

N° 204

SÉNAT

PREMIERE SESSION EXTRAORDINAIRE DE 1992 - 1993

Rattache pour ordre au proces-verbal de la séance du 23 décembre 1992

Enregistre à la Présidence du Sénat le 26 janvier 1993.

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes (1)

SUR

la politique communautaire de la concurrence

Par M. Maurice BLIN,

Senateur

(1) Cette délégation est composée de MM Jacques Genton, président, Michel Caldagues, Claude Estier, Michel Poniatowski, Xavier de Villepin, vice-présidents, Guy Cabanel, Marcel Daunay, Jean Garcia, Jacques Habert, Emmanuel Hamel, Roland du Luart, Jacques Oudin, André Rouvière, secrétaires; Mme Monique Ben Guiga, MM Maurice Blin, Ernest Cartigny, Jean Delaneau, Charles Descours, Ambroise Dupont, Philippe François, Jean François Punctet, Jacques Gulliet, Yves Guena, André Jarrot, Pierre Lagourgue, Lucien Lanier, Charles Lederman, Paul Masson, Charles Metzinger, Daniel Millaud, Philippe Nachbar, Georges Othily, Louis Perrein, Jacques Ruxca Serra, René Tregouet, Marcel Vidal

SOMMAIRE

| | Pages |
|---|--------------|
| Un départ et un tournant | 5 |
| I- LA CONCURRENCE, CLE DE LA POLITIQUE ECONOMIQUE COMMUNAUTAIRE | 7 |
| A - Les dispositions du Traité de Rome | 7 |
| 1. Article 85 : Le contrôle des ententes | 8 |
| 2. Article 86 . L'abus de position dominante | 10 |
| 3. Article 90 : Les entreprises publiques | 12 |
| 4. Articles 92 à 94 : Les aides d'Etat | 13 |
| B - Le durcissement des années 80 et l'extension des pouvoirs de la Commission | 15 |
| 1. L'idéologie libérale | 15 |
| 2. L'achèvement du marché intérieur | 16 |
| 3. Le règlement sur les concentrations | 17 |
| II- UNE POLITIQUE A LA FOIS DOGMATIQUE ET... INCERTAINE | 21 |
| A - Une procédure contestable | 21 |
| 1. L'étendue des pouvoirs d'enquête | 21 |
| 2. L'incertitude juridique | 22 |
| 3. Un interventionnisme paradoxal | 23 |
| 4. Que devient la subsidiarité ? | 24 |
| 5. Une transparence insuffisante | 25 |
| 6. Le recours illusoire à la Cour de justice | 25 |
| B - La concurrence, instrument ou fin ? | 28 |
| 1. Le mythe de la politique industrielle | 29 |
| 2. Une nouvelle cible : les entreprises publiques | 32 |
| 3. Le choc de deux cultures | 33 |

| | Pages |
|--|--------------|
| III - UN SYSTEME A REVOIR | 37 |
| A - Une situation dangereuse | 37 |
| B - Les voies d'une réforme | 38 |
| LISTE DES ENTRETIENS | 41 |
| Annexe I - Extraits des traités communautaires relatifs à la concurrence et à l'industrie | 43 |
| Annexe II - Les modes de saisine de la Commission en matière de concurrence | 49 |
| Annexe III - La politique de concurrence en Allemagne et dans la Communauté économique européenne | 51 |
| Annexe IV - La subsidiarité selon Sir Leon BRITTAN | 53 |

«La Déclaration des droits de l'homme contient de très bonnes maximes... mais des principes susceptibles d'applications et même d'interprétations différentes, ne peuvent être justement appréciés, et n'ont besoin de l'être, qu'au moment de leur véritable sens et fixés par les lois auxquelles ils doivent servir de première base.»

Louis XVI

UN DÉPART ET UN TOURNANT

En début d'année, Sir Leon BRITTAN a abandonné la charge de la fameuse Direction générale IV où il avait la responsabilité de la politique européenne de la concurrence. Il avait occupé cette fonction avec le brio et l'autorité que l'on sait. Son départ annonce-t-il des temps nouveaux ?

Tout le laisse penser. Certes, dans les textes fondateurs de la Communauté, celle-ci occupe une place incomparablement plus importante que l'impératif d'une politique industrielle européenne à laquelle l'âpreté de la concurrence internationale confère pourtant aujourd'hui une évidente urgence.

Il reste que la rigueur doctrinale du très libéral commissaire britannique, l'action résolue qu'il a menée dans la lutte contre les ententes, positions dominantes ou concentrations d'entreprises, l'ampleur des moyens d'investigation qu'il a mis en oeuvre formaient un contraste saisissant avec la discrétion de son collègue allemand Martin BANGEMANN chargé, à la tête de la Direction générale III, de promouvoir la coopération entre les sociétés européennes et d'harmoniser les législations nationales (1).

Mais il semble bien que ce dernier tienne aujourd'hui sa revanche. C'est ainsi que la veille du jour où Leon BRITTAN laissait la place au belge Karel Van MIERT, il déclarait : «Il faut en finir avec la compétition artificielle qui ne fait qu'amoindrir notre compétitivité car la concurrence n'existe pas à l'échelle de l'Europe

(1) Cf Martin BANGEMANN : «Les clés de la politique industrielle en Europe» - 1992.

mais à celle du monde. De ce point de vue, la décision prise dans l'affaire de Havilland (le blocage du rachat du constructeur canadien par le couple franco-italien Aérospatiale - Alenia) a été une erreur parce que le segment de marché a été mal défini. Il faut que ce contrôle que la Communauté exerce sur les fusions, facilite les restructurations et que l'on en finisse avec la théorie et les dogmes. On ne peut être plus clair.

Une page paraît donc tournée. Une période s'achève qui, en matière de réglementation de la concurrence, a été jalonnée de décisions jugées par beaucoup - et pas seulement par les entreprises intéressées - comme inopportunes, litigieuses et parfois même arbitraires.

L'heure est donc venue de faire le point.

C'est ce à quoi s'est efforcé votre rapporteur dans cette étude qui comportera trois parties :

- le rappel des textes communautaires et de la philosophie qui les inspire,
- l'analyse des vicissitudes qu'a connues leur application et les leçons qu'il convient d'en tirer,
- la nécessaire réforme de la politique européenne de la concurrence à la lumière du principe de subsidiarité inscrit dans le Traité de Maastricht.

I- LA CONCURRENCE, CLE DE LA POLITIQUE ECONOMIQUE COMMUNAUTAIRE

La concurrence constitue pour une entreprise à la fois une épreuve et un test : elle lui permet d'apprécier sa compétitivité et son efficacité.

Tous les grands pays industriels se sont dotés d'un instrument de protection de la concurrence. Le plus célèbre d'entre eux est le Bundeskartellamt allemand qui a su se forger une réputation d'indépendance et dont les décisions ne sont que rarement remises en cause par le ministre de l'économie.

En France, longtemps pays de la petite et moyenne entreprise, un tel contrôle a été plus difficile à faire admettre et plusieurs institutions se sont succédé sans parvenir à se forger une légitimité. Des progrès ont cependant été réalisés au cours des dernières années grâce à la création du Conseil de la concurrence.

Compte tenu de l'ouverture progressive des frontières intra-européennes dans le cadre du Traité de Rome, l'organisation d'un contrôle de la concurrence au niveau communautaire se justifiait parfaitement et demeure nécessaire. Les articles 85 à 94 du Traité en ont confié la responsabilité à la Commission des Communautés. Pourtant, l'application de la politique de concurrence suscite aujourd'hui un certain nombre d'interrogations. Sous l'impulsion de son responsable, Sir Leon Brittan, elle a pris en effet au cours des dernières années une importance croissante. Mais elle a fait aussi l'objet de contestations souvent vives.

Il convient donc d'examiner de plus près les règles de fonctionnement de la Direction générale IV qui a cette politique en charge et que de nombreux chefs d'entreprise ont eu à affronter.

A - Les dispositions du Traité de Rome

Constatons d'abord que les dispositions qui la régissent sont, pour l'essentiel, contenues dans le Traité de Rome.

A proprement parler, la politique de la concurrence figure déjà dans le traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (C.E.C.A.). Celui-ci contient en effet, dans son titre troisième intitulé "Dispositions économiques et sociales", un chapitre VI consacré aux ententes et concentrations (art.65 et 66) et un chapitre VII qui vise les

actions des Etats membres qui pourraient avoir un effet sur les conditions de la concurrence.

Mais avec le Traité de Rome de 1957, cette politique se voit dotée d'un champ d'application beaucoup plus large. Son article 3 dispose en effet de manière générale que *"l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité (...) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun"* et la politique communautaire de la concurrence se voit réserver un chapitre du Traité qui couvre les articles 85 à 94. Ces articles concernent essentiellement quatre domaines : le contrôle des ententes, les abus de position dominante, les entreprises publiques, enfin, les aides d'Etat (1). Toutefois, pour chacun de ces domaines, la Cour de justice a dû, au fil du temps, préciser la signification et la portée des dispositions très succinctes du Traité.

1. Article 85 : Le contrôle des ententes

Cet article interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Une énumération de certaines de ces pratiques dénoncées figure également dans l'article qui interdit en particulier la fixation en commun de prix de vente ou d'achat.

Cette disposition pose de nombreux problèmes d'interprétation qui ont été tranchés par la Cour de justice. Ainsi, il était nécessaire de définir ce qu'on entendait par entreprise pour l'application de cet article. La Cour a précisé que l'entreprise s'entend de toute personne ou de toute entité qui *"poursuit... elle-même une activité de fabrication, de vente ou de distribution"*(2). Cette définition s'applique donc aux entreprises publiques, dès lors que l'activité qui leur est reprochée constitue une activité de fabrication, de vente, de distribution ou de services.

L'article 85 et la jurisprudence le concernant déterminent les conditions d'un comportement anticoncurrentiel :

(1) *La lutte contre le dumping a été délibérément exclue de ce rapport, compte tenu des problèmes très spécifiques qu'elle pose.*

(2) *C.J.C.E. - 29 septembre 1988, Ahlström Osakeyhtiö et autres.*

- l'atteinte à la concurrence quelle qu'en soit la forme, doit être issue de la volonté des parties. On peut être en présence, soit d'accords entre entreprises, soit de décisions d'associations d'entreprises qui émanent d'organismes professionnels. Ceux-ci ne constituent pas eux-mêmes des entreprises mais rassemblent des entreprises et veillent à leurs intérêts communs. Enfin, l'entente peut être constituée par une simple pratique concertée, qui ne réunit pas tous les éléments d'un accord mais peut notamment résulter d'une coordination ;
- l'atteinte à la concurrence doit se produire à l'intérieur du Marché commun, ce qui n'implique pas que les entreprises en cause aient leur siège à l'intérieur de la Communauté ;
- elle concerne un marché qu'il convient de définir. Touchant le produit qui fait l'objet du marché, il s'agit de savoir s'il existe, par rapport à un produit ou un service donné, un produit ou un service qui lui soit substituable. De même, il est nécessaire, pour chaque marché, de déterminer sa zone géographique, c'est-à-dire de rechercher jusqu'à quel point la distance qui sépare l'offre de la demande peut être supportable en coût et en délai, de telle manière qu'il existe une concurrence réelle pour le bien concerné ;
- enfin, pour qu'il y ait entente illicite, il faut que le commerce entre Etats membres en soit affecté. Pour parvenir à mesurer qu'un tel impact existe, il faut que l'on observe ou que l'on puisse prévoir de façon décisive une altération tangible du déroulement normal des échanges commerciaux d'un produit particulier ou de certains produits entre les Etats membres.

Ainsi l'existence d'une entente prohibée dépend de nombreux paramètres qui ouvrent un champ très large d'appréciation. Or, en la matière, la Commission des Communautés est compétente d'un bout à l'autre de la procédure : elle peut être saisie d'une plainte mais peut également prendre l'initiative ; elle conduit l'enquête par l'intermédiaire de la direction générale de la concurrence (DG IV) ; enfin elle rend la décision sous le contrôle de la Cour de justice. Nous reviendrons sur ces pouvoirs de la Commission qui, en matière d'ententes et d'abus de position dominante, lui sont attribués par un règlement de 1962 (1).

(1) Règlement n° 17/62 du Conseil du 6 février 1962.

Lorsqu'il est établi qu'un accord est interdit, l'article 85-2 du Traité de Rome prévoit qu'il est nul de plein droit, et la Commission peut infliger une amende aux entreprises concernées.

Toutefois l'article 85-3 prévoit que ces dispositions concernant les ententes peuvent être considérées comme inapplicables à certains accords, pourtant anticoncurrentiels, dès lors que ceux-ci ont certaines conséquences positives (amélioration de la production ou de la distribution des produits, promotion du progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte...). Ces exemptions sont accordées par la Commission, soit à titre individuel, soit par catégories.

Pour une exemption individuelle, les parties doivent notifier leur accord en remplissant un formulaire spécial. La Commission examine ensuite cet accord et décide si une exemption s'applique ou non.

Les exemptions par catégories sont accordées par voie de règlement, lequel précise les limites de l'exemption. Les obligations de chacune des parties concernées sont souvent indiquées avec une grande précision. A ce jour, des exemptions par catégories ont notamment été concédées aux accords de distribution exclusive, aux accords de transports maritime et aérien, aux accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles...

2. Article 86 : L'abus de position dominante

L'article 86 du Traité de Rome dispose qu' *"est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci."*

La Cour de justice a précisé la définition de la position dominante, en particulier dans un arrêt Hoffman-Laroche (1) : *"la position dominante ainsi visée concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs."*

(1) C.J.C.E. - 13 février 1979, Hoffmann-Laroche c/Commission.

Comme en matière d'ententes, il est donc nécessaire de définir le marché sur lequel la position dominante sera appréciée, ce qui donne parfois lieu à un arbitrage final délicat par la Cour de justice...

La banane : un fruit pas comme les autres

Dans une affaire célèbre, une entreprise avait avancé l'argument qu'elle n'occupait pas une position dominante sur le marché de la banane mais qu'elle était seulement un des acteurs du marché des fruits. La Commission, pour sa part, faisait valoir que la banane était un fruit spécifique, disponible toute l'année et qui ne se trouve en concurrence directe avec les autres fruits frais que quelques semaines par an.

La Cour de justice a tranché (C.J.C.E. - 14 février 1978, *United Brands c/Commission des Communautés*) : *"De l'ensemble de ces considérations, il résulte qu'une grande masse de consommateurs qui a un besoin constant de bananes n'est pas détournée d'une manière caractérisée et même sensible de la consommation de ce produit par l'arrivée d'autres fruits frais et que même les pointes saisonnières ne l'affectent que d'une manière modérée dans le temps et très limitée au point de vue de sa substituabilité. Il s'ensuit que le marché de la banane constitue un marché suffisamment distinct de celui des autres fruits frais."*

Il existe plusieurs critères pour définir une position dominante :

- la part de marché a une influence déterminante : selon la Cour de justice, une part de marché "extrêmement importante" constituera, par elle-même, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante (la Cour considère actuellement qu'une part de 50% est extrêmement importante). Une part de marché inférieure à 50% peut encore être "considérable" et constituer l'un des critères d'une position dominante ;
- il existe également des critères qualitatifs de la position dominante : le rapport entre les parts de marché détenues par l'entreprise concernée et par ses concurrents, l'avance technologique qu'une entreprise possède par rapport à ses

concurrentes, l'existence d'un réseau commercial extrêmement perfectionné et l'absence de concurrence potentielle qui en résulte.

Cependant, ce n'est pas la position dominante qui, en tant que telle, est condamnable, mais seule l'exploitation abusive de cette position. Là encore, la Cour de justice a apporté les précisions nécessaires : *"La notion d'exploitation abusive vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence."*

Ces pratiques, comme le précise l'article 86, peuvent consister, par exemple, à imposer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, ou à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice du consommateur...

3. Article 90 : Les entreprises publiques

En vertu de cet article, les entreprises publiques sont soumises aux règles de concurrence comme les autres et doivent notamment respecter les articles 85 et 86.

La notion d'entreprise publique a été définie dans une directive de 1980 comme concernant "toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent." Cette influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Le second paragraphe de l'article 90 prévoit que *"les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été impartie."*

Ce paragraphe introduit donc une nuance importante puisqu'il sauvegarde la mission de service public attribuée à certaines entreprises publiques. En fait, comme pour la plupart des dispositions relatives à la politique de la concurrence, tout est question d'appréciation...

Enfin, le troisième paragraphe permet à la Commission de prendre, *sans intervention du Conseil des ministres*, des directives ou des décisions pour faire respecter les règles de concurrence applicables à ces entreprises. C'est en vertu de cette disposition que, par exemple, la Commission a pu libéraliser le marché des services de télécommunications. La France lui ayant contesté cette possibilité, la Cour de justice l'a, dans ce cas particulier, jugée conforme au droit (1). Nous aurons l'occasion d'y revenir.

4. *Articles 92 à 94 : Les aides d'Etat*

Ces articles traitent de la réglementation des aides que les Etats peuvent attribuer aux entreprises. L'article 92 définit comme incompatibles avec le Marché commun *"dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence, en favorisant certaines entreprises ou certaines productions."*

En fait, la Cour de justice a élargi la notion d' "aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat" à toutes les aides financées au moyen de ressources publiques. Cela comprend en particulier les aides accordées par des entités régionales et locales des Etats membres.

L'aide peut prendre des formes diverses ; il suffit que l'entreprise qui la reçoit bénéficie d'un avantage gratuit telle une subvention pure et simple, ou un avantage accordé lors d'une opération à titre onéreux (prêt, apport en capital...). En fait, il y a aide lorsque l'entreprise aurait bénéficié de conditions moins favorables selon le libre jeu du marché.

Toutefois, les paragraphes 2 et 3 de l'article 92 prévoient que certaines aides peuvent être compatibles avec le Marché commun. Ainsi, les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels et les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires sont compatibles de plein droit.

(1) C.J.C.E. - 19 mars 1991, *France c/Commission*.

De même, quatre sorte d'aides peuvent être considérées comme licites lorsqu'elles sont destinées à :

- favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ;
- promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun, ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre ;
- faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ;
- de même, sont également licites toutes autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.

En outre, à la demande d'un Etat membre, le Conseil peut considérer une aide comme compatible avec le Marché commun si des circonstances exceptionnelles le justifient. Jusqu'à présent cependant, le Conseil n'a pas fait usage de cette prérogative.

Enfin, la Communauté se montre plus souple à l'égard des petites et moyennes entreprises qu'elle considère comme un facteur essentiel de la croissance économique, de la création d'emplois, du maintien d'une concurrence effective ou encore du développement social et économique équilibré des régions de la Communauté.

En matière de contrôle, la Commission procède à un examen permanent des régimes d'aides existant dans les Etats et doit être informée des projets tendant à les modifier ou d'en instituer de nouvelles.

*

* *

Ainsi, la plupart des dispositions aujourd'hui appliquées en matière de concurrence figurent bien dans le Traité de Rome. En revanche, la notion de politique industrielle en est totalement absente. Elle n'est pas davantage évoquée dans l'Acte unique et ne s'est vu consacrer qu'un seul article, au demeurant très général, dans le Traité de Maastricht.

Ce déséquilibre ne fait d'ailleurs que traduire l'inspiration résolument libérale des textes fondateurs de la Communauté économique européenne.

B - Le durcissement des années 80

La politique de la concurrence définie en termes généraux par le Traité de Rome s'accompagne nécessairement d'une large marge d'interprétation dès qu'il s'agit de l'appliquer à des cas toujours particuliers. Chacun d'entre eux met en jeu en effet des critères nombreux, complexes, parfois contradictoires. Bref, en la matière, la lettre du droit compte moins que l'esprit dans lequel il est interprété.

Or précisément, telle qu'elle s'est progressivement précisée au niveau d'abord de la DG IV, puis de la Commission, enfin de la Cour de justice, cette interprétation n'a cessé de se faire dans un sens de plus en plus restrictif.

Ce durcissement s'explique par trois facteurs :

- la prédominance de l'idéologie libérale au cours des années 80,

- la perspective de l'instauration du Marché unique européen en 1993,

- l'extension des pouvoirs de la Commission aux concentrations d'entreprises.

1. L'idéologie libérale

Le Traité de Rome comme l'Acte unique sont d'inspiration libérale ; il n'est donc guère surprenant que les dispositions relatives à la concurrence aient été appliquées avec sévérité. Durant les années 1980, la méfiance à l'égard de toute intervention de l'Etat a trouvé sa traduction dans les politiques menées par Margaret THATCHER en Grande-Bretagne et Ronald REAGAN aux Etats-Unis. De plus en plus, l'Etat est considéré comme inapte à concevoir et à mettre en oeuvre une politique industrielle. De fait, l'exemple français a montré que l'intervention de l'Etat, efficace pour des projets très coûteux à retour lointain comme Airbus, s'est révélée à plusieurs reprises impuissante à restructurer des secteurs en difficulté.

C'est dans ce contexte que Sir Leon BRITTAN, ancien ministre du commerce et de l'industrie de Mme THATCHER, est

devenu commissaire à la concurrence. Son influence sur l'application actuelle des règles de concurrence a été déterminante.

2. L'achèvement du marché intérieur

Depuis la signature de l'Acte unique européen, la mise en place du grand marché intérieur est devenue une priorité pour les institutions communautaires. Dans ce contexte, la Commission a continué à appliquer les dispositions sur les ententes et les abus de position dominante mais elle a surtout commencé à s'intéresser à la situation des secteurs réglementés des Etats membres. Comme elle le note dans son 21ème rapport (1) : *"A mesure que la Communauté se rapproche de l'achèvement du marché intérieur, la nécessité d'ouvrir ces secteurs importants au jeu de la concurrence est perçue plus clairement qu'auparavant. (...) Abolir les entraves à la concurrence qui subsistent dans ces secteurs est l'une des principales priorités de la Communauté dans ce domaine, comme en témoignent les progrès accomplis dans la libéralisation des télécommunications, de la banque, des assurances et des transports et dans l'ouverture des marchés publics à la concurrence à l'échelle communautaire"*.

De fait, au cours des dernières années, la Commission a beaucoup oeuvré pour l'ouverture à la concurrence de ces secteurs, en utilisant notamment l'article 90-3 du Traité de Rome. Jusqu'il y a peu, on estimait que ce dernier permettait seulement à la Commission de définir les règles instrumentales nécessaires à l'exercice de sa mission de surveillance et qu'elle ne pouvait pas imposer de véritables obligations nouvelles aux Etats membres. Or, la Cour de justice en a décidé autrement par l'arrêt du 19 mars 1991 sur les services de télécommunication précédemment évoqué et affirmé que : *"en permettant à la Commission d'adopter des directives, l'article 90-3 du Traité lui confère le pouvoir d'édiction des règles générales précisant les obligations résultant du Traité qui s'imposent aux Etats membres en ce qui concerne les entreprises visées aux deux paragraphes précédents du même article."* Aux termes de cet arrêt, la Commission dispose donc bien d'un pouvoir étendu qu'elle peut exercer sans l'accord - et même contre la volonté - des Etats membres.

Un événement récent a bien mis en lumière le conflit ainsi potentiellement ouvert entre le droit européen et le droit national. La Commission a tenté d'utiliser l'article 90-3 pour libéraliser le marché du gaz et de l'électricité en Europe. Elle y a finalement renoncé face aux protestations de la très grande majorité

(1) *Commission des Communautés - 30 avril 1992, XXIe Rapport sur la politique de concurrence.*

des Etats membres et du Parlement européen et a dû se rabattre sur la procédure de concertation de l'article 100 A dans laquelle la décision appartient au Conseil des ministres, après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social. Elle continue toutefois à laisser entendre qu'elle pourrait revenir à l'article 90-3 en cas d'échec. Cet exemple montre pourquoi et comment la politique de la concurrence tend à l'emporter sur toute autre dans la Communauté. Le Traité de Rome ne lui conférant aucune compétence en matière énergétique, c'est au nom de la libre circulation des marchandises et du respect des règles de concurrence que la Commission dispose aujourd'hui du droit d'intervenir dans cette matière.

Dans son dernier rapport au Conseil et au Parlement sur l'état de réalisation du marché unique sans frontières, la Commission décrit d'ailleurs les actions qu'elle a engagées pour libéraliser certains secteurs ; elles concernent l'énergie bien sûr, mais aussi les postes, avec l'adoption d'un livre vert en mai dernier, et les télécommunications. Dans ce dernier domaine, deux directives ont été adoptées, éliminant les droits exclusifs en matière de terminaux de télécommunication et de services autres que la téléphonie vocale. D'ores et déjà, le réexamen des droits exclusifs en matière de services dans ce dernier domaine est engagé.

3. Le règlement sur les concentrations

En 1989, le Conseil a adopté un règlement permettant à la Commission d'étendre son contrôle, au-delà des ententes et des abus de position dominante, aux opérations de concentrations d'entreprises. Lorsque ses décisions sont contestées, Sir Leon BRITTAN aime à rappeler que le règlement a été adopté à l'unanimité sous présidence française, Mme Edith CRESSON étant alors ministre délégué aux affaires européennes. Le fait est exact. Il convient cependant de rappeler le contexte historique particulier dans lequel le Conseil des ministres a été conduit à adopter ce texte, tout en l'assortissant de conditions d'application restrictives.

En effet, aucune disposition du Traité de Rome ne permet à la Commission d'exercer un contrôle sur les opérations de concentration ; en 1957, un tel contrôle ne paraissait pas prioritaire. Cependant, celle-ci souhaitait pouvoir contrôler ce type d'opérations. C'est ainsi qu'elle décida, en 1972, d'interdire le rachat par Europemballage Corporation, filiale de l'entreprise américaine Continental Can, d'un nombre considérable d'actions de Thomassen et Drijver-Verblifa N.V., entreprise néerlandaise, utilisant pour ce faire l'article 86 du Traité de Rome (abus de position dominante). La Cour de justice, saisie de l'affaire, tout en cassant la décision de la Commission, confirma en 1973 que l'article 86 pouvait être utilisé

pour interdire une concentration impliquant une entreprise nettement dominante (1). Dès ce moment, on envisagea donc de doter la Commission d'un pouvoir de contrôle des concentrations. Mais la proposition qu'elle formula se heurta à l'inertie calculée des Etats.

C'est un nouvel arrêt de la Cour de justice qui allait précipiter les choses. En 1987, celle-ci estima en effet que l'article 85 du Traité de Rome sur les ententes pouvait s'appliquer aux fusions et concentrations d'entreprises (2). Cette extension des pouvoirs de la Commission s'est donc effectuée en dépit des réserves des gouvernements et sans leur aval.

En utilisant l'un ou l'autre des articles 85 et 86, la Commission se trouvait désormais en droit d'exercer son contrôle de manière totalement indépendante sur les opérations de concentration. C'est pourquoi ceux-ci ont adopté un règlement en vue de clarifier et de préciser les conditions d'exercice de ce nouveau pouvoir (3).

Le règlement adopté par le Conseil le 21 décembre 1989 à l'unanimité donna donc à la Commission une compétence exclusive pour déclarer les concentrations compatibles ou

incompatibles avec le marché commun, excluant du même coup la compétence des Etats en la matière.

Cependant, son intervention est soumise à trois critères liés au chiffre d'affaires des entreprises concernées. Celui-ci doit être :

- au plan mondial, supérieur à 5 milliards d'écus,

(1) *C.J.C.E. - 21 février 1973, Europemballage et Continental Can Company Inc c/Commission.*

(2) *C.J.C.E. - 17 novembre 1987, British American tobacco Company Ltd c/Commission et RJ Reynolds Industries Inc c/Commission.*

(3) *La distinction entre règlement et directive fait l'objet de l'article 189 du Traité de Rome. Celui-ci dispose : "Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives (...)*

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre.

La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens."

- au plan communautaire, supérieur à 250 millions d'écus pour au moins deux des entreprises,

- au plan transcommunautaire (c'est-à-dire réalisé dans plus d'un seul Etat membre de l'une des entreprises au moins), il doit correspondre au minimum au tiers du chiffre d'affaires total de l'entreprise.

La Commission examine si l'opération crée ou renforce une position dominante et si celle-ci est de nature à entraver la concurrence de façon significative dans le Marché commun. Si elle estime que ces deux conditions sont remplies, la Commission déclare l'opération de concentration illicite. Aucune dérogation n'est possible si l'incompatibilité est constatée.

Comme en matière d'ententes et d'abus de position dominante, l'enquête et la décision sont entièrement entre les mains de la Commission. Si l'opération ne présente pas de doute sérieux quant à sa compatibilité avec le Marché commun, le commissaire à la concurrence peut au nom de la Commission l'autoriser dans un délai d'un mois. Dans le cas contraire, une procédure d'enquête approfondie est ouverte, qui aboutit à un vote de la Commission au bout de quatre mois.

Rappelons qu'en 1991 la Commission a rendu 60 décisions. Dans 50 cas, elle a émis un avis positif sous un mois. Dans cinq cas, elle a procédé à une enquête approfondie. quatre d'entre eux ont fait l'objet d'une autorisation dont trois avec conditions et obligations. Une seule opération - affaire de Havilland - a été jugée incompatible avec le Marché commun.

Ainsi, ce nouveau règlement sur le contrôle des concentrations a étendu les attributions de la Commission bien au-delà des pouvoirs que lui avait conférés le Traité de Rome. En fait, aujourd'hui, l'intégralité de la politique de concurrence relève d'elle et d'elle seule.

Dès lors, on est en droit de se demander si les conditions actuelles de mise en oeuvre de cette politique, au demeurant nécessaire, sont les meilleures et surtout si la concurrence ne tend pas à devenir dans la Communauté une fin en soi.

II- UNE POLITIQUE À LA FOIS DOGMATIQUE ET... INCERTAINE

Les attaques contre les monopoles publics, l'affaire De Havilland, le rachat de Perrier par Nestlé, l'affrontement d'Air France avec la Commission, ces différents dossiers ont attiré, particulièrement en France, l'attention sur les nouvelles conditions de mise en oeuvre de la politique européenne de la concurrence.

En effet, tant dans la procédure suivie que sur le fond, le contrôle communautaire fait aujourd'hui problème.

A - Une procédure contestable

En matière d'ententes et d'abus de position dominante, comme en matière d'aides d'Etat, l'enquête est confiée à la direction générale IV (DG IV) de la Commission, placée sous la responsabilité du commissaire à la concurrence. En ce qui concerne les concentrations, elle relève de la "Mergers Task force", instance rattachée à la DG IV. Dans tous les cas, la décision revient à la Commission, qui statue souverainement à la suite d'un vote de l'ensemble des commissaires.

En apparence très démocratique, cette procédure est cependant loin d'être satisfaisante.

1. L'étendue des pouvoirs d'enquête

On ignore souvent l'étendue des pouvoirs d'enquête de la DG IV. Or, ses agents peuvent entreprendre des procédures de vérification auprès des entreprises soupçonnées de pratiques anticoncurrentielles (1), sur simple mandat ou décision de la Commission, sans intervention d'un juge quelconque.

Lorsqu'il s'agit d'une vérification sous mandat, l'entreprise est libre de refuser ; mais lorsque la vérification est ordonnée par voie de décision, elle est tenue de s'y soumettre. La seule contrainte pour la Commission réside dans l'obligation d'informer l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification est effectuée.

L'article 14 § 1 du règlement de 1962 énonce les pouvoirs dont les agents de la Commission sont investis lors de la réalisation des vérifications : contrôler les livres et autres documents

(1) Règlement n° 17/62 du Conseil du 6 février 1962

professionnels, prendre copie ou extrait des livres et documents professionnels, demander sur place des explications orales, accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises.

Certaines entreprises ont fait la rude expérience de ces vérifications qui s'apparentent à de véritables perquisitions. Dans le cadre d'une enquête portant sur le transport combiné international de marchandises, la S.N.C.F. était soupçonnée, au même titre que d'autres réseaux de chemin de fer, de pratiques d'ententes et d'abus de position dominante ; elle a donc fait l'objet d'une procédure de vérification extrêmement approfondie, frôlant l'inquisition.

2. *L'incertitude juridique*

Lors de l'enquête, la DG IV est amenée à utiliser des notions juridiques où intervient une forte part de subjectivité, en particulier celle de "marché relevant". Il s'agit du marché sur lequel s'apprécie la situation en termes de concurrence. Selon que le marché sera défini de manière plus ou moins extensive, la position d'une entreprise paraîtra plus ou moins dominante. Il s'agit donc d'une appréciation essentielle. Or, les décisions de la Commission dans ce domaine ne sont pas, à tout le moins, d'une rigueur absolue.

Dans certaines affaires, on a même parfois l'impression que le "marché relevant" est défini en fonction du résultat souhaité comme en témoigne le constat suivant : *"Une autre affaire allait bientôt ternir la politique de concurrence de Bruxelles : la prise de contrôle de VAN NELLE par le Hollandais DOUWE EGBERTS. A eux deux, ces producteurs de café détiennent en effet 70% du marché du Benelux (...). Abus de position dominante", observa aussitôt la DG IV. La Commission, à qui revient la décision finale, autorisa pourtant la concentration. Que s'était-il passé entre temps ? C'est Frans ANDRIESSEN, le commissaire néerlandais, qui joua de tout son poids pour convaincre ses collègues de considérer cette fusion dans le contexte européen, et non dans le seul Benelux."*(1)

D'autre part, les textes sont parfois interprétés de manière très variable. Ce fut par exemple le cas de la décision concernant le rachat de Perrier par Nestlé. Le règlement de 1989 sur les concentrations prévoit en effet que *"les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de*

(1) THUREAU-DANGIN (Philippe), *Contrôle de la concurrence : l'action des organismes français et communautaires*, Problèmes économiques, 17 juillet 1991.

celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun" (art. 3).

De l'avis général, cette disposition doit être interprétée comme condamnant l'abus de position dominante d'une *seule* entreprise sur un marché. Or, la Commission, dans l'affaire Nestlé-Perrier, a estimé que cette disposition s'appliquait également à un *duopole* (en l'occurrence avec BSN). Ce qu'il était difficile de déduire de la seule lecture du règlement...

L'autorisation récente par la Commission de la fusion entre British Airways et Dan Air conduit également à s'interroger. En effet, celle-ci a considéré que cette opération n'atteignait pas les seuils à partir desquels une concentration est du niveau communautaire. Il est vrai que dans le calcul du chiffre d'affaires de Dan Air, elle n'a pas pris en compte l'activité charter au prétexte que cette société y avait mis un terme juste avant l'examen du dossier. Cependant la situation actuelle de British Airways, qui a successivement racheté TAT et Dan Air, méritait au moins d'être examinée sous l'angle de l'abus de position dominante. Or, la DG IV a rejeté une requête de British Midland Airways en ce sens, estimant qu'elle n'apportait aucun élément nouveau. En revanche, les rachats par Air France d'Air Inter et U.T.A., puis de Sabena, ont donné lieu à des enquêtes longues et approfondies ; des conditions sévères ont été imposées à l'entreprise française. Même si le dossier British Airways-Dan Air a dû être rouvert à la demande de l'Etat belge, cette diversité de traitement pose problème.

3. Un interventionnisme paradoxal

En outre, la Commission ne se contente pas d'accepter ou de refuser certaines opérations. Son acceptation éventuelle s'accompagne le plus souvent de conditions rigoureuses et détaillées imposées aux entreprises concernées.

C'est ainsi que pour le rachat de Perrier, Nestlé a dû accepter de se séparer de huit sources d'importance moindre, qui devront être attribuées à un groupe unique autre que BSN. Le but de la Commission a donc été de transformer autoritairement, au nom de la libre concurrence, un duopole en un oligopole formé de trois entités. Plus curieusement encore, la précision des conditions posées équivalait à dresser un portrait-robot du groupe susceptible de faire ainsi son entrée sur le marché.

Cette tactique de la négociation, érigée de plus en plus en principe, a certes un avantage : elle permet à la DG IV de présenter pour approbation à la Commission un dossier "tout ficelé". A caractère technique, accepté - ou plutôt subi - par les entreprises, il

est en quelque sorte à prendre ou à laisser, échappant en particulier à la compétence de la DG III, chargée de la politique industrielle.

On peut se demander cependant si ce "bricolage" juridique qui consiste à reconstruire le dossier présenté par les entreprises, ne va pas bien au-delà des missions d'une autorité de surveillance de la concurrence.

De ce comportement, on a pu tirer la conclusion suivante : *"Au nom d'une économie de marché pure, on multiplie sans cesse les règles pour assurer une concurrence que l'on veut parfaite (...). Les services de Leon BRITTAN, commissaire à la concurrence, sont parfois pris d'une véritable frénésie : ce n'est plus celle de l'Etat colbertiste, de l'Etat régulateur et gestionnaire. C'est une tyrannie dictée par le souci permanent du respect du marché (...). Au départ, on voulait limiter le rôle de l'Etat. On aboutit en réalité à un fonctionnement épouvantablement bureaucratique"*(1).

4. *Que devient la subsidiarité ?*

Et pourtant sir Leon BRITTAN a réaffirmé récemment et avec force que la subsidiarité avait vocation à s'appliquer à la politique de la concurrence (2).

Or, cette déclaration ne laisse pas de surprendre lorsque l'on constate que dans l'affaire Perrier-Nestlé, la Commission a précisément choisi de prendre en compte le seul marché français pour apprécier la situation concurrentielle. En toute logique, une saine application du principe de subsidiarité n'aurait-elle pas dû conduire à renvoyer cette affaire aux organes nationaux compétents ?

De même, la Commission s'est prononcée en faveur d'une diminution des seuils à partir desquels une concentration est prise en considération au niveau communautaire. Or, cette disposition aurait pour effet de transférer de la compétence nationale à la compétence communautaire un grand nombre d'affaires supplémentaires.

Le Gouvernement français a d'ailleurs éprouvé le besoin de réagir pour affirmer en cette matière les compétences

(1) *Pierre ROSAVALLON : "Bruxelles, tu nous étouffes", Le Nouvel observateur, 6-12/2/92.*

(2) *Sir Leon BRITTAN : "La subsidiarité dans la constitution de la Communauté européenne", Robert Schuman Lecture, Institut universitaire européen (Florence). On trouvera en annexe l'essentiel de ses déclarations.*

nationales. Lors de la discussion au Sénat du projet de loi sur les règles de passation de marchés le 28 octobre dernier, il a fait adopter un amendement précisant que *"dans l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, après l'article 56, il est inséré un article additionnel ainsi rédigé : Pour l'application des articles 85 à 87 du Traité de Rome, le ministre chargé de l'économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités, d'une part, le Conseil de la concurrence, d'autre part, disposent respectivement des pouvoirs qui leur sont reconnus respectivement par les titres III, VI et VII et par le titre III. Les règles de procédure prévues par ces textes leur sont applicables."*

Lors du débat, Mme Véronique NEIERTZ, Secrétaire d'Etat aux droits des femmes et de la consommation, a précisé que cet amendement avait pour but de permettre aux autorités nationales de traiter d'affaires de concurrence qui relevaient jusqu'ici du droit communautaire.

On peut s'interroger sur l'effet réel d'une telle disposition. Du moins reflète-t-elle le souci d'un meilleur respect de la subsidiarité dans un domaine où la Commission dispose de prérogatives extrêmement étendues.

5. Une transparence insuffisante

Dans son XXI^e rapport sur la politique de concurrence, la Commission évoque son souci de rendre cette politique plus transparente.

En fait, cette transparence demeure très insuffisante, ce qui peut nuire au bon exercice des droits de la défense. Ainsi, de nombreux chefs d'entreprise se plaignent du fait que, dans ses communications de griefs, la DG IV présente des extraits de témoignages accusant l'entreprise, sans que l'intégralité de ces documents soit accessible. Elle enquête actuellement sur des pratiques d'entente entre 76 entreprises ou associations d'entreprises cimentières. Certaines de ces sociétés et des associations professionnelles ont intenté un procès à la Commission, au nom de laquelle la DG IV intervient, pour non-respect des droits de la défense. En effet, la communication de griefs n'a pas été communiquée à chacune des entreprises dans son intégralité. De plus, seule une partie des documents leur a été accessible. Cela ne contribue guère à créer un climat de confiance entre ces dernières et l'autorité chargée de les contrôler.

6. Le recours illusoire à la Cour de justice

La Commission, lorsqu'elle met en avant le caractère démocratique de la procédure suivie, invoque souvent le recours dont

disposent les entreprises ou les Etats devant les juridictions communautaires, Tribunal de première instance et Cour de justice (1). De fait, la création de ce Tribunal spécialisé en matière de droit des affaires, a apporté quelques améliorations en termes de délais de jugement, même si un bilan de son activité est encore difficile à établir. Toutefois, dans certains cas, et en particulier pour les fusions, un tel recours s'avère passablement factice. Les délais de jugement de la Cour de justice atteignent aujourd'hui en effet cinq ans...

L'affaire Nestlé-Perrier constitue ici encore un bon exemple. Le rachat de Perrier par Nestlé s'est fait par voie d'Offre Publique d'Achat (O.P.A.) : Nestlé avait donc pris le contrôle de Perrier. Si la Commission avait condamné l'opération, Nestlé aurait pu saisir la Cour de justice. Mais, dans l'attente de sa décision, un administrateur aurait été nommé à la tête de Perrier. En cas de décision négative de la Cour, Nestlé aurait dû revendre Perrier. On comprend, dans ces conditions, que Nestlé ait accepté les conditions imposées par la Commission, sans envisager de faire valoir ses droits devant la Cour...

De ces quelques remarques, se dégagent trois constats :

- la DG IV et le commissaire responsable de la concurrence détiennent un pouvoir d'investigation considérable pendant le déroulement de la procédure ;

- l'absence de contre-pouvoir leur laisse une grande latitude pour interpréter les textes et imposer, le cas échéant, des obligations singulièrement contraignantes aux entreprises ;

- enfin, compte tenu du mode de décision, le lobbying et la négociation directe entre la Commission et l'entreprise soupçonnée de pratiques anticoncurrentielles jouent un rôle essentiel.

Ce type de pratiques où le respect d'un droit apparemment rigide s'accompagne d'une grande souplesse dans son application, où la compétence technique des services - que nul ne conteste - n'exclut pas une appréciation finale parfois très politique des dossiers, compose un ensemble qui peut surprendre et heurter le goût bien français de la clarté. Il ne suffit pas, en effet, face à la Direction générale de la concurrence, d'être sûr de son bon droit. Il faut encore et surtout en convaincre ses censeurs. Et faute d'y

(1) La création du tribunal de première instance a été décidée par le Conseil des ministres le 24 octobre 1988.

parvenir, accepter de composer avec eux. Encore est-il indispensable de s'en faire connaître et de les connaître.

Cette interprétation du droit où le jugement se transforme souvent en arrangement n'est guère conforme, reconnaissons-le, à la conception que peuvent s'en faire les Latins.

D'où les déboires qu'ont rencontrés plus que d'autres à Bruxelles les entreprises françaises et dont l'affaire de Havilland est un bon exemple.

UN EXEMPLE : L'AFFAIRE DE HAVILLAND

En octobre 1991, la Commission des Communautés a opposé son veto au rachat de l'entreprise canadienne de Havilland par Aerospatiale et Alenia. Cette affaire a soulevé plusieurs critiques :

- la Commission a retenu comme marché de référence le marché des avions à turbopropulseurs de 20 à 70 sièges. Une segmentation légèrement différente aurait fait apparaître une situation nettement moins dominante du groupe formé par Alenia, Aerospatiale et De Havilland ;
- le commissaire à la concurrence a mené seul la procédure, les commissaires responsables de l'industrie et des transports, pourtant particulièrement concernés, n'ayant été consultés qu'au moment du vote final (ils ont voté en faveur de la concentration) ;
- la presse s'est fait l'écho de négociations entre commissaires européens qui auraient précédé cette décision : "Le vendredi 27 septembre, les chefs de cabinet de neuf commissaires ont exprimé leur accord sur le dossier de reprise de De Havilland, quatre autres seulement s'y déclarant opposés et les quatre derniers s'abstenant. Pourquoi le mardi suivant, sont-ils neuf commissaires à voter contre ? L'autre commissaire espagnol, M. Manuel Marin, songeait-il aux soutiens nécessaires pour son prochain plan de réorganisation de la pêche européenne, sujet ultra sensible en Espagne ? Et que peut refuser le commissaire, M. Cardoso e Cunha, à Sir Leon quand celui-ci vient de rejeter la plainte de Matra contre les aides au développement régional accordées à la nouvelle usine Ford-Volkswagen de Palmela, commune du Portugal aussi peu déshéritée qu'on peut l'être quand on se situe à 20 minutes d'autoroute de Lisbonne et à 10 minutes du port et de la zone industrielle de Setubal ?" (Le nouvel économiste, 11 octobre 1991).

La politique ne paraît donc pas absente des décisions de la Commission. Il reste que dans cette affaire, les entreprises concernées ont très certainement manifesté une connaissance insuffisante de la complexité et de la subtilité des rouages communautaires. En particulier, la tentative de faire jouer le levier politique après la décision ne pouvait qu'être vouée à l'échec.

B - La concurrence, instrument ou fin ?

Au-delà de la procédure utilisée, l'usage qui est fait aujourd'hui de la politique de concurrence peut susciter certaines interrogations. Les considérations de politique industrielle semblent en effet systématiquement écartées, la concurrence devenant une fin en soi.

A l'heure où s'achèvent difficilement les négociations du GATT et où l'économie devient un phénomène définitivement planétaire, il semble pourtant peu réaliste d'ignorer la concurrence mondiale pour ne s'intéresser qu'à la concurrence communautaire. De même, la remise en cause systématique et non négociée des services publics paraît sacrifier à un dogmatisme bien aveugle.

1. Le mythe de la politique industrielle

La nécessité d'une politique industrielle européenne est souvent avancée pour contester les choix de la Commission. En réalité, les textes communautaires en la matière sont très pauvres. Totalement ignorée du Traité de Rome et de l'Acte unique, elle fait en tout et pour tout l'objet d'un seul article dans le Traité de Maastricht, au demeurant rédigé en termes extrêmement généraux.

Article 130 du Traité de Maastricht

"La Communauté et les Etats membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la Communauté soient assurées.

A cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à :

- *accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels ;*
- *encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de la Communauté et, notamment, des petites et moyennes entreprises ;*
- *encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises ;*
- *favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique. (...)*

Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par la Communauté, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence".

Les dispositions de cet article frappent par leur caractère très peu contraignant. L'Europe s'est construite sur un modèle libéral ; il n'est donc guère étonnant que les tentatives de mettre en place une politique industrielle aient échoué. L'exemple récent de l'électronique est à cet égard particulièrement éclairant. Le projet de rapprochement entre les trois producteurs européens de

semi-conducteurs, l'allemand Siemens, le néerlandais Philips et le franco-italien SGS-Thomson s'est soldé par un échec. Siemens s'est par la suite associé avec I.B.M.

Si l'on fait un bilan des actions industrielles menées au niveau européen depuis 30 ans, on s'aperçoit que les grandes réussites, comme Airbus ou Ariane, ont été le résultat d'accords entre gouvernements et non d'actions conduites dans le cadre de la CEE pour lesquelles un accord de l'ensemble des États membres aurait sans doute été impossible à obtenir.

Certes, en 1990, le Conseil des ministres a approuvé une communication de la commission intitulée "La politique industrielle dans un environnement ouvert et concurrentiel". Ce document met essentiellement l'accent sur la nécessité de créer un environnement approprié pour les entreprises. D'ores et déjà, le commissaire à l'industrie et la direction générale placée sous son autorité agissent en faveur d'une harmonisation des législations qui doit faciliter les projets des entreprises ; c'est notamment le cas dans le secteur de la biotechnologie ou des transports internationaux.

On peut se demander s'il ne faudrait pas aller plus loin et favoriser les rapprochements entre sociétés.

Dans de nombreux secteurs, seule une action commune au niveau européen permettra de faire face à la concurrence internationale, compte tenu des sommes indispensables à la réalisation de certains projets. Dans le secteur de l'armement, par exemple, les coûts de plus en plus élevés des équipements imposeront tôt ou tard une coopération intracommunautaire.

Il ne s'agit pas d'instaurer au niveau de l'Europe un système interventionniste comme parait le redouter le commissaire à la concurrence sortant, mais simplement de constater la nécessité d'actions communes dans un cadre d'une économie mondiale dominée par les oligopoles. Au sein de la Commission d'ailleurs existent des tensions entre directions qui ont des conceptions différentes, voire antagonistes. Ainsi, la position de Martin BANGEMANN, commissaire chargé de l'industrie, diverge souvent de celle de son collègue, Leon BRITTAN pour qui la lutte contre les distorsions de concurrence reste l'alpha et l'omega de la politique industrielle. Dans un article récent, M. BANGEMANN écrivait : *C'est faire preuve de naïveté que de penser que la concurrence fonctionne au mieux lorsque l'on a cent concurrents plutôt que dix. En effet, si la concurrence nécessite des concurrents puissants, leur nombre est un facteur relativement secondaire. Ainsi, il peut se faire que lorsqu'il existe deux ou trois concurrents seulement, la*

concurrence soit beaucoup plus énergique que lorsqu'une centaine de petites entreprises se côtoient pacifiquement sur le marché."(1).

Néanmoins, les prises de position des uns et des autres ne sont pas exemptes d'ambiguïtés. Dans le même article, M. BANGEMANN écrit : *"Je me hâte de dire qu'il ne s'agit en aucun cas de fabriquer des champions européens à qui la politique industrielle confierait le soin de damer le pion aux Japonais et aux Américains"*. Ce qui ne l'empêche pas de constater, deux pages plus loin, à propos de l'industrie électronique : *"ce n'est que maintenant que l'on commence à prendre conscience qu'il faut des partenaires puissants pour pouvoir résister à la supériorité américaine et japonaise."*

Dans de nombreuses affaires de concurrence, l'aspect économique semble avoir été totalement ignoré. En février 1992, le groupe Bollore Technologies a été condamné à une amende de 15 millions d'écus à cause de pratiques d'ententes et d'abus de position dominante mises en oeuvre entre 1985 et 1989 par la société Delmas-Vieljeux qu'il avait rachetée un an plus tôt. Malgré son engagement d'abandon définitif de ces pratiques, le groupe Bollore a donc vu son bénéfice amputé de moitié. Encore le groupe a-t-il obtenu, après négociations, une réduction substantielle de l'amende, au départ fixée à plus de 33 millions d'écus. Une pénalité de ce montant aurait condamné l'entreprise à la faillite, sans que, semble-t-il, les responsables de la politique de concurrence s'en émeuvent outre mesure.

De même, il est singulièrement dangereux de s'en tenir au seul cadre européen pour apprécier une situation concurrentielle. Ce choix ne serait pas dommageable si les entreprises américaines et japonaises étaient soumises à des conditions aussi rigoureuses. Mais au Japon, lorsqu'un secteur est considéré comme d'intérêt national, les ententes sont encouragées par l'intermédiaire du M.I.T.I. On peut également s'étonner que les équipementiers japonais aient pu bénéficier d'aides régionales pour s'installer en Europe. Quant aux services américains de contrôle de la concurrence, ils sont souvent moins sévères que leurs homologues européens. C'est ainsi qu'ils n'avaient pas fait d'objection au rachat de la société De Havilland par Aérospatiale et Alénia.

A la limite, il est permis d'affirmer que la politique de concurrence, telle qu'elle est menée aujourd'hui, conduit à

(1) *"Pour une politique industrielle européenne", Revue du marché commun et de l'Union européenne, n° 358, mai 1992.*

créer des distorsions de concurrence à l'encontre des entreprises européennes.

Il serait cependant injuste de reprocher à la Commission son manque d'intérêt pour une politique industrielle communautaire. La notion, on l'a vu, en est à peu près absente des textes fondateurs de la C.E.E. signés par les Etats et qu'elle a mission d'appliquer. Seule une volonté politique émanant du Conseil pourrait lui donner ses chances. Au moins, doit-on regretter que sur les affaires de concurrence, le commissaire responsable de l'industrie et, le cas échéant, d'autres commissaires compétents, ne soient pas davantage associés à la procédure de décision.

2. Une nouvelle cible : les entreprises publiques

Depuis quelques années, le commissaire à la concurrence a déclaré la guerre aux grands monopoles nationaux. Le secteur des télécommunications a déjà fait l'objet de plusieurs directives, la téléphonie vocale étant maintenant en ligne de mire. La Commission s'intéresse de près aux monopoles dans le secteur de l'énergie, mais aussi dans le secteur des postes ou des chemins de fer.

Incontestablement, il était nécessaire d'ouvrir une réflexion sur l'avenir des grands services publics. Des améliorations semblent en effet possibles et souhaitables dans la gestion d'entreprises lourdes et qui n'ont que peu évolué depuis leur création.

Mais l'approche de certains dossiers paraît au moins contestable et semble ignorer le rôle indéniable que jouent les services publics dans le progrès économique et l'aménagement du territoire.

Dans le secteur de l'énergie, les propositions de directives de février 1992 envisagent en particulier d'introduire l'Accès des Tiers au Réseau (A.T.R.), c'est-à-dire la possibilité pour toute entreprise souhaitant acheminer du courant ou du gaz, d'utiliser, moyennant rémunération, le réseau de l'opérateur public. Or, l'A.T.R. présente un risque, celui d'interdire une planification à long terme car les investissements les plus rapidement rentables seront privilégiés. De plus, le système de péréquation tarifaire actuellement en vigueur risque d'être remis en cause par cette logique de concurrence pure et dure. Au reste, ces propositions ont peu de chances d'être adoptées en l'état. D'autant plus que des progrès ont déjà été accomplis avec les directives sur le transit et la transparence des prix, qui pourraient être approfondis.

Pour ce qui concerne le chemin de fer, la DG IV a engagé des procédures contre les accords existant entre les opérateurs européens en matière de transport combiné rail-route. Là encore, on perçoit mal le but poursuivi, dans la mesure où ces accords ont

essentiellement pour but de permettre une harmonisation entre les réseaux. Ainsi, les tarifs sont proposés collectivement, ce qui doit permettre au client d'avoir une réponse immédiate et globale de la part de l'opérateur auquel il s'adresse. D'ores et déjà, une directive du 29 juillet 1991 prévoit que plusieurs compagnies nationales européennes de chemin de fer peuvent, à condition toutefois de s'associer, utiliser le réseau d'un autre Etat membre, en particulier en matière de transport combiné.

En revanche, la méthode adoptée pour la réalisation d'un marché commun postal semble prendre davantage en compte les avis des parties concernées. Une période de consultation a permis, en France, de recueillir les avis des autorités politiques, des syndicats, de la Poste, des clients... On doit espérer que cette méthode se poursuivra jusqu'à son terme et que les préoccupations de service public ne seront pas totalement négligées lors de la décision qui devrait prendre la forme d'une directive du Conseil des ministres. Sans doute faut-il trouver l'explication de cette démarche moins agressive et plus réaliste dans le fait que ce dossier n'a pas été géré par le seul commissaire à la concurrence, mais en association avec le commissaire chargé des télécommunications, M. Filippo Maria Pandolfi.

3. Le choc de deux cultures

Les lacunes ou les excès que connaît la mise en oeuvre de la politique européenne de la concurrence ont suscité de vives critiques à Paris mais aussi ailleurs.

Mais cette incompréhension a une raison plus profonde qui tient au fait que la tradition juridique qui domine à Bruxelles n'a que peu de rapport avec la conception française d'un droit incarné par l'Etat.

D'inspiration anglo-saxonne, elle se réfère à des principes généraux, abstraits, pour ainsi dire intemporels. C'est par exemple le cas aux Etats-Unis qui confient au corps des juristes composant la Cour suprême le soin d'adapter la Constitution aux circonstances changeantes de l'histoire (1).

Il en résulte deux conséquences :

- l'application du droit général aux cas particuliers a finalement plus de poids, plus d'autorité que ce dernier. Avec elle, d'abstrait et théorique, il devient concret et opératoire ;

(1) Cf Robert G. McCLOSKEY : *La Cour suprême des Etats-Unis*.

- en revanche, ce droit, fruit d'une interprétation, d'une actualisation permanentes, s'impose à tout pouvoir qu'il soit politique, administratif ou économique. C'est ainsi qu'il arrive à la Cour suprême américaine de condamner une décision émanant du président lui-même, des Etats fédérés ou des grands groupes industriels.

Cependant, si l'approche du problème délicat des rapports entre la politique et le droit est très différente en pays anglo-saxons et en pays latins, sa solution donne finalement dans les deux cas la priorité au politique. Chez les premiers, le juridique paraît primer le politique ; en réalité, il l'intègre. Chez les seconds, c'est le pouvoir politique qui pour s'imposer prend la forme du droit.

Reste cependant une différence fondamentale : dans un cas, ce droit est négociable et... négocié ; dans l'autre, il est édicté et... subi.

Indiscutablement, de ce point de vue, le droit européen est beaucoup plus proche du droit anglo-saxon que du droit latin(1). Il est vrai que ce dernier était sans doute peu adapté à l'ensemble original que constitue la Communauté européenne, composée de nations dotées chacune d'une singularité forte. Par contre, la conception pragmatique du droit propre à des peuples à structure administrative souvent très décentralisée, voués par tradition au commerce, c'est-à-dire familiers de la pratique du contrat et portés au compromis, lui convenait sans doute mieux.

*

* *

Encore ne faudrait-il pas que, sous un souci apparent de concertation et d' "arrangement", resurgisse de façon paradoxale une tentation interventionniste et dirigiste.

Pour combattre cette dérive et en éviter les pièges, il est indispensable de respecter certaines règles.

Nous les rappelons ci-après, telles qu'elles résultent des informations que nous avons pu recueillir auprès de responsables d'entreprises qui en ont, souvent à leurs dépens, constaté l'importance.

(1) On trouvera une analyse particulièrement pertinente de ce problème dans *"Le droit sans l'Etat"* de Laurent COHEN-TANUGI.

DU BON USAGE DE LA DG IV

1 - Information de la Commission

Trop souvent, les entreprises françaises, sûres de leur bon droit, négligent de répondre de manière complète et approfondie aux demandes de renseignements de la DG IV et s'étonnent ensuite de décisions défavorables. Elles doivent désormais pleinement intégrer la politique communautaire de la concurrence dans les paramètres qui déterminent leurs choix importants.

2 - Défense du dossier

Il convient d'intervenir dès le début de la procédure, et non d'essayer d'actionner un levier politique quelconque une fois la décision rendue. Les moyens d'action existent ; notamment en matière de concentrations, l'entreprise doit sensibiliser l'ensemble des commissaires et leur faire comprendre les particularités de son dossier. La DG III (industrie) étant associée à la procédure, les contacts avec ses représentants ne sont pas à négliger. Au cours de l'instruction d'un dossier, de multiples négociations sont possibles à tous les échelons ; Il est en particulier déconseillé d'adopter une stratégie d'affrontement, comme l'ont fait Aerospatiale et Alenia dans l'affaire De Havilland et ce, d'autant plus que le recours à la Cour de Justice est très aléatoire, compte tenu des délais. Le recours à une autorité politique et notamment au président de la Commission est vain. Celui-ci n'a aucun pouvoir d'arbitrage ; il n'est, au sein de la Commission qu'un *primus inter pares*. Les entreprises qui négocient sortent souvent sans dommage grave des procédures entamées contre elles. A cet égard, certaines sociétés françaises, publiques ou privées, ont une meilleure approche de ce problème que d'autres...

Enfin, la plupart des affaires résultant de plaintes déposées par les entreprises concurrentes auprès de la DG IV, il ne faut pas hésiter à déposer à son tour contre elles, s'il y a lieu.

3 - La mise en place de liens permanents

L'existence de liens permanents entre une société et la DG IV est très appréciée à Bruxelles. C'est ainsi que nombre de grandes sociétés y ont installé un représentant chargé d'expliquer et de faire connaître leurs actions. Certaines d'entre elles envoient régulièrement un membre de leur personnel auprès des fonctionnaires de la DG IV pour évoquer leurs projets.

Dernier conseil : un principe essentiel consiste à ne jamais rien tenir pour acquis mais à se tenir toujours prêt à faire de nouvelles propositions.

III - UN SYSTEME A REVOIR

Au terme de cette étude, trop rapide à coup sûr en une matière aussi complexe mais qui s'est efforcée de mettre en lumière le durcissement et les singularités de la politique européenne de la concurrence telle, du moins, qu'elle a été conduite au cours des dernières années, un constat s'impose : la situation n'est pas satisfaisante et comporte des risques graves pour l'avenir. Un certain nombre de réformes ou tout au moins d'améliorations doivent donc être mises en oeuvre.

A - Une situation dangereuse

Pendant longtemps, la politique de concurrence n'a pas suscité d'oppositions. Elle concernait essentiellement les ententes et les abus de position dominante sur lesquels existe un consensus relatif entre les Etats membres. L'adoption du règlement sur les concentrations, la mise en cause des monopoles nationaux et l'influence grandissante du libéralisme doctrinal ont profondément modifié cet équilibre. Enfin des considérations de caractère politique semblent être intervenues de plus en plus souvent dans les décisions.

La Commission des Communautés, responsable de la mise en oeuvre de cette politique, est un organe à la fois administratif et politique. Cette ambiguïté est sans doute pour beaucoup dans les contestations dont son comportement fait l'objet. Car *"on ne peut à la fois, et sans incohérence, manier le droit et l'économie, tout en se réservant la possibilité de faire de la politique."*(1)

La Commission est composée, on l'a vu, de directions qui ont parfois des conceptions différentes que l'on retrouve au niveau du collège des commissaires. Ses décisions sont le fruit d'équilibres momentanés qui dépendent largement du lobbying effectué par les entreprises et de l'influence prépondérante dont a longtemps disposé à l'évidence le commissaire à la concurrence sur ses collègues. Cette influence ne peut être négligée, dans la mesure où ce dernier peut soit interdire, soit au contraire accepter les aides accordées aux entreprises par les Etats membres, aides auxquelles les commissaires, selon leur appartenance nationale, peuvent être diversement sensibles.

(1) Hervé DUMEZ et Alain JEUNEMAÎTRE, *"La concurrence en Europe"*, Seuil, 1991

Composé étrange où s'enchevêtrent les considérations juridiques, techniques, économiques et politiques, la politique de la concurrence est devenue singulièrement difficile à déchiffrer comme l'a montré un exemple récent.

L'AFFAIRE SETUBAL

La Commission des Communautés et en particulier sir Léon Brittan, sont hostiles à toutes les aides d'Etat susceptibles de fausser la concurrence. Ils ont acquis, dans ce domaine, une réputation d'intransigeance et de rigueur.

Pourtant, en juillet 1991, la Commission a accepté un projet d'aide de 763 millions d'écus, soit plus de 4 milliards de francs, en faveur de l'implantation d'une usine Ford-Volkswagen dans la région de Setubal au Portugal. Cette aide comprend en particulier une aide directe de la Communauté de 547 millions d'écus au titre des fonds structurels.

L'usine servira à la fabrication d'un véhicule monocorps qui sera directement en concurrence avec la Renault Espace ; la capacité de production atteindra 180.000 véhicules par an en 1996, soit 50 % du marché européen.

L'importance d'une telle aide a de quoi surprendre. Certes, les seuils prévus par les textes communautaires ont été respectés. Mais elle contribuera à un encombrement du marché et surtout risque de fausser gravement les conditions de la concurrence.

Pour la justifier, la Commission évoque les exigences de la politique régionale communautaire au nom de laquelle il convient d'aider certains pays situés aux marges de la Communauté à combler leur retard économique.

Etrange argument. En effet, l'usine Ford-Volkswagen sera située à 20 minutes de Lisbonne et à 10 minutes de la zone industrielle de Setubal. Quant au Portugal, il a aujourd'hui le taux de chômage le plus faible de la Communauté et la croissance la plus forte.

Bien que l'usine soit d'ores et déjà en construction, l'affaire a fait l'objet, en particulier dans la presse allemande (!), de très sévères critiques.

Elle a provoqué un recours devant la Cour de Justice dont on attend avec intérêt la sentence.

B - Les voies d'une réforme

Des corrections s'imposent à l'évidence dans la conduite de la politique communautaire de la concurrence. Elles pourraient prendre plusieurs formes.

1. En premier lieu, il convient de développer la transparence de la procédure et des décisions, pour lui rendre la clarté qu'elle a perdue. Trop souvent les entreprises sont insuffisamment informées des griefs formulés contre elles.

2. L'application du principe de subsidiarité doit être renforcée. Le ministre français de l'économie a exprimé le souhait que les seuils à partir desquels intervient la réglementation des concentrations, soient relevés, de manière à donner davantage de capacité et de compétence aux autorités nationales. Pour le moment, et paradoxalement, la Commission est, au contraire, favorable à leur abaissement.

3. La DG IV (Concurrence) et la DG III (Politique industrielle) devraient constituer une instance unique. Depuis l'affaire De Havilland, la Commission a, il est vrai, décidé d'associer plus étroitement à l'instruction des dossiers tous les commissaires concernés par les projets de fusion ou de concentration d'entreprises. C'est ainsi que le commissaire responsable de la concurrence doit désormais informer ses collègues des raisons ayant justifié l'engagement de la procédure et de sa suite probable. Une telle mesure devrait permettre d'espérer que les considérations industrielles soient davantage prises en compte comme le réclamait le commissaire aux transports, M. Karel Van Miert, après l'affaire De Havilland : *"Le problème est de savoir si ce dossier a été examiné dans une perspective dynamique, incluant notamment les impératifs industriels et l'évolution du marché. Si cela avait été le cas, nos conclusions auraient été différentes. A l'avenir, de telles considérations devront être prises en compte par la Commission dès le départ."*(1). Il reste qu'aujourd'hui encore le pouvoir du commissaire chargé de la concurrence demeure largement prépondérant au stade de l'enquête. La plupart des commissaires, au moment de voter, ne connaissent pas toujours le fond des dossiers.

4. Ces corrections seraient utiles. Il n'est pas sûr qu'elles soient suffisantes. C'est pourquoi on doit se demander si la politique de concurrence ne devrait pas, comme c'est le cas dans certains pays, relever d'une autorité indépendante. Un tel système fonctionne en Allemagne avec une parfaite efficacité. Le Bundeskartellamt est une institution rattachée au ministère fédéral de l'économie, mais totalement indépendante dans son processus de décision. Il se prononce de façon positive ou négative sur les cas de non respect des règles de la concurrence dont il est saisi. Mais il

(1) *Les Echos*, 11 octobre 1991. On ne peut que se satisfaire, à cet égard, de la nomination de M. Van MIERT au poste de commissaire à la concurrence.

n'intervient pas dans les décisions que l'entreprise peut avoir à prendre à la suite de son éventuelle condamnation.

Une telle réforme comporte à coup sûr un risque, celui de donner naissance à un organe encore plus éloigné des réalités économiques que ne l'est actuellement la DG IV. C'est pourquoi la composition de cette institution devrait être telle qu'aux juristes soient associées des personnalités particulièrement au fait des problèmes économiques et industriels.

Il est indispensable que la politique de concurrence ne soit plus mise en oeuvre par un organisme fermé sur lui-même, composé de personnalités certes souvent brillantes, mais ayant toutes, ou presque, une formation et un profil de carrière identiques. Un tel organisme devrait abandonner la pratique de négociation incessante qui est devenue la règle et qui conduit à une politique aux variations imprévisibles.

La procédure de pourvoi passerait devant le Tribunal de première instance, dont la compétence n'est pas discutée, puis devant la Cour de justice, comme c'est le cas actuellement.

Toutefois, dans la plupart des Etats, l'autorité politique dispose du pouvoir d'approuver ce que l'organe indépendant a interdit. C'est le cas en Allemagne où le ministre de l'économie peut autoriser, pour des raisons d'intérêt général, une fusion ou une entente que le Bundeskartellamt a condamnée.

Pour transcrire cette dérogation en droit communautaire, il suffirait que le Conseil des ministres puisse, à la majorité qualifiée, autoriser une concentration que l'organisme responsable du contrôle aurait interdite. Certains ont fait observer qu'une telle procédure conduirait à réintroduire dans la décision des considérations de caractère politique. L'objection n'est pas sans force. Mais au moins l'intervention politique, qu'il est de toute façon impossible d'éviter, serait-elle limitée à un nombre de cas très réduit et surtout s'effectueraient dans une parfaite clarté.

Quels qu'en soient le nombre et l'importance, une chose est certaine : la politique européenne de la concurrence appelle de sérieux aménagements si l'on veut qu'elle redevienne ce qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être, à savoir un instrument et non une fin.

La situation actuelle ne sert pas la construction communautaire.

LISTE DES ENTRETIENS

A Bruxelles

Sir Leon Brittan, vice-président de la Commission des Communautés, chargé de la politique de la concurrence.

M. Raymond Simonnet, directeur général adjoint de la Direction générale de la concurrence

M. Robert Verrue, directeur à la Direction générale du marché intérieur et des affaires industrielles

A Paris

M. Bernard Attali, président directeur général d'Air France

M. Jean Bergougnoux, directeur général d'EDF

M. Vincent Bolloré, président directeur général du groupe Bolloré Technologies

M. Georges Cagnard, directeur des relations extérieures de la Régie Renault

M. Philippe Cothier, directeur de la stratégie et du développement de Matra

Maitre Darrois, avocat à la Cour, Conseil de Nestlé en France

M. Henri Martre, président d'honneur de l'Aérospatiale

M. Alain Poinssot, directeur du fret à la SNCF

ANNEXE I

On trouvera ci-après l'intégralité des dispositions communautaires concernant la politique de la concurrence et la politique industrielle.

Leur disproportion est manifeste.

DISPOSITIONS DU TRAITÉ DE ROME RELATIVES À LA CONCURRENCE

LES REGLES DE CONCURRENCE

Section première

Les règles applicables aux entreprises

Article 85

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

— à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

— à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

— à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, et sans

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une part substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 86

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

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence.

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Article 87

1 Dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du présent traité, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête tous règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86.

Si de telles dispositions n'ont pas été adoptées dans le délai précité, elles sont établies par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

2. Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment:

a) d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 85, paragraphe 1, et à l'article 86, par l'institution d'amendes et d'astreintes.

b) de déterminer les modalités d'application de l'article 85, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part d'assurer une surveillance efficace, et d'autre part de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif.

c) de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 85 et 86.

d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de justice dans l'application des dispositions visées dans le présent paragraphe.

e) de définir les rapports entre les législations nationales d'une part, et d'autre part, les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article.

Article 88

Jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 87, les autorités des Etats membres statuent sur l'admissibilité d'ententes et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun, en conformité du droit de leur pays et des dispositions des articles 85, notamment paragraphe 3, et 86.

Article 89

1. Sans préjudice de l'article 88, la Commission veille, dès son entrée en fonctions, à l'application des principes fixés par les articles 85 et 86. Elle instruit, sur demande d'un Etat membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des Etats membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin.

2. S'il n'est pas mis fin aux infractions, la Commission constate l'infraction aux principes par une décision motivée. Elle peut publier sa décision et autoriser les Etats membres à prendre les mesures nécessaires, dont elle définit les conditions et les modalités pour remédier à la situation.

Article 90

1 Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole

fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

Section deuxième Les pratiques de dumping

Article 91

1. Si, au cours de la période de transition, la Commission, sur demande d'un État membre ou de tout autre intéressé, constate des pratiques de dumping exercées à l'intérieur du marché commun, elle adresse des recommandations à l'auteur ou aux auteurs de ces pratiques en vue d'y mettre fin.

Au cas où les pratiques de dumping continuent, la Commission autorise l'État membre lésé à prendre les mesures de protection dont elle définit les conditions et modalités.

2. Dès l'entrée en vigueur du présent traité, les produits originaires d'un État membre ou qui s'y trouvent en libre pratique et qui ont été exportés dans un autre État membre sont admis à la réimportation sur le territoire de ce premier État sans qu'ils puissent être assujettis à aucun droit de douane, restriction quantitative ou mesures d'effet équivalent. La Commission établit les réglementations appropriées pour l'application du présent paragraphe.

Section troisième Les aides accordées par les États

Article 92

1. Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges 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.

2. Sont compatibles avec le marché commun:

a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,

b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires.

c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun:

a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sevit un grave sous-emploi.

b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun, ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre.

c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Toutefois, les aides à la construction navale existant à la date du 1^{er} janvier 1957, pour autant qu'elles ne correspondent qu'à l'absence d'une protection douanière, sont progressivement réduites dans les mêmes conditions que celles applicables à l'élimination des droits de douane, sous réserve des dispositions du présent traité visant la politique commerciale commune vis-à-vis des pays tiers.

d) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.

Article 93

1. La Commission procède avec les Etats membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces Etats. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif du fonctionnement du marché commun.

2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un Etat ou au moyen de ressources d'Etat, n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 92, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'Etat intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine.

Si l'Etat en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre Etat intéressé peut saisir directement la Cour de justice, par dérogation aux articles 169 et 170.

Sur demande d'un Etat membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet Etat,

doit être considérée comme compatible avec le marché commun, en dérogation des dispositions de l'article 92 ou des règlements prévus à l'article 94, si des circonstances exceptionnelles justifient une telle décision. Si, à l'égard de cette aide, la Commission a ouvert la procédure prévue au présent paragraphe, alinéa 1, la demande de l'Etat intéressé adressée au Conseil aura pour effet de suspendre ladite procédure jusqu'à la prise de position du Conseil.

Toutefois, si le Conseil n'a pas pris position dans un délai de trois mois à compter de la demande, la Commission statue.

3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 92, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'Etat membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

Article 94

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 92 et 93 et fixer notamment les conditions d'application de l'article 93, paragraphe 3, et les catégories d'aides qui sont dispensées de cette procédure.

DISPOSITIONS DU TRAITÉ DE ROME MODIFIÉ PAR LE TRAITÉ DE MAASTRICHT RELATIVES À L'INDUSTRIE

• TITRE XIII

« Industrie

« Article 130

« 1. La Communauté et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la Communauté soient assurées.

« A cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à :

« - accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels :

« - encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de la Communauté et, notamment, des petites et moyennes entreprises :

« - encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises :

« - favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique.

« 2. Les États membres se consultent mutuellement en liaison avec la Commission et, pour autant que de besoin, coordonnent leurs actions. La Commission peut prendre toute initiative utile pour promouvoir cette coordination.

« 3. La Communauté contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 au travers des politiques et actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions du présent Traité. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, peut décider de mesures spécifiques destinées à appuyer les actions menées dans les États membres, afin de réaliser les objectifs visés au paragraphe 1.

« Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par la Communauté, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence.

ANNEXE II
LES MODES DE SAISINE DE LA COMMISSION
EN MATIÈRE DE CONCURRENCE

- Ententes et abus de position dominante (Art. 85 et 86) :

- **Les entreprises susceptibles d'être considérées comme coupables d'infraction à la réglementation de la concurrence peuvent saisir elles-mêmes la Commission.**

Elles peuvent demander une attestation négative par laquelle la Commission constate «qu'il n'y a pas lieu pour elle d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique, en vertu des dispositions de l'article 85 § 1, ou de l'article 86 du Traité.»

Elles peuvent également procéder à une notification aux fins d'exemption : il ne s'agit plus ici de demander à la Commission de constater qu'une pratique n'est pas prohibée par le Traité mais de lui demander, en admettant qu'une entente tombe sous le coup de l'article 85 § 1, de déclarer les dispositions de cet article inapplicables, à titre exceptionnel, en exécution des dispositions de l'article 85 § 3.

- **La Commission peut se saisir d'office pour constater une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du Traité.**
- **Enfin, la Commission peut être saisie sur plainte des Etats membres ou des personnes physiques ou morales qui considèrent leurs intérêts menacés.**

- Concentrations d'entreprises :

La notification préalable des opérations de concentration de dimension communautaire visées par le règlement est obligatoire.

- Aides d'Etat :

Les aides existantes sont soumises à l'examen permanent de la Commission.

D'autre part, la Commission doit être informée par les Etats de toute modification ou initiative concernant leur régime d'aide aux entreprises et donne un avis.

Enfin, il existe une possibilité de plainte pour les personnes faisant valoir un intérêt légitime.

La politique de concurrence en Allemagne

La politique de concurrence de la CEE

| | | | |
|--|---|---|---|
| Institutions en charge de la concurrence | Office fédéral des ententes (Bundeskartellamt) Commission des monopoles (Monopolkommission) Ministère fédéral de l'économie | | |
| Lois sur la concurrence | Loi sur les restrictions de concurrence (1957) (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) | | |
| Matière | Ententes | Monopoles et abus de position dominante | Fusions et acquisitions |
| Procédures ouvertes aux firmes | Notifications obligatoires | Position dominante : - une firme a plus d'un tiers du marché - trois firmes ou moins ont la moitié du marché - cinq firmes ou moins ont les deux tiers du marché | Notification obligatoire. Seuil : - le cumul des chiffres d'affaires est supérieur à 500 millions DM Il y a acquisition lorsqu'il y a appropriation de 25 % ou plus du capital ou des droits de vote, ou lorsque l'entreprise obtient la totalité ou une part essentielle des avoirs de l'entreprise concernée |
| Analyse des marchés | Bundeskartellamt, organisé par sections au niveau des thèmes et par divisions dans le découpage de l'économie en grands secteurs | | Bundeskartellamt, Monopolkommission : rapports sur les concentrations dans l'économie |
| Saisine | Du Bundeskartellamt : - à la demande des firmes, sur plaintes - autocaisine | | |
| Pouvoirs, moyens d'enquête | Pouvoirs de police, perquisition sur commission rogatoire du tribunal de première instance de Berlin Tiergarten | | |
| Instances de décisions | Les dix divisions sectorielles du Bundeskartellamt, qui rendent des décisions sur la base du bilan concurrentiel Le ministre de l'économie pour des raisons politiques et d'intérêt général peut : - autoriser une entente interdite par le Bundeskartellamt - autoriser une concentration interdite par le Bundeskartellamt après avoir pris l'avis de la Monopolkommission (sans qu'il soit tenu par cet avis) | | |
| Décisions | Autorisation, démantèlement de l'entente, amendes | | Autorisation, interdiction, déconcentration |
| Appel des décisions | Cour d'appel de Berlin (Kammergericht) Tribunal fédéral de Karlsruhe (Bundgerichtshof) | | |
| Suivi de l'application des décisions | Bundeskartellamt | | |

Le Bundeskartellamt a compétence pour toute affaire de concurrence affectant le commerce entre Länder. Les juridictions des Länder ont compétence pour des ententes et des abus de position dominante dont les effets sont locaux.

Les entreprises peuvent saisir les tribunaux civils pour une action en dommages et intérêts et le droit communautaire et d'applicabilité directe dans chaque État-membre.

| | | | |
|--|---|------------------------------|---|
| Institutions en charge de la concurrence | Commission, Commissaire chargé des relations avec le parlement et de la concurrence Direction générale de la Concurrence (DG4) | | |
| Lois sur la concurrence | Article 85 du Traité de Rome | Article 86 du Traité de Rome | Règlement européen relatif aux concentrations 21/12/89 |
| Matière | Ententes | Abus de position dominante | Fusions et Acquisitions |
| Procédures ouvertes aux firmes | Notification facultative | | Notification obligatoire Seuils : - le total des chiffres d'affaires mondiaux cumulés est > 5 milliards d'écus (abaissé à 2 milliards à partir de 1993), et - le chiffre d'affaires européen d'une des firmes est > 250 millions d'écus, et - le chiffre d'affaires d'au moins une des entreprises est réalisé pour plus d'un tiers à l'extérieur d'un seul et même État membre Possibilité d'intervention en deçà de ces seuils |
| Analyse des marchés | DG4 (Directions sectorielles) | | DG4 Mergers Task Force |
| Saisine | De la Commission : Sur plaintes Autocaisine | | De la Commission : A la demande d'un État-membre Autocaisine |
| Pouvoirs, moyens d'enquête | Pouvoirs d'enquête et de sanctions. Autorisation d'enquête | | |
| Instances de décisions | La Commission Sur la base d'un bilan concurrentiel et de progrès économique | | La Commission Sur la base d'un bilan concurrentiel et de progrès économique Critères d'intérêt public pouvant être pris en considération |
| Décisions | Exemptions individuelles et par catégories (article 85 uniquement) Amendes et interdictions sans amendes | | Autorisation, interdiction, déconcentration |
| Appel des décisions | Tribunal de Première Instance (Luxembourg) Cour Européenne de Justice (Luxembourg) | | |
| Suivi de l'application des décisions | DG4 (Application éventuelle par les instances nationales des dispositions du Traité de Rome) | | |

N. B. : Les articles 85 et 86 du Traité de Rome sont d'applicabilité directe à l'intérieur des États-membres ; procédure civile auprès d'une juridiction nationale (juge de droit commun).

La Commission peut également avoir recours à l'article 90 et à l'application conjoints des articles 85 et 86.

ANNEXE IV

LA SUBSIDIARITÉ SELON SIR LEON BRITTAN

Le 11 juin 1992, Sir Leon BRITTAN, Vice-Président de la Commission européenne en charge de la politique de la concurrence a prononcé une conférence dans le cadre de "Robert SCHUMAN Lectures" de l'Institut universitaire européen de Florence.

L'on trouvera ci-dessous les passages qu'il a consacrés à la mise en oeuvre de la subsidiarité. Les sous-titres ont été ajoutés.

*
**

"Nous devons constamment être conscients de la nécessité de préserver la diversité et le respect de la fierté nationale et régionale au sein de la Communauté en évolution. Les différences politiques, juridiques, culturelles et sociales entre les régions nombreuses et variées de la Communauté comptent parmi ses plus grands atouts et revêtent une importance primordiale pour ses citoyens. Si nous perdons cela de vue dans le processus d'intégration, nous mettrons en péril le processus d'intégration lui-même. Nous devons éviter de donner aux citoyens, voire aux parlements nationaux, l'impression que leurs droits et aspirations sont sacrifiés dans la course vers l'unité."Je prédis que l'article 3B du Traité (de Maastricht) apparaîtra comme l'une des modifications les plus importantes apportées à la constitution de la Communauté depuis 1957. Cet article, dont le but est de limiter les compétences futures de la Communauté, indique que :

"La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité".

La subsidiarité et le respect des diversités nationales.

Cet article pose deux contraintes pour les institutions de la Communauté : la subsidiarité et la proportionnalité. Bien que ces principes aient déjà leur place dans le discours et dans le droit communautaire, leur inclusion dans ce texte, et le fait qu'ils réfèrent à l'action communautaire plutôt qu'à l'action des Etats membres est, je crois, de grande importance. L'article 3B limite de manière juridiquement contraignante l'ampleur de l'action de la Communauté : il est applicable sans dérogation, sans restriction et sans exception. Une fois que le Traité sera entré en vigueur, chaque nouvel acte législatif de la Communauté pourra être examiné et jugé sur la base de ce critère. Les Etats membres et les institutions communautaires auront le droit de contester des mesures communautaires afin de garantir que ces mesures soient en proportion avec l'objectif poursuivi et que la Communauté soit légitimement fondée à le poursuivre....

... "La Commission et le Conseil doivent respecter à la fois la lettre et l'esprit de l'article 3B. Je crois qu'il est dans l'intérêt de la Communauté que la subsidiarité soit traitée à la fois comme un principe politique conducteur et comme une restriction juridique. Et l'une des raisons pour lesquelles je crois qu'il est important que la Communauté, en particulier la Commission, fasse preuve d'auto-contrôle est le danger que l'opinion la perçoive comme un organisme qui recherche le pouvoir pour le pouvoir. Si la Commission et le Conseil se montrent disposés, voire désireux de limiter leurs activités aux domaines qui ne peuvent être traités de manière appropriée au niveau national, les citoyens accepteront beaucoup plus facilement que les compétences et les activités communautaires soient étendues aux domaines où une telle extension est réellement nécessaire.

Ceci signifie que la Commission doit non seulement veiller à ce que chaque acte nouveau respecte le principe de subsidiarité, mais également examiner sa législation existante et en proposer l'abrogation au Conseil chaque fois qu'elle constate que cette législation va trop loin ou qu'ayant atteint son objectif initial, elle n'est plus nécessaire. Un tel examen pourrait s'imposer parce que l'ampleur de la législation avait, dès le départ, dépassé le domaine de compétence légitime de la Communauté ou parce que les politiques ont évolué de telle manière qu'une mesure qui était initialement nécessaire au niveau communautaire peut désormais être laissée aux instances nationales.

Dans le secteur qui est de ma responsabilité spécifique, la politique de la concurrence, la subsidiarité a toujours joué un rôle pivot, même avant sa mise en vigueur formelle dans le Traité de Maastricht. Le Traité de Rome indique clairement, dans les articles 85 et 86, que la Commission ne doit agir que lorsqu'un accord ou une pratique est susceptible d'avoir un effet sur les échanges entre les Etats membres. Si un accord ou une pratique anti-concurrentiels ont un tel effet, l'action communautaire sera la seule manière satisfaisante de remédier aux aspects transfrontaliers du problème.

Le cas du contrôle des concentrations.

Dans la pratique, la subsidiarité peut être appliquée de façon particulièrement claire dans le contrôle des fusions. Celles qui ont des effets dans toute la Communauté exigent une analyse au niveau communautaire. Le contrôle des fusions au niveau national se concentrera inévitablement sur le territoire du pays concerné. Une fusion ne devrait être interdite que s'il en résulte un degré inacceptable de pouvoir sur les marchés (du point de vue géographique et du point de vue des produits) concernés. Ces marchés doivent être examinés selon des critères économiques. Examiner les effets d'une fusion dans un seul Etat membre, alors que ses effets et son véritable contexte économique sont de dimension communautaire, conduirait à des décisions incorrectes et pas fiables.

Cependant, l'importance de l'investigation des faits au niveau communautaire ne devrait pas être sous-estimée. La base de toute analyse des effets d'une fusion sur la concurrence repose sur la détermination de l'existence de substituts pour les produits et pour les services des firmes qui entendent fusionner. Une autorité régulatrice doit identifier les concurrents existants et potentiels des firmes qui fusionnent, afin de déterminer l'étendue de leur pouvoir de marché. Ceci exige l'analyse détaillée d'un certain nombre de facteurs structurels et du marché. Il est cruciallement important de tenir compte des positions de ceux qui sont directement affectés par la fusion : des fournisseurs alternatifs potentiels pour les biens des firmes qui fusionnent sont souvent situés en dehors d'un seul Etat membre, de même que les clients potentiels. Limiter la recherche sur les effets d'une fusion à un seul Etat membre conduirait dans de telles circonstances, à des données incomplètes et donc à des décisions peu fiables. Sous cet angle, la nécessité d'un organe régulateur, avec le mandat et les capacités d'entreprendre ces tâches, est claire. La Commission est tout simplement le seul organe ayant l'expérience, les ressources, les langues et les responsabilités, basées sur un traité, pour mener ces difficiles analyses transfrontalières.

D'autre part, dans les cas où les effets d'une fusion, d'un accord ou d'une pratique anti-concurrentielle sont entièrement limités à un seul Etat membre, le problème peut être abordé de façon adéquate par l'organe responsable de la concurrence dans ce pays. Dans ces circonstances, l'objectif du Traité, qui consiste dans un "système assurant qu'il n'est pas de distorsions de concurrence sur le marché interne" (article 3 (f)), peut être atteint par des mesures prises au niveau national, et la Communauté devrait s'abstenir d'intervenir.

Le problème des seuils.

Le Règlement sur les fusions offre un excellent exemple de la manière dont la subsidiarité peut être mise en pratique. Dans ce règlement, le partage de la juridiction entre la Commission et les Etats membres est clairement basée sur ce principe. Les concentrations entre sociétés qui atteignent les seuils fixés dans l'article 1 du règlement tombent sous la juridiction exclusive de la Commission. Les autorités des Etats membres qui ont la responsabilité de la concurrence, et non pas la Commission

européenne, sont responsables pour celles qui se situent en dessous des seuils. Les seuils eux-mêmes sont conçus de manière à faire tomber sous le règlement les fusions entre grandes entreprises qui ont des effets économiques à travers la Communauté. En revanche, les concentrations entre des firmes plus petites, qui n'ont aucun effet, ou seulement des effets très limités dans d'autres Etats membres, tombent en dehors de sa portée.

Il est vrai que, pour l'instant, les seuils sont trop élevés pour soumettre à la juridiction communautaire toutes les concentrations qui ont des effets au niveau communautaire, et mon département est en train d'examiner soigneusement à quel niveau les seuils devraient être fixés de façon à répondre de manière optimale à leur objectif. Ceci n'enlève cependant rien au fait que le raisonnement à la base des seuils est le principe de subsidiarité lui-même.

Le règlement admet, en outre, que l'utilisation des seuils ne suffira pas à elle seule à garantir que le principe de subsidiarité sera respecté dans chaque cas particulier. Ils sont un compromis entre la nécessité de répondre à leur objectif de base et l'exigence de les rendre aisément compréhensibles et facilement applicables dans la vie de tous les jours. Il est donc inévitable que, quel que soit le niveau des seuils, il y aura des cas où les fusions qui ont des effets dans toute la Communauté tombent en dessous d'eux. Il y aura aussi des cas où les fusions qui peuvent avoir des effets limités à un seul Etat membre atteignent quand même les seuils.

Le règlement contient donc deux dispositions de renvoi. La première d'entre elles permet à la Commission de renvoyer à un Etat membre toute affaire qui lui est notifiée mais qui soulève de sérieuses questions de concurrence qui sont exclusivement limitées au territoire de ce pays. La seconde donne à un Etat membre la possibilité de renvoyer à la Commission les concentrations qui, tout en se situant en-dessous des seuils, ont des effets au niveau communautaire.

Le renvoi à l'Etat national : deux exemples.

Le renvoi à un Etat membre a déjà été pratiqué un certain nombre de fois. Je me pencherai sur deux cas, Alcatel/AEG/Kabel et Tarmac/Steetley, qui fournissent d'excellents exemples de la pratique de subsidiarité.

Le premier cas concerne l'achat de la part d'Alcatel de la branche "câble" de AEG en Allemagne. L'achat a été notifié à la Commission. L'Office fédéral des Cartels de Berlin craignait qu'une fusion ne crée une position dominante pour les câbles de télécommunication en Allemagne. La Commission a attentivement examiné la question, mais a conclu que, pour ce produit, le marché géographique sur lequel il fallait juger l'impact de la fusion était la Communauté dans son ensemble. Deutsche Telekom avait déjà une politique d'achat au niveau communautaire, et il n'existait aucune prescription significative excluant un fournisseur non allemand. Nous avons donc refusé de renvoyer ce cas aux autorités allemandes.

Le cas Tarmac-Steetley concernait un projet de fusion dans le domaine des matériaux de construction de deux entreprises britanniques. Bien que le chiffre d'affaires des deux entreprises en question ait fait rentrer le cas dans la juridiction de la Commission, un examen attentif a montré qu'il existait de sérieux problèmes de concurrence, mais qui étaient entièrement limités aux zones locales ou régionales du Royaume-Uni avait demandé que le cas lui soit renvoyé pour examen dans le cadre de sa loi nationale sur la concurrence. Il m'a paru qu'il s'agissait d'un cas où les problèmes de concurrence soulevés n'exigeaient pas une action communautaire. L'application de la loi nationale aurait garanti l'objectif du Traité concernant le maintien de marchés compétitifs à travers la Communauté. C'était donc un cas dans lequel l'exercice correct du principe de la subsidiarité exigeait que le cas soit référé au Royaume-Uni. Si la Commission avait retenu ce cas et avait essayé de remédier aux problèmes elle-même, elle aurait réagi comme une institution qui essaie d'étendre sa juridiction dans un secteur qui est de la responsabilité du gouvernement national. Ceci serait totalement incompatible avec le principe de subsidiarité. Je n'ai donc pas hésité à renvoyer le cas à Londres.

*
**

... "Lors de leur référendum, les Danois ont rejeté le Traité de Maastricht parce qu'ils estimaient que cet accord faisait partie d'un processus de croissance sans fin des pouvoirs de la Communauté. Mais la réalité est tout autre. Le processus communautaire est processus dans le cadre duquel des nations souveraines choisissent d'agir conjointement, à travers des institutions communes, pour réaliser des ambitions et de grands objectifs qu'ils ne peuvent réaliser individuellement. L'article 3B, toutefois, répond aux craintes qui ont conduit au rejet du Traité. Le véritable message de Maastricht est que la Communauté semble avoir trouvé, dans la subsidiarité, un moyen d'assurer son évolution à long terme qui soit à la fois progressif et acceptable pour ses citoyens. Quand ce message aura été totalement compris, la Communauté européenne reprendra sa progression vers la réalisation de la vision de Robert SCHUMAN."