'utilité du juge d'instruction au vu de la rivalité qui a pu être constatée entre le siège et le parquet. Le monde judiciaire a alors très majoritairement changé d'avis en considérant qu'un parquet hiérarchisé n'était pas une mauvaise chose en soi, à condition de poser des limites, notamment pour ce qui est des instructions personnelles.

La réforme de la garde à vue et la motivation des verdicts d'assises néanmoins, bien qu'ayant eu lieu sous ce quinquennat, doivent cependant être appréciées différemment : il s'agit là d'une grande avancée que l'on doit aux avocats et à l'Europe rappelle Maître Bilger.

Ainsi, si ce quinquennat fut une source de progrès en termes de libertés publiques, ce fut aussi parfois indépendamment de la volonté de l'exécutif.

## II. UN QUINQUENNAT D'INCOHÉRENCES EN DROIT PÉNAL ?

Si Sébastien Huyghe soutient que ce quinquennat fut en effet celui du développement du droit pénal dans la production législative, c'est dans l'idée de mieux protéger les citoyens dans le respect d'un équilibre entre la punition, désormais voulue aussi stricte que possible, et le devoir de réinsertion de l'Etat. Il était dès lors normal de vouloir élargir pour les magistrats la palette des réponses possibles à la délinquance, notamment pour les actes de délinquance des mineurs, ces derniers constituant 50% des délinquants. Selon le député UMP, ce quinquennat fut marqué par la fin d'une forme de politique de l'excuse vis-à-vis des mineurs, soulignant par ailleurs que les mineurs d'aujourd'hui ne sont pas ceux de 1945 et que la justice doit s'adapter à l'évolution des maturités et des mentalités des jeunes.

Les autres intervenants ont surtout constaté une forme d'incohérence dans cette politique.

Pour Dominique Raimbourg, l'incohérence et l'inefficacité des lois pénales sous le mandat de Nicolas Sarkozy prennent leurs racines dans l'erreur que constitue l'idée d'une présupposée augmentation de la violence dans la société française. C'est la modification récente de la comptabilité des infractions qui aurait fait mécaniquement remonter les chiffres, pas la réalité des faits.

La violence en soi n'aurait pas augmenté, les actes de violences auraient même diminués : c'est en fait le degré de tolérance à la violence qui est devenu particulièrement faible dans une société où les femmes prennent de plus en plus d'importance. Ces dernières ayant une aversion particulière aux phénomènes de violences.

Par ailleurs, le député soutient que la prévention de la délinquance, voulue par le gouvernement de Nicolas Sarkozy au travers de la sanction exemplaire, ne serait pas efficace. Seul la certitude de la sanction a une efficacité psychologique sur la délinquance.

Les figures récurrentes dans lesquelles s'est enfermé le discours pénal sarkozyste, à savoir le mineur délinquant, le récidiviste et le prédateur sexuel, sont pour lui, une erreur. Le taux de récidive est, d'après le député socialiste, marginal, mais sa survenance déclenche des passions considérables et contreproductives en termes d'administration de la justice. Cela empêcherait de se concentrer sur les vrais problèmes structurels. De même, la création d'un tribunal correctionnel pour les mineurs aurait compliqué l'appréhension du phénomène de la minorité délinquante. Il reconnaît toutefois un phénomène d'augmentation de la délinquance chez les plus jeunes.

Maître Bilger a pour sa part soutenu que l'incohérence manifeste des lois pénales sous le mandat de N. Sarkozy est surtout dû à un vice permanent : tout a été sujet à une politisation extrême. Le droit pénal a, selon lui, été instrumentalisé par des personnes qui l'appréhendaient mal. Il a été en quelque sorte patent que ceux qui avaient le pouvoir ne savaient pas et que ceux qui savaient n'avait pas le pouvoir.

Or avoir un droit pénal politisé ne signifie en rien avoir une politique pénale. Le candidat Sarkozy n'avait d'ailleurs, note-t-il, proposé que des mesures fragmentaires qui ne constituaient pas une politique pénale en soi et dont la réforme des peines planchers est l'emblème. Il n'y a donc pas eu un dessein et une réflexion approfondie afin d'aboutir à une action durable en matière pénale. En dehors de « fulgurances et de foucades », les professionnels n'ont pas eu la certitude d'une politique pénale résolue, concertée et bien exécutée.

Dès lors en l'absence de vision et de méthodes, ce quinquennat a été marqué selon lui par des incohérences qui sont nées de la politique des mesures de mises en œuvre. Prenons par exemple les peines planchers, dont on savait, en dépit de leur utilité, elles allaient surpeupler la prison. C'est à ce moment là qu'il aurait fallu faire une loi pénitentiaire.

Un autre exemple marquant : les condamnations par des tribunaux correctionnels assouplies par Rachida Dati alors que le gouvernement prône la tolérance 0. Le président ignorait-il ce que faisait le Garde des Sceaux, et vice versa ? Sans doute pas, mais on a pu avoir cette étrange impression. En commençant par les magistrats de la Cour de Cassation traités de petit pois et en rappelant l'affaire Perret où Nicolas Sarkozy a accablé les magistrats, Philippe Bilger a conclu son propos en soulignant que cette approche politiquement utilitaire du pénal n'a fait que créer de graves problèmes entre la justice et le regard du citoyen sur cette institution.

### III. UNE DÉRIVE DU TOUT CARCÉRAL ?

Pour Dominique Raimbourg, l'évolution des peines vers une plus grande rigueur dote la société d'outils dangereux, car cela risquerait de créer des situations où certaines personnes ne sortent jamais de prisons, ou en sortent alors qu'ils ont une certaine dangerosité. Le député rappelle en effet que la dangerosité des grands délinquants équilibrés n'est pas prise en compte, car on ne prend en compte que la dangerosité psychiatrique dans le processus administratif de décision de la rétention de sûreté. A titre d'exemple il cite Antonio Ferrara, lequel est loin d'être fou mais dont la dangerosité ne paraît pas contestable.

Pierre-Olivier Sur approuve en faisant ressortir le problème d'une répression concentrée sur la prison à travers les peines planchers, la rétention de sûreté et la répression des mineurs. Les chiffres sont évocateurs : le taux de récidive ou de réitération de la population carcérale est de un sur deux. Cela n'a donc pas changé depuis que Foucauld a écrit « Surveiller et punir ». L'échec des politiques publiques en terme de réinsertion des prisonniers est donc assez marqué.

La population carcérale constitue une surpopulation flagrante au vu du taux d'occupation de 120% des prisons. Les multiples condamnations de la France par la CEDH ne font qu'entériner ce constat « révoltant » pour l'avocat. Certes, il y a bien un contrôleur général des prisons, mais il est loin d'être un agitateur de conscience efficace. Parallèlement à cette surpopulation, 20% des prisonniers auraient consulté un psychiatre avant même d'être condamnés. Or à part le suivi thérapeutique des délinquants sexuels, le problème des soins médicaux n'a pas été traité jusqu'à aujourd'hui. Enfin, conclut-il, les prisons contiennent un tiers d'illettrés et un tiers de détenus provisoires, ce qui paraît excessif et laisse une certaine marge d'amélioration à l'Etat.

Pour Maître Bilger, la rétention de sûreté pose bien sûr un problème au nom d'un moralisme abstrait. Néanmoins, il ne souhaite pas la rejeter par principe et considère qu'elle mérite que l'on s'y arrête. En effet, si un condamné dans le cadre d'une mesure de libération sous contrôle respecte ce qui lui est imposé par l'administration, mais réitère néanmoins son acte car cela est plus fort que lui, ne faut-il pas pouvoir penser que certaines dispositions doivent être à la disposition des magistrats si la récidive est une quasi-certitude ? Si cette rétention choque le droit classique, il n'en reste pas moins, relève-t-il, que ce n'est pas absurde au regard de certaines pratiques sociales et criminelles.

À ce titre, il affirme qu'Hollande ne détruira pas ce dispositif. À raison, jusqu'à présent. ■

# *Appel à Contribution*

## *La bourse ou la loi ?*

### *Le droit des marchés financiers à l'aube du 21ème siècle*

La financiarisation de l'économie et la mondialisation d'une finance désormais virtuelle ne facilitent pas l'application territoriale du droit des marchés financiers, face auquel les autorités doivent au surplus concilier certains impératifs : la protection de l'épargnant, la compétitivité, et un cadre réaliste de régulation macro-prudentiel. Parallèlement, le contexte actuel remet en cause les certitudes les plus établies tel que le traitement prudentiel favorable des dettes souveraines. À l'heure où ces actifs « liquides de qualité » creusent les portefeuilles, notamment ceux des banques françaises, les marchés financiers subissent l'incertitude régnant sur l'avenir de la zone euro et la problématique des obligations d'Etat afférente.

Les principes dégagés par le G20, les recommandations du Conseil de stabilité financière (CSF) et les standards définis par le Comité de Bâle ou l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) tentent de faciliter la conciliation de ces impératifs parfois contradictoires. Néanmoins, les normes établies par ces *standards setters* internationaux sont dépourvues de force contraignante. Or la crise financière de 2008 a illustré les risques systémiques que peut causer un manque de régulation véritable des marchés où règne un aléa moral permanent. C'est donc à travers une constatation à contrario que le droit national et communautaire tente de faire son retour : si les marchés ne se régulent pas raisonnablement d'eux-mêmes, c'est au droit de s'en charger.

L'enjeu d'une meilleure régulation des marchés financiers implique alors nécessairement un essor de cette matière. La Revue des Juristes de Sciences Po a donc décidé d'orienter le dossier thématique de son prochain numéro sur ce domaine du droit dans une perspective résolument actuelle. Seraient abordés aussi bien des questions théoriques que des aspects pratiques, entre autres :

- La révision des directives sur les marchés d'instruments financiers ;
- Les évolutions des règlements sur les infrastructures des marchés et les produits négociés de gré à gré ;
- La feuille de route du G20 : le cadre de régulation macro-prudentiel et la protection de l'épargnant ;
- Le rôle de l'Autorité européenne des marchés financiers en conjonction avec celui de l'Autorité française des marchés financiers ;
- L'influence du contrôle des concentrations sur le droit boursier ;
- La question de la réglementation des agences de notation ;
- La régulation des fonds alternatifs et l'encadrement des fonds propres bancaires ;
- Des analyses prospectives ou comparées en droit des marchés financiers ;

Cette liste n'est évidemment pas exhaustive et ne constitue que les prémices de nos recherches. N'hésitez donc pas à nous proposer des contributions différentes, toutes les idées sont les bienvenues. Si vous souhaitez participer à ce numéro, n'hésitez pas à nous contacter à l'adresse suivante :

[revue@ajsp.fr](mailto:revue@ajsp.fr)

Les propositions de contributions doivent être envoyées avant le **1<sup>er</sup> Novembre 2012**.

Les articles doivent être envoyés avant le **7 Janvier 2012**.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons vos contributions avec impatience. C'est la qualité de vos contributions qui constitue la qualité de notre Revue, c'est pourquoi nous remercions par avance tout ceux d'entre vous qui voudront participer à notre prochain numéro.

**LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO**

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS  
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)

ISSN 2111 - 4293

27, RUE SAINT GUILLAUME - 75007 PARIS

EMAIL : REVUE@AJSP.FR

SITE : HTTP://AJSP.FR

- DIRECTEURS DE PUBLICATION :

DOROTHÉE BRUGÈRE, STEFAN MONAGHAN DARCEL

- SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER :

HUGUES PARMENTIER

- COMITÉ DE RÉDACTION :

ANTOINE DELACARTE, GUSTAVE KALM, AUDREY LHEMANN

- RÉALISATION GRAPHIQUE :

CÉCILE KNOSP