

L'APPORT DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE A UNE NOUVELLE PERCEPTION PAR LES ENTREPRISES DE LEUR SECURITE JURIDIQUE

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

I - L'approche économique de la sécurité juridique par la voie de l'auto-évaluation	8
A - La complexité d'approche de la puissance économique par le franchissement de seuils établis en chiffres d'affaires	9
1°) Les seuils établis à partir de plusieurs chiffres d'affaires	9
2°) La valeur économique du critère du chiffre d'affaires	10
3°) La difficulté à déterminer le périmètre des "entreprises concernées" pour calculer les chiffres d'affaires	11
4°) La difficulté à calculer le chiffre d'affaires proprement dit	13
B - La complexité d'approche de l'effet anticoncurrentiel par des parts de marché établies en chiffre de ventes	15
1°) La détermination du marché pertinent	15
2°) La détermination des parts de marché	17
3°) Le recours aux parts de marché en guise de seuil de sensibilité pour les ententes	18
a) un seuil de sensibilité pour l'application de l'article 81 §.1	18
b) le seuil de sensibilité pour l'application de l'article 81 §.3	19
II - L'approche dynamique de la sécurité juridique par la voie de la négociation	22
A - La notification incombant à l'entreprise, en tant que préalable à la négociation	23
1°) la notification obligatoire dans le contrôle des concentrations	23
2°) L'abandon de la notification en tant que condition de l'exemption	25
B - La négociation, expression dynamique de la sécurité juridique	26
CONCLUSION	29

1. - Le droit communautaire de la concurrence incite les entreprises à renouveler la perception qu'elles ont de leur propre sécurité juridique. Il ne s'agit plus pour elles de s'arc-bouter sur des droits acquis, mais plutôt d'avoir une part active dans l'élaboration de leur sécurité juridique.

2. - L'intérêt porté par le droit communautaire au principe de sécurité juridique est déjà ancien. Il est admis que c'est par le droit allemand que ce principe a pu imprégner le droit communautaire (F. Hubeau, *Le principe de la confiance légitime*, Cah. Dr. eur. 1983, p.143 ; J.-P. Puissochet, "Vous avez dit confiance légitime ?", in *L'Etat de droit*, Mélanges Guy Braibant, Dalloz 1996, p.581). Son adoption en tant que principe général du droit communautaire s'est faite par touches successives. C'est pourquoi ce principe est présenté comme un regroupement d'une série de sous-principes parmi lesquels le principe de respect des droits acquis, le principe de prévisibilité et de clarté des règles applicables, le principe de publicité des actes, le principe de non-rétroactivité et, de manière plus large, le principe de confiance légitime (D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF Collection droit fondamental, 1998, n°248).

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr2*. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

3. - Peu à peu, le principe de sécurité fut présenté comme relevant d'un fonds constitutionnel commun aux démocraties européennes. Il est d'ailleurs rattaché par la Cour constitutionnelle allemande à la notion d'Etat de droit (B. Matthieu, La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient, Mélanges P. Gélard, Montchrestien 2000, p.301). Le droit français n'est certes pas si éloigné de certains de ces sous-principes, comme la publicité des actes ou la non-rétroactivité. Mais la consécration de ce principe, dans toute sa richesse, manquait dans notre système juridique (B. Pacteau, La sécurité juridique, un principe qui nous manque, AJDA 1995, 151). Il est vrai que l'idée d'ériger en principe la prévisibilité et la clarté de la norme paraissait bien audacieuse. Le Conseil constitutionnel l'a cependant évoquée à l'occasion de l'examen de constitutionnalité d'une loi qui intéressait très directement les entreprises, à savoir la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Dans cette décision 98-401 DC, il a pu vérifier que les dispositions législatives à lui soumises étaient "définies de manière suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34" (B.M. et M.V., Petites affiches 1998, n°144.). La consécration est plus nette dans deux décisions récentes qui concernent au premier chef la sécurité juridique des entreprises (B. Matthieu, La sécurité juridique : un produit d'importation, à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 du Conseil constitutionnel, D. 2000, n°4).

4. - La décision 99-421 DC du 16 décembre 1999 est relative à la conformité de la loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de certains codes. Elle renvoie au débat sur l'opportunité de la codification à droit constant. Certains auteurs ont exprimé une hostilité vigoureuse à son encontre, en dénonçant l'absence d'une ambition de réforme et même une fausse neutralité de ce type de codification (P.-Y. Gautier, De l'art d'être furtif, in "La codification", Dalloz 1996, p. 107). Le Président Braibant a tout de même fait valoir que la codification à droit constant pouvait être un préalable à une codification véritablement réformatrice par son effet révélateur des carences, des obsolescences et des contradictions des textes (in "La codification", préc.). Nonobstant la force de persuasion de la Commission supérieure de codification et l'ampleur de son travail, les projets de code ne furent pas adoptés par le Parlement, pour cause d'encombrement de l'ordre du jour parlementaire. A seule fin d'éviter la perte d'intérêt des projets de codes en raison d'une production législative incessante, le gouvernement proposa le recours à des ordonnances pour l'adoption desdits codes, d'où l'adoption d'une loi spéciale d'habilitation. Certains députés saisirent le Conseil constitutionnel pour examiner la conformité de cette loi d'habilitation.

5. - C'est à l'occasion de cette saisine que le Conseil constitutionnel a choisi d'ériger l'accessibilité et l'intelligibilité en un objectif à valeur constitutionnelle, qu'il rattache à une connaissance suffisante des normes sans laquelle pourraient ne pas être effectives l'égalité devant la loi, posée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et la garantie des droits requise par son article 16. Il le fait par la voie d'un *obiter dictum*, ce qui donne encore plus de relief à cette création normative sans lien de nécessité absolue avec la décision (M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000, n°23, chron., p.361).

6. - Au regard de cette avancée, l'aspiration des entreprises françaises à l'intelligibilité de la loi n'en sera que plus forte. Le chemin risque d'être long et abrupt dans cette direction. On sait déjà

que le langage juridique, par son opacité, est un obstacle de premier ordre et qu'il convient de le rendre plus accessible, même si sa technicité se justifie comme dans tout savoir (G. Cornu, Linguistique juridique, Montchrestien, Domat Droit privé, 1990). Certes, la justesse du mot sert la justice du droit (ibid.). Mais on peut regretter le temps où l'art du juste empruntait les attraits de l'art poétique (ibid. sur le discours coutumier, p.358 et s.), non seulement comme procédé mnémonique, mais aussi comme mode de persuasion par la séduction de l'esprit. On sait encore qu'un courant de pensée, puissant et ancien en France, a douté des vertus pédagogiques de la loi et a raillé "les préambulistes" (J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ 1988, p.146 et spec. p.155). Il n'en demeure pas moins que, dès l'origine, toute législation était conçue comme une action éducative et que, partant, Platon recommandait l'emploi d'un prélude destiné à expliquer les motifs de la loi, de telle sorte à faire précéder toute mesure de contrainte par un avertissement faisant appel à la persuasion (Platon, Lois, IV, 723 a et introduction de A. Diès, p. XXXIX-XL, Paris 1951). L'homme de bien, ajoute Aristote, se soumettra au raisonnement du législateur (Ethique à Nicomaque, X, 10, 1180 a, Librairie Vrin, 1983). Mais l'intelligence de la loi renvoie aussi à l'histoire de son élaboration (D. Bourcier et E. Catta, "A vos lois citoyens !", Le Monde 22 avril 2000). Publier un texte ne suffit plus, même sur un site de l'internet. Il faut encore le relier aux informations qui accompagnent sa genèse (études d'impact, débats, amendements, simulations, documents de mise en œuvre, questions et réponses des services compétents). A titre d'illustration, la mise en ligne de la loi sur la coopération intercommunale est jugée exemplaire, avec ses multiples liens hypertextes (ibid.). C'est dire les exigences qui s'attachent à l'intelligibilité des textes et les potentialités qui restent encore à exploiter.

7. - Il est d'autant plus intéressant de relever la tradition pédagogique que développent les autorités communautaires. Les mérites de la Cour de justice des Communautés européennes sont déjà grands, en ce qu'elle a adopté pour la construction de ses arrêts le mode explicatif, démonstratif et persuasif, avec de multiples références et renvois. Son discours, très argumenté en fait comme en droit, tranche radicalement avec celui de la Cour de cassation qui est souvent critiqué pour le laconisme de ses motifs de droit (J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la Ve République, Forum Flammarion 196, p.59 ; A. Touffait et A.Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, R.T.D.civ. 1974, p.487). La *ratio decidendi* de la Cour de justice ne s'appuie pas sur la force de l'autorité, mais sur la volonté de convaincre sans économie de moyens. Il est vrai que l'enjeu premier est de familiariser le juriste et le sujet de droit à un nouvel ordre juridique et à un processus d'intégration européenne qui, à tous égards, sont perturbants. C'est la création soudaine de ce nouvel ordre juridique qui a incité les autorités communautaires à se préoccuper autant de justifications. Il s'agit là, assurément, d'un mode d'apprivoisement. En écho au souci didactique de la Cour de justice, la Commission a développé une politique de communication très active. Certains ont déploré les travers du *lobbying* qui ont pu par là-même être encouragés. Mais la Commission et la Cour de justice ont dû ressentir très vivement à quel point la construction européenne pouvait rester illusoire si des efforts pédagogiques n'étaient pas accomplis. La norme communautaire pouvait paraître dérangeante, voire arbitraire et donc fondamentalement injuste, si des explicitations n'étaient pas présentées sur la noblesse et l'utilité des objectifs, sur le pragmatisme des moyens employés. Il n'est guère étonnant de voir, en conséquence, l'ampleur prise par le principe d'interprétation téléologique (D. Simon, Le système juridique communautaire, PUF, Collection Droit fondamental 1998, n°253). L'exposé de la finalité

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : Dr2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

de la norme ne peut que convaincre de la nécessité impérieuse à la mettre en œuvre et constitue, dès lors, un instrument d'effectivité.

8. - En contrepoint du formidable bouleversement induit par la construction européenne, le principe de confiance légitime et plus généralement le principe de sécurité juridique ont pris de l'ampleur. L'ordre juridique en expansion continue ne devait pas tomber dans les excès de perturbations incessantes. Pourtant, les limites du principe de sécurité juridique ont été bien perçues (J. Boulouis, Quelques observations à propos de la sécurité juridique, *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p.53). Le droit communautaire est un instrument d'action économique : créant un nouveau marché, il s'intéresse au bon fonctionnement de l'économie de marché dont il doit accompagner toutes les inflexions avec suffisamment de célérité et de réactivité. Le principe de sécurité juridique devient alors un facteur inopportun de rigidité face à la vocation du système communautaire. Ce principe doit par conséquent être concilié avec les objectifs économiques de l'intégration, qui ont donné naissance à des "principes structurels", base du droit économique communautaire (P. Pescatore, Les objectifs de la CEE comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice, *Mélanges Ganshof van den Meersch*, II, p.325).

9. - Une certaine antinomie est donc posée entre droit communautaire et sécurité juridique. En profondeur, cette antinomie renvoie à la relation difficile entre droit et économie. Le droit saisit difficilement la réalité économique, si mouvante et imprévisible. A la mutation permanente des faits économiques à réguler répond fatalement celle des normes juridiques. Comment alors prétendre à l'objectif de sécurité juridique ?

10. - Les entreprises perçoivent fort mal des règles juridiques qui viennent entraver leur effort d'adaptation, d'innovation et de production. Une autorité de régulation, quelle qu'elle soit, est perçue comme un "gendarme du marché". Du point de vue des entreprises, si les prohibitions sont inévitables en matière de concurrence, elles doivent être posées en des termes simples et sans possibilité d'interprétation hasardeuse. Devant l'aléa attaché aux analyses de la Commission, les entreprises ont cru trouver une bouée de secours dans les demandes d'attestations négatives d'infraction, voire dans les notifications préalables qui ouvrent la voie de l'exemption en cas d'infraction d'entente constituée. Elles admettent une formalité administrative de déclaration, dans la mesure où celle-ci leur permet de compter sur une garantie de licéité ou d'exemption. S'agissant des ententes par accord, elles ont donc développé cette pratique de manière systématique et l'ont érigée en "pratique juridique de précaution". Ainsi, la sécurité juridique que les entreprises recherchent est enfermée dans un formalisme juridique et résulte d'une application mécanique de déclaration. Pour les entreprises, la sécurité juridique est statique, acquise pour l'avenir.

11. - En réalité, la Commission émet toujours des réserves, comme l'y autorise expressément le règlement n°17/62 du 6 février 1962. Les attestations négatives ne sont délivrées qu'en fonction des éléments dont la Commission a connaissance, selon l'article 2. Si ces éléments évoluent, il est admis que l'action de la Commission n'est jamais enfermée par l'attestation négative qu'elle a rendue et qu'elle peut ultérieurement engager des poursuites. En outre, la Commission peut révoquer sa décision d'application de l'article 81 §.3 TCE, en dehors même des hypothèses de notification

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

incomplète ou inexacte. Il suffit, selon l'article 8 du règlement n°17/62, que la situation de fait se modifie à l'égard d'un élément essentiel de la décision. La sécurité juridique fournie par ces pratiques de précaution est bien loin d'apporter des garanties définitives pour l'avenir et ne correspond pas à l'attente des entreprises. A ce simple stade, le malentendu sur la sécurité juridique est patent.

12. - La Commission se défend pourtant de développer un parti pris d'hostilité à l'égard des entreprises. Elle prétend, au contraire, développer une certaine bienveillance, voire une clémence, tant à l'égard des petites et moyennes entreprises qu'à l'égard des plus grandes (cf J.C. Roda, La clémence en droit de la concurrence, thèse en cours, Aix-Marseille). S'agissant des petites et moyennes entreprises, il est entendu que, le plus souvent, leurs accords sont non seulement inoffensifs, mais encore utiles pour le développement économique. Dès 1964, la Commission a fait preuve de mansuétude à l'égard de ces accords, qu'elle a jugés non significatifs en termes de concurrence et, partant, non constitutifs de l'infraction d'entente. Elle s'est trouvée confortée très tôt dans cette analyse par la Cour de justice en 1969 et, depuis, la Commission a publié régulièrement des communications délivrant des seuils réévalués pour déterminer les "accords d'importance mineure" (N. Moussis, L'intérêt grandissant de l'Union européenne pour les petites et moyennes entreprises, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n°386, mars 1995). Outre-atlantique, la même approche réaliste est promue avec le Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act of 1996. Mais les faveurs envers les petites et moyennes entreprises semblent se limiter à une assistance spécifique pour qu'elles se conforment aux exigences légales ou encore à une indulgence dans la détermination des amendes (Report to Congress from the Federal Trade Commission, 1998, <http://www.ftc.gov/os//1998/9803/sbrefa98.htm>).

13. - S'agissant des grandes entreprises, la Commission a également fait preuve de compréhension. A l'instar de la Federal Trade Commission qui diffuse un grand nombre de brochures explicatives (General Guidance, Business Education Materials such as various Commission publications or statements of policy, cf <http://www.ftc.gov>), la Commission publie des communications afin d'éclaircir les points obscurs dans l'application des textes. Par ailleurs, et au-delà d'un paradoxe qui n'est qu'apparent, la Commission a fait savoir qu'elle ferait preuve d'une certaine clémence par souci d'une politique de répression efficace. En d'autres termes, les entreprises impliquées dans les ententes secrètes ou pratiques concertées sont assurées d'un traitement de faveur, par réduction ou exemption d'amende, si elles mettent fin à leur participation, informent la Commission et coopèrent avec elle durant l'instruction (communication n°96/C/207/04 concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, art. 2 et 3). C'est un souci d'efficacité qui inspire la Commission. En effet, sa lutte contre les pratiques concertées est ardue tant il est difficile de les débusquer en raison de leur caractère secret. Or, elles figurent parmi les restrictions les plus graves, si on en juge par l'énumération de toutes les conséquences néfastes qu'elles entraînent (ibid., art.1). C'est pourquoi la répression que la Commission entend mener sur ce point est moins tournée vers le châtimeut de tous les auteurs de l'infraction que vers l'éradication de la pratique nocive. Seule compte la cessation de la pratique concertée, quitte à ce qu'elle passe par un repentir actif d'une des parties prenantes. Le pragmatisme la conduit ainsi à la clémence.

14. - En contrepartie de cette compréhension, la Commission attend des entreprises une attitude constructive. Cela suppose qu'elles admettent, et même qu'elles adhèrent à la conception communautaire de la concurrence. Il s'avère que celle-ci est à la fois réaliste et exigeante. Il ne s'agit pas d'établir une concurrence idéale et absolue, mais seulement une concurrence praticable par laquelle le fonctionnement spontané du marché est assuré pour l'essentiel (J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, *Droit européen des affaires*, Thémis PUF, t.1, 1999, p.49). Malgré tout, cette conception est exigeante en ce qu'elle implique la recherche d'un état qui, parce qu'il est fragile et précaire, doit faire l'objet d'une vigilance permanente. La Cour de justice fait ainsi peser sur les entreprises "une responsabilité particulière", celle de préserver la concurrence sur les marchés où elles opèrent (CJCE, 9 nov. 1983, aff. Tetra -Pak). Cette obligation fondamentale, juridiquement sanctionnée, repose sur une appréciation économique. Elle est inhérente à une véritable économie de marché où chaque opérateur doit avoir un accès libre au marché. En d'autres termes, il incombe à chaque entreprise de veiller à ne pas entraver le fonctionnement spontané du marché et à faire en sorte que les acteurs du marché se comportent de la manière la plus libre possible. Il leur incombe de veiller à l'évolution du marché et, en dernière ressort, de ne pas rester le seul opérateur sur ce marché.

15. - D'emblée, il serait permis de penser que l'analyse économique exigée des entreprises est tout à fait à leur portée. Analyser le marché et le "pouvoir de marché" de chaque opérateur semble une opération assez banale et aisée. Or, il n'en est rien. Il faut convenir, en premier lieu, que les concepts économiques ne sont pas si accessibles aux entreprises. L'exemple topique est celui du marché, concept économique qui a fait l'objet d'une réception directe et sans transformation en droit communautaire de la concurrence. La Commission a dû reconnaître que le concept de marché diffère de la perception habituelle qu'en ont les entreprises et qu'il y avait nécessité à clarifier (communication n°97/C372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, art.3). Le reproche d'insécurité juridique est mal venu, car la difficulté est propre à l'analyse économique, où la part d'appréciation subjective est plus grande qu'il n'y paraît, et à la matière économique elle-même. Evidemment, il existe aussi des concepts juridico-économiques dont la complexité est imputable autant au juriste qu'à l'économiste. C'est le cas par exemple du concept de concentration, avec la notion de contrôle de fait et de droit, dilatée jusqu'à "la possibilité d'exercer une influence déterminante" (Règle. n°4064/89, art. 3-3). Mais, en dernière analyse, la cause première réside toujours et encore dans la matière économique elle-même, si difficilement saisissable. L'intelligibilité de la norme juridique est dépendante de la matière qu'elle tente de saisir et de réguler.

16. - C'est toujours cette difficulté qui explique, en second lieu, le remodelage par le juriste de certains instruments comptables. Le recours à des données chiffrées est, de prime abord, un élément de nature à rassurer les entreprises. Sur la base de données aussi solides que les chiffres, elles sauront si elles entrent ou non dans le champ d'application des normes communautaires. C'est ainsi que se trouve caractérisée la dimension communautaire d'une opération de concentration. Mais le souci de bien cerner la réalité économique, qui est à réguler, accule le juriste à redessiner les contours de la base chiffrée, à introduire des nuances et inévitablement à opérer des renvois aux concepts économiques. De là résulte la complexité du calcul des seuils en chiffre d'affaires. Et même lorsque le juriste s'attache à rendre plus accessible un concept économique par le recours à une donnée chiffrée, le phénomène de complexification se répète. C'est le cas avec le "pouvoir de

marché", trop insaisissable ou trop coûteux à saisir dans le cadre du règlement d'exemption pour la catégorie de tous les accords verticaux (règl. n°2790/1999). C'est au nom de la sécurité juridique qu'a été proposé le recours aux parts de marché qui peuvent présumer ce pouvoir de marché. En effet, les parts de marché sont simplement calculées sur la base de la valeur des ventes. Il s'avère que cette donnée chiffrée est encore une fois redessinée dans ses contours et, en définitive, n'est pas si aisée que cela à manier pour les entreprises. L'élaboration de la norme juridique semble condamnée à errer dans la complexité.

17. - A matière complexe, régulation complexe : c'est une fatalité ! En guise d'excuse, d'auto-justification ou d'aveu de fatalisme, la Commission se plaît à rappeler que *"les règles de concurrence sont des règles économiques qui, par nature, impliquent un certain degré d'incertitude juridique"* (communication n°98/C 365/03 de la Commission sur l'application des règles communautaires aux restrictions verticales, section IV, 2). L'approche complexe, propre à la volonté du juriste de tout appréhender pour réguler, s'ajoute à l'incertitude due à la subjectivité inhérente à l'analyse économique.

18. - Conscientes de ces travers et des risques d'ineffectivité qu'ils portent, les autorités communautaires redoublent d'efforts pour rendre intelligibles les normes de concurrence. Déjà, les finalités sont expressément énoncées dans les "considérants" des divers règlements et les définitions des notions-clés sont posées dès les premiers articles. Ensuite, la Commission intensifie sa politique de communication pour éclairer tel concept ou tel mécanisme d'application. L'intérêt de ces communications a souvent été minoré en raison de leur faible valeur contraignante et, partant, de leur faible valeur juridique. La Commission elle-même rappelle que ces communications ne sauraient lier la Cour de justice dans ses interprétations ultérieures, et pas davantage les juridictions nationales. Il y a donc tout lieu de douter de la sécurité juridique qu'elles offrent. Mais la Commission précise souvent dans ses communications qu'il s'agit du fruit de son expérience, des nécessités qu'elle a éprouvées dans sa pratique décisionnelle. L'intérêt est de découvrir une synthèse des interprétations auxquelles la Commission et même la Cour de justice - puisque des renvois fréquents sont faits à ses arrêts - se sont livrées au fil des affaires examinées. Les cas de figure les plus habituels ou les plus originaux sont exposés et mettent dans une perspective très factuelle et pratique la raison d'être des concepts et des mécanismes. C'est donc une simple valeur pédagogique, mais de premier ordre, qu'il faut reconnaître à ces communications.

19. - Une partie du chemin est faite pour rendre intelligibles les normes juridiques. Il reste l'autre partie, qui ne peut être parcourue que par les entreprises elles-mêmes. A un certain stade, les normes ne peuvent être comprises que si le destinataire veut bien les comprendre. La Commission attend donc, en retour, que les entreprises témoignent de leurs propres efforts de compréhension, en intégrant expressément les exigences de protection du marché dans leur processus de décision, dans leur stratégie globale de développement. C'est ici que réside la véritable pratique juridique de précaution, bien au-delà de celle réduite au formalisme administratif.

20. - L'intelligibilité des normes juridiques incite alors à s'engager dans une voie plus audacieuse, en ce qu'elle appelle à une participation encore plus active du destinataire de la norme. Ainsi, la Commission invite les entreprises au dialogue dans le cadre de l'application des règles de

concurrence. Au mieux, ce dialogue s'établira par la spontanéité des entreprises, qui demandent des éclaircissements dans les problèmes spécifiques qu'elles soulèvent. C'est tout le sens de la notification qui, loin d'être une formalité de neutralisation des poursuites, est plutôt l'ouverture d'un dialogue qu'il faut savoir bien engager. Au pire, le dialogue s'établira en conséquence de poursuites, mais il faut que les entreprises saisissent les opportunités qui restent encore offertes dans ce dialogue même tardif. Dans les deux hypothèses, les entreprises doivent être des forces de proposition, des modèles de flexibilité pour tendre vers une solution aussi acceptable de leur point de vue que de celui de la Commission. Une telle démonstration suppose une réelle compréhension des éléments fondamentaux du droit de la concurrence et de ses mécanismes, mais aussi des publications à visée pédagogique. Les efforts, même maladroits, pour maîtriser les arcanes du droit de la concurrence peuvent alors susciter la clémence, car ils témoignent d'une bonne foi. En outre, la Commission prend des risques dans ce dialogue et s'expose elle-même à des exigences de flexibilité. On peut en effet envisager que les entreprises, fortes des détails et du contexte qui ont justifié telle interprétation, soulignent avec habileté le caractère radicalement différent ou nouveau de leur cas particulier, ou encore le caractère inepte ou peu opératoire de telle conception dans tel cas de figure. Cela peut être une chance pour la Commission, car elle pourra ainsi découvrir toujours plus et mieux la complexité de la réalité économique et éprouver par là-même ses interprétations. Un tel dialogue permet alors d'accéder à l'intelligibilité de la norme par une forme d'interactivité. En dernière analyse, si la Commission, de son côté, ne se soumettait pas à une certaine flexibilité de sa "doctrine", elle serait exposée à des recours devant la Cour de justice pour que la bonne foi des entreprises soit reconnue, ne serait-ce qu'au stade des sanctions. L'intelligibilité de la norme atteint alors son but ultime en termes de sécurité juridique.

21. - Les entreprises doivent prendre en charge une part de la réalisation de leur sécurité juridique. Cela suppose un effort de compréhension, d'où seront tirés des principes d'action. Dotées de clés d'analyse économique, les entreprises doivent d'abord s'engager dans la voie de l'auto-évaluation pour vérifier en permanence en quoi leur action pourrait porter atteinte au bon fonctionnement du marché (I). A un stade encore plus actif, les entreprises doivent faire preuve de malléabilité dans l'élaboration de leur projet d'action et s'engager dans la voie de la négociation avec l'autorité de régulation (II).

I - L'APPROCHE ECONOMIQUE DE LA SECURITE JURIDIQUE PAR LA VOIE DE L'AUTO-EVALUATION

22. - Pour apprécier sa marge de manœuvre, au regard de l'obligation fondamentale de préserver un certain degré de concurrence, l'entreprise doit bien se connaître elle-même et bien se situer dans son environnement économique. Dans la voie de l'auto-évaluation, elle dispose de deux critères a priori aisés à utiliser en raison de leur nature purement économique : le franchissement de seuils de chiffres d'affaires et la part de marché. Afin de déceler une entente ou un abus de position dominante, le pouvoir de marché est l'indice clé : on le déduit de la part de marché. S'agissant des

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr*. 21, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

concentrations, cela ne suffit pas. Il faut, au préalable vérifier le franchissement de certains seuils. Ces deux critères s'appuient sur le chiffre d'affaires qui, par son caractère tangible, paraît lui aussi aisé à appréhender. Les éléments de cette démarche à double détente ne peuvent que rassurer les entreprises sur leur sécurité juridique. En vérité, cette donnée chiffrée est soumise à un remodelage juridique pour tenter de saisir des données qui reflètent bien la réalité économique. Il en résulte une complexification dans la manière de cerner la puissance économique régulée par le contrôle de concentration (A) et dans la manière d'apprécier l'effet d'une pratique anticoncurrentielle sur un marché pertinent (B). La seule issue, en termes de sécurité juridique, réside alors dans les efforts de la Commission pour justifier et éclairer ses modes d'appréhension de la réalité.

A - La complexité d'approche de la puissance économique par le franchissement de seuils établis en chiffres d'affaires

23. - L'adoption d'un règlement pour le contrôle des concentrations en droit communautaire s'est longtemps heurté à un accord des Etats-membres sur la dimension communautaire des opérations à contrôler. Le franchissement de certains seuils a été d'emblée une condition sine qua non pour que ce type de contrôle communautaire puisse être institué. C'est là une spécificité du contrôle des concentrations, par rapport aux prohibitions posées par les articles 81 et 82 TCE pour lesquelles l'opportunité d'un seuil de sensibilité ne s'est posée que par la suite. La question préalable est donc celle du franchissement des seuils au-delà desquels le droit communautaire est seul applicable avec une compétence exclusive de la Commission européenne.

24. - Après de nombreuses années de tergiversations, la dimension communautaire de l'opération de concentration a finalement fait l'objet d'un compromis recueilli dans le règlement n°4064/89. Il s'avère que les seuils ont été déterminés à partir de plusieurs chiffres d'affaires géographiques (1°). Ce critère de pure comptabilité aurait dû satisfaire les entreprises. Il y a tout lieu de penser qu'elles sont naturellement à même de maîtriser un tel critère et que, dès lors, leur sécurité juridique est assurée par une connaissance aisée de l'application ou non du droit communautaire de la concurrence. La réalité est plus ambiguë. Le choix du chiffre d'affaires correspond à une recherche tout à fait louable qui revêt une indiscutable valeur économique (2°). Mais son appréhension pose des difficultés, tant sur le périmètre des entreprises concernées (3°), que sur le calcul du chiffre d'affaires (4°). Faut-il y voir l'empreinte d'une perversion juridique d'un critère de pure comptabilité ? Il semble que la source de la complexité tiende à la recherche d'une réalité économique fuyante et difficile à saisir, alors même qu'il s'agit de la réguler.

1°) Les seuils établis à partir de plusieurs chiffres d'affaires

25. - L'article 1er définit la dimension communautaire de l'opération de concentration par trois seuils déterminés à partir du chiffre d'affaires des entreprises concernées. Le détail du calcul des chiffres d'affaires est explicité dans l'article 5 dudit règlement. Les trois seuils retenus sont cumulatifs et ont chacun une fonction différente (J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot,

Droit européen des affaires, t.2, PUF Thémis 1999, p.717). Le premier seuil est le plus élevé - soit 5 milliards d'euros - et appréhende la puissance économique des entreprises concernées en saisissant leur chiffre d'affaires mondial. Le seuil suivant est un seuil de minimis et vise à caractériser le rattachement de l'opération de concentration à la Communauté : deux des entreprises concernées doivent atteindre, dans la Communauté, un chiffre d'affaires individuel supérieur à 250 millions d'euros. Le troisième seuil joue un rôle négatif en ce qu'il pose une exigence dite de "transnationalité" : il n'y a pas lieu d'opérer un contrôle communautaire si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans un seul et même Etat membre.

26. - Dès l'origine, ce compromis n'était pas jugé satisfaisant et il était convenu qu'il serait révisé dans un court délai. De fait, les opérations soumises à ce contrôle furent peu nombreuses. Le règlement n°1310/97 du 30 juin 1997 vint modifier le règlement n°4064/89 par un procédé complexe d'accumulation des seuils, dans la mesure où on ne parvint pas à abaisser les seuils initiaux. Il en résulte que l'article 1er du règlement du 21 décembre 1989, modifié, fait intervenir quatre nouveaux seuils : dans l'hypothèse où les seuils initiaux ne seraient pas atteints, l'application du contrôle communautaire reste encore possible à condition d'atteindre de manière cumulative ces quatre nouveaux seuils. On retrouve l'équivalent des deux premiers seuils, cette fois-ci abaissés à 2,5 milliards d'euros pour le chiffre d'affaires mondial et à 100 millions d'euros pour le chiffre d'affaires dans la Communauté. Le seuil dit de transnationalité reste le même. S'ajoutent deux nouveaux seuils : dans trois Etats membres, le chiffre d'affaires réalisé pour toutes les entreprises concernées doit être supérieur à 100 millions d'euros et le chiffre d'affaires réalisé individuellement par celles-ci doit être supérieur à 25 millions d'euros.

27. - Il était prévu qu'avant le 1er juillet 2000 un rapport de la Commission serait présenté au Conseil sur la mise en œuvre des seuils additionnels aux seuils initiaux. La Commission fait valoir que 45 notifications ont été faites sur la base des critères additionnels, soit 9% de toutes les notifications faites depuis la réforme de 1997 (N. Fontaine, La procédure d'examen des concentrations de dimension communautaire, entre franc succès et nécessaire réforme, Droit et patrimoine, nov. 2000, p.26). La Commission relève qu'est difficilement atteint le seuil des deux tiers du chiffre d'affaires total réalisé dans la Communauté à l'intérieur d'un seul Etat membre. Selon elle, échappent encore à son contrôle des opérations qui pourraient avoir un effet significatif sur le marché commun. Certes, les opérations contrôlées sont passées de 12 en 1990 à 292 en 1999 (voir tableau in N. Fontaine, préc.). Mais il est vrai que la mondialisation de l'économie a été un facteur d'accélération des concentrations et que ce mouvement peut être encore renforcé par l'adoption de l'euro et l'élargissement de l'Union européenne. Se pose donc la question d'un abaissement de certains seuils, à laquelle se rajoute par voie de conséquence la question de l'accroissement des moyens de la Merger Task Force. En tout état de cause, le critère du chiffre d'affaires, en tant que tel, n'est nullement remis en cause. Sa valeur semble bien acceptée, malgré toute la complexité dont il est entouré.

2°) La valeur économique du critère du chiffre d'affaires

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

28. - En soi, le chiffre d'affaires a tout d'une notion rassurante pour les opérateurs économiques. C'est une notion de pure comptabilité et de bonne gestion. En outre, elle correspond à une bonne approche de la puissance économique d'une entreprise sur le marché. Le chiffre d'affaires est défini par l'article 5 du règlement n°4064-/89 comme "les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déductions faites des réductions sur ventes ainsi que de la TVA et autres impôts". La vente apparaît comme le reflet le plus évocateur de l'activité de l'entreprise.

29. - Les autorités communautaires ont choisi de ne pas déterminer la mise en œuvre du contrôle communautaire en fonction de la seule position sur le marché des acteurs de l'opération de concentration. L'opportunité du contrôle de la concentration est éclairée par la recherche de la puissance économique des entreprises concernées. Pour cela, la détermination des seuils à partir des chiffres d'affaires est très convaincante : "la priorité est ainsi donnée à la détermination des ressources économiques et financières globales réunies par le fait de l'opération de concentration, de manière à voir si celle-ci présente ou non un intérêt communautaire" (pt 6, comm. n°98/66/04). Il s'agit d'un critère purement quantitatif. Selon la Commission, c'est "un mécanisme simple et objectif" que les entreprises "peuvent utiliser aisément" pour savoir si leur opération est soumise à l'obligation d'une notification. (pt. 5, comm. préc.)

30. - Encore faut-il que ce chiffre d'affaires soit le "reflet exact" de la puissance économique des parties prenantes (pt. 7, comm. préc.). Il importe que le résultat des calculs donne une image fidèle de la réalité économique et de l'opportunité à mettre en œuvre la régulation. C'est pourquoi le critère du chiffre d'affaires va faire l'objet de précisions et de renvois à des notions juridiques. Insensiblement, le critère purement comptable va être remodelé. La sécurité juridique des opérateurs économiques est plus complexe qu'il n'y paraît, nonobstant les bonnes intentions de la Commission.

3°) La difficulté à déterminer le périmètre des "entreprises concernées" pour calculer les chiffres d'affaires

31. - La notion d'entreprises concernées est vite apparue comme une notion clef dans l'application du règlement n°4064/89 et, en même temps, une notion difficile à appréhender par les opérateurs économiques. Elle est mentionnée dans les articles 1 et 5 du règlement, sans aucun élément de définition, comme si la notion allait de soi. Or, il n'en est rien si l'on s'intéresse aux marges de la notion. L'enjeu est considérable puisque selon l'étendue de la définition, les seuils seront d'autant plus facilement atteints. C'est pourquoi la Commission a déjà par deux fois tenté de clarifier l'interprétation de cette notion, en 1994 et 1998. La communication n°98/C66/03 définit de manière générale les entreprises concernées comme étant les acteurs de l'opération de concentration, c'est-à-dire les parties qui fusionnent, qui acquièrent ou qui sont acquises (pt. 3).

32. - D'emblée, il faut bien prendre garde de ne pas confondre la notion de "partie concernée" avec celle de "partie impliquée" (pt. 11, comm. préc.). Cette dernière notion est purement procédurale. Elle renvoie aux entreprises qui peuvent être impliquées dans la procédure de

contrôle. Il s'agit bien sûr des parties 'notifiantes' , à savoir les acteurs directs de l'opération de concentration, mais aussi des tiers qui peuvent justifier d'un intérêt suffisant au sens de l'article 11 du règlement n°447/98 du 1er mars 1998 relatif aux notifications, aux délais et aux auditions spécifiques aux contrôle des concentrations. Ces tiers peuvent être notamment des clients, des fournisseurs et des concurrents. La notion d'entreprise concernée ne tend pas à apprécier les répercussions directes de l'opération sur les tiers. Elle vise à apprécier "l'importance économique agrégée totale" (pt. 3, comm. préc) des acteurs principaux avec tout leur potentiel de force de frappe sur le marché et de force de repli. C'est pourquoi il convient de déceler, dans un premier temps, l'identité des acteurs directs, et d'ajouter, dans un second temps, le groupe d'entreprises dans lequel chacun des acteurs directs peut puiser une force de frappe ou de repli.

33. - S'agissant de déceler l'identité des acteurs principaux, la communication constate l'absence de difficulté pour le cas particulier de la fusion : "les entreprises concernées seront les entreprises qui fusionnent" (pt. 6, comm. préc.). En revanche, la tâche est plus délicate pour les opérations qui reposent sur la notion de "prise de contrôle". De manière générale, il est tout à fait concevable d'envisager une pluralité de sociétés soit dans la "partie acquéreuse", soit dans la "partie acquise". Il s'agit alors de toute évidence d'entreprises concernées par l'opération de concentration (pt 7, comm. préc.). Toutefois, cette analyse est nuancée pour certaines concentrations comme les acquisitions exclusives d'entreprises existantes ou de parties d'entreprises : le vendeur n'est pas considéré comme entreprise concernée. Cette mise à l'écart est expliquée au regard du résultat de la concentration : son rôle n'a plus à être pris en considération dès que le contrôle a changé de main et qu'il n'a plus de lien avec l'entreprise cédée. Même avec cette nuance, l'entreprise concernée paraît pouvoir être bien cernée. Toutefois, la Commission envisage de manière détaillée le processus d'identification des entreprises concernées dans les cas de figure les plus habituels de concentration, avec les principales modalités de fusion, de prise de contrôle, de modification de l'actionnariat, de démembrement de sociétés, de rachats d'entreprise par les salariés. A cette occasion, elle fait référence aux affaires qu'elle a examinées et qui ont nourri sa "pratique décisionnelle"

34. - Dans un second temps, il convient de vérifier si l'entreprise concernée appartient à un groupe. En effet, l'article 5-4 du règlement n°4064/89 précise qu'il faut faire entrer dans le périmètre des entreprises concernées à la fois les entreprises dans lesquelles une entreprise concernée dispose de droits et encore les entreprises qui détiennent des droits dans l'entreprise concernée. La puissance économique réside autant dans les entreprises qui sont sous influence d'un acteur direct, que dans les entreprises qui jouent une influence sur l'acteur direct dans l'opération de concentration. Les entreprises sous influence d'une entreprise concernée sont définies comme étant celles dans lesquelles l'entreprise concernée détient directement ou indirectement soit plus de la moitié du capital, soit plus de la moitié des droits de vote, soit le pouvoir de désigner plus de la moitié des représentants légaux, soit le droit de gérer les affaires de l'entreprise. Les mêmes critères servent à définir l'influence qu'exerce une entreprise sur l'entreprise concernée et qui justifie son intégration dans le périmètre des chiffres d'affaires à calculer. Cette définition précise du groupe dans lequel se situe l'entreprise concernée permet de bien apprécier la puissance économique dont elle peut disposer. La Commission se plaît à annoncer que la notion de groupe n'est pas définie en termes abstraits (pt. 37, comm. n°98/66/04). En réalité, elle redessine les contours de la notion aux fins spéciales du contrôle des concentration. Dans un effort pédagogique, elle présente même un schéma

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

avec des lettres correspondant aux différentes hypothèses d'influence sur la gestion des sociétés dans un groupe (pt. 39, comm. préc.).

35. - Les efforts de délimitation des acteurs principaux et du groupe auquel ils peuvent appartenir les uns et les autres révèlent une préoccupation d'effectivité de la régulation à mettre en œuvre. Ces efforts tout à fait louables révèlent aussi à quel point il est difficile de recourir, de manière isolée, à une notion comptable a priori simple à appréhender. Le périmètre des chiffres d'affaires à calculer est dépendant de la notion juridique d'opération de concentration, et donc de celle de prise de contrôle, pour identifier les acteurs. Il est en outre dépendant d'une notion de groupe spécifique au contrôle en cause. Ces notions juridiques s'avèrent sous l'emprise d'une analyse économique. Dans la première hypothèse, elles peuvent être floues dans la mesure où, par souci d'effectivité de la régulation, on doit distinguer entre plusieurs types de concentration pour bien mesurer l'étendue des entreprises concernées. Dans la seconde hypothèse, elles sont complexes et très détaillées dans leur exposé. Le souci d'effectivité alourdit considérablement l'usage du banal instrument comptable, ne serait-ce que pour cerner les entreprises dont le chiffre d'affaires sera à prendre en considération. Il en va de même pour son calcul proprement dit.

4°) La difficulté à calculer le chiffre d'affaires proprement dit

36. - La notion de chiffre d'affaires repose sur le montant des ventes. Selon l'objet, elle apparaît déjà comme étant plus ou moins aisée à appréhender. La vente de produits est assurément plus aisée à saisir que la réalisation de prestations de services. La complexité du secteur des services amène à certaines modulations. A titre d'exemple, la Commission précise que le chiffre d'affaires peut se limiter à des commissions perçues par l'entreprise, lorsque celle-ci n'agit qu'en qualité d'intermédiaire. Quant aux secteurs des activités de crédit, des services financiers et d'assurance, ils font l'objet de dispositions spécifiques de calcul (pt. 51 et s. comm. n°98/C66/04).

37. - Par ailleurs, le chiffre d'affaires s'entend comme le chiffre d'affaires "net", Cela signifie qu'il convient de soustraire un certain nombre de données comme l'énonce l'article 5 du règlement n°4064/89 et l'explicitent les points 22 à 23 de la communication précitée. Selon son expression, la Commission entend "épurer" le chiffre d'affaires en vue d'apprécier le poids économique réel des entreprises concernées. Il s'agit, en premier lieu, de déduire les impôts et taxes comme la TVA et toutes les taxes de fiscalité indirecte, comme par exemple les taxes sur les boissons alcoolisées. Ensuite, la Commission éprouve le besoin de préciser que doivent être déduites toutes les réductions sur ventes, à savoir les rabais, remises ou ristournes, alors que ceci paraissait aller de soi. Enfin, seront également déduites les ventes conclues entre sociétés d'un même groupe. Il est traditionnel en droit communautaire de considérer les transactions intra-groupe comme non significatives en termes de puissance de marché ou encore d'ententes. La logique de solidarité économique, inhérente aux groupes, l'emporte.

38. - La Commission est fortement attachée à l'obtention d'une image juste et fidèle de l'activité des entreprises concernées (pt. 26, comm. n°98/C66/04). Cette image doit être celle du moment de l'opération de concentration en cause. C'est pourquoi le chiffre d'affaires à prendre en

compte est celui correspondant au dernier exercice, comme l'indique l'article 5 du règlement. La Commission pose, par souci d'efficacité, la nécessité de prendre l'exercice le plus rapproché de la date de l'opération de concentration. Mais il doit s'agir de comptes fiables et, par conséquent, elle considère que les comptes à retenir sont ceux de l'année antérieure dès lors que l'opération a lieu en début d'année et que les comptes ne sont pas vérifiés. La même préoccupation d'image juste et fidèle conduit la Commission à tenir compte des éventuelles acquisitions et scissions intervenues depuis la vérification des comptes.

39. - Enfin, les seuils énoncés par le règlement n°4064/89 comprennent des données territoriales en faisant référence au chiffre d'affaires mondial, au chiffre d'affaires réalisés dans la Communauté ou encore dans un ou trois Etats membres. La Commission est donc convenue qu'il fallait préciser l'affectation géographique du chiffre d'affaires (pt. 45 et s., comm. préc.). Le chiffre d'affaires sera affecté au lieu où se trouve le client au moment de l'achat du bien ou service lorsque ce lieu diffère de celui de la facturation. En effet, il importe de retenir le lieu où la transaction s'est faite et où la concurrence avec d'autres fournisseurs s'est exercée.

40. - L'instrument comptable se trouve remodelé, à divers titres, pour les besoins de la politique communautaire de contrôle de concentration. L'ultime illustration se trouve dans la marge de manœuvre que s'octroie la Commission à l'égard des règles comptables d'Etats tiers. La Commission se réserve la possibilité d'adapter les comptes établis dans des pays tiers aux normes communautaires pour calculer le chiffre d'affaires. Au fil des précisions données, le chiffre d'affaires invocable devant la Commission est quelque peu décalé par rapport à celui que les entreprises utilisent communément. Les paramètres donnés répondent assurément à l'objectif très louable de saisir l'image la plus fiable et la plus représentative de la puissance économique des entreprises concernées par l'opération de concentration. Il faut pourtant convenir que le remodelage introduit, par sa complexité, de fortes incertitudes. La Commission se félicitait, au regard du besoin de sécurité juridique, de recourir à un critère aussi mécanique que le franchissement de seuil à partir de données aussi objectives que des chiffres. Mais, en définitive, cette sécurité juridique est amoindrie par une bonne dose d'incertitude sur la bonne détermination du périmètre et sur son contenu. La complexité des correctifs à apporter aux chiffres d'affaires et les risques de reconsidération par la Commission ont tout lieu de susciter des craintes et une certaine forme d'insécurité. C'est précisément pour réduire ces risques que la Commission a publié tant de communications, a profité de la révision pour expliciter des notions et présente maintenant un rapport d'application de la réforme.

41. - Le paradoxe est vérifié : par souci de réalisme économique, les instruments de mise en œuvre mécanique sont complexifiés par le renvoi à des concepts juridico-économiques, voire à des données chiffrées remodelées. Toutefois, il faut convenir qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'insécurité juridique dans la mesure où les normes sont explicitées dans la finalité qu'elles servent. L'intelligibilité est assurée dans l'affirmation de l'objectif : la recherche d'une puissance économique passe par la recherche du reflet le plus fiable de l'activité.

B - La complexité d'approche de l'effet anticoncurrentiel par des parts de marché établies en chiffre de ventes

42. - Le critère des parts de marché vise à mieux dégager la notion de pouvoir de marché. Cette notion est déterminante pour apprécier l'atteinte effective et significative à la concurrence, tant pour l'application des articles 81 et 82 TCE que pour celle du règlement n°4064 sur le contrôle des concentrations. L'objectif de concurrence praticable est mis en péril à deux égards : soit par des entreprises qui s'entendent pour adopter le même comportement sur marché et ne pas se faire concurrence ; soit par une entreprise qui est suffisamment indépendante de ses concurrents et de ses clients pour s'extraire de toute concurrence. Or, quelle que soit l'hypothèse, la part importante de l'offre sur le marché que pourraient détenir les entreprises en cause est le premier critère révélateur d'une atteinte effective ou significative, même s'il est appelé ensuite à être conforté par d'autres éléments. Le critère des parts de marché est donc au cœur du processus de régulation de toutes les pratiques anticoncurrentielles.

43. - Comme pour les seuils en chiffre d'affaires, le critère paraît d'emblée d'approche aisée pour les entreprises, du fait même de sa nature purement économique. Il s'avère que l'appréciation des parts de marché est, elle aussi, plus complexe qu'il n'y paraît. Cela suppose d'abord de circonscrire le marché pertinent, opération extrêmement délicate et assez controversée au regard de la sécurité juridique des entreprises (1°). Cette difficulté étant passée, le calcul en lui-même des parts de marché qui reviennent aux entreprises se fait plus aisément. Ce calcul s'effectue, ici aussi, à partir du chiffre d'affaires (2°). L'utilisation du chiffre d'affaires est ici d'une approche plus simple, comparée à celle du contrôle des concentrations qui aboutit, comme on l'a vu, à un remodelage juridique complexe pour cerner la dimension communautaire d'une opération. Sans vouloir minorer les difficultés attachées à la détermination préalable du marché pertinent, le critère des parts de marché paraît relativement accessible pour les entreprises. C'est pourquoi la Commission a recours encore à ce critère pour dégager le seuil de sensibilité des ententes (3°).

1°) La détermination du marché pertinent

44. - La définition du marché pertinent est bien connue depuis le fameux arrêt de l'affaire Continental Can (CJCE 21 février 1973, Rec.215). Pourtant, sa détermination concrète n'est pas une tâche si aisée. Tant sur le critère de substituabilité que sur le critère géographique, il demeure une part d'appréciation subjective. Les entreprises en sont décontenancées et dénoncent un droit imprédictible (D. de Gramont, Propos impertinents sur le marché pertinent dans le droit de l'Union, D. 1996, n°5, p.132). Leur sécurité juridique ne semble pas assurée.

45. - Un effort d'objectivation existait cependant dans l'arrêt Continental Can, avec la prise en compte du critère de l'élasticité croisée. Ceci répond à la théorie économique qui s'appuie sur l'analyse empirique des réactions de la demande aux variations de prix des concurrents (M.-C. Boutard-Labarde et D. Bureau, La détermination du marché pertinent, RJDA 11/93, p.743). Cette analyse, qui repose sur une simple constatation, fournit assurément une sécurité juridique satisfaisante

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : Dr2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

pour les entreprises. Mais c'est la méthode du faisceau d'indices qui est retenue, plus pragmatique pour la régulation. Il en résulte que la délimitation du marché pertinent est une opération d'appréciation, et non de constatation (M.-C. Boutard- Labarde et D. Bureau). C'est ainsi que sont relevés, sans souci de hiérarchie mais avec plutôt la volonté du cumul, des indices aussi différents que la nature du produit, le besoin satisfait, le coût de mise à disposition du bien, la méthode de distribution ou plus généralement la stratégie de différenciation des offreurs, l'incidence géographique sur la demande, voire l'existence d'une réglementation spécifique. Le poids des réactions de la demande à la variation des prix des concurrents peut être estompé au regard de tous ces autres critères.

46. - Néanmoins, la Commission a pris la mesure de l'insécurité juridique ressentie par les opérateurs économiques sur cette délimitation du marché pertinent. Elle a tenu à mieux faire connaître sa méthode d'appréciation pour redonner aux entreprises une certaine perception de sécurité juridique. C'est l'objet de sa communication n° 97/C372/03 du 9 décembre 1997 concernant la définition du marché pertinent aux fins de l'application du droit communautaire de la concurrence. La portée juridique des communications est certes limitée, en ce qu'elle ne lie aucunement la Cour de justice dans son interprétation ultérieure (comm. préc., pt. 6). Mais c'est un effort louable d'explication à l'égard des entreprises, pour leur rendre plus lisible sa propre pratique décisionnelle.

47. - La Commission rappelle que, du point de vue économique, c'est bien la substituabilité du côté de la demande qui permet de dégager l'influence déterminante sur les conditions de vente. Il s'agit donc de rechercher s'il existe d'autres sources d'approvisionnement vers lesquelles les clients des entreprises en cause pourraient se tourner, tant sous l'angle des produits que sous celui de la localisation géographique (comm. préc., pt 13). La Commission n'exclut pas toutefois d'accorder dans certaines circonstances un certain rôle à jouer à la substituabilité du côté de l'offre. En effet, elle est révélatrice d'une influence de l'entreprise en cause, dès lors que celle-ci peut réorienter sa production et la distribuer à court terme, sans avoir à subir de lourds investissements et une révision profonde de sa stratégie (pt 23).

48. - Cette première explication étant fournie, la Commission ne manque pas de confirmer que le caractère substituable du produit est apprécié en fonction d'un faisceau d'éléments, sans suivre un ordre hiérarchique rigide. Elle adopte une approche souple et pragmatique (pt 25). Paradoxalement, elle indique par la suite que les éléments, pour apprécier la substituabilité entre deux produits au niveau de la demande, peuvent être classés selon l'ordre suivant : la preuve d'une substituabilité dans un passé récent rendue évidente par des "chocs" ou des événements sur le marché ; les tests quantitatifs issus de diverses approches économétriques et statistiques, au premier titre desquels figurent ceux relatifs à l'élasticité ; le point de vue des clients et des concurrents à travers des enquêtes ayant notamment pour objet de sonder leur réaction dans l'hypothèse de légères augmentations de 5 à 10% ; la préférence des consommateurs ; les barrières et coûts associés à un transfert de la demande vers des produits de substitution potentiels ; les différentes catégories de clients pouvant faire l'objet de prix discriminatoires (pts 36 à 43). A l'évidence, la Commission refuse de s'enfermer dans l'analyse strictement économétrique des tests d'élasticité. Son analyse semble irrémédiablement attachée à la diversité des causes qui déterminent le comportement de tous les acteurs du marché. Il faut bien convenir que les descriptions qu'elle donne de tous ces

critères révèlent une approche économique d'un grand réalisme. Ces descriptions sont très concrètes et illustratives de telle sorte à dissiper les doutes des entreprises et à écarter la suspicion d'appréciation arbitraire et dogmatique.

49. - S'agissant de l'appréciation de la substituabilité entre des produits sur le plan géographique, la Commission délivre toute une série de données à prendre en compte : les preuves de déplacements antérieurs des commandes vers d'autres zones ; les caractéristiques fondamentales de la demande, éclairées notamment par des préférences et des habitudes locales ; l'opinion des clients et des concurrents ; la localisation des achats au moment de l'enquête ; les courants d'échange et caractéristiques des livraisons ; les entraves et coûts liés à la réorientation des commandes vers des entreprises situées dans d'autres zones (pts 45 à 52). Ces critères, par leurs descriptions et illustrations, paraissent là encore très convaincants.

50. - En définitive, cette communication fait la démonstration de la richesse de l'expérience de la Commission dans sa pratique décisionnelle, à la mesure de la diversité et de la complexité des éléments de la vie des affaires. La Commission chasse le soupçon d'arbitraire et emporte la conviction, non par une analyse économique théorique, mais par l'exposé de son expérience. Au regard de cet effort pédagogique pour maîtriser la diversité des modes de détermination du marché pertinent, il n'est plus possible de faire le reproche d'une insécurité juridique. La norme est rendue accessible et intelligible aux opérateurs économiques. En outre, il appartient aux entreprises de s'emparer de ces explications pour discuter, voire contester une analyse de la Commission. Elles ont les moyens de souligner que telle donnée a été minorée ou exagérée par rapport à d'autres. Les entreprises seront dans une position de force d'autant plus importante qu'elles répondront à l'effort pédagogique par un effort de compréhension et d'intégration de ces données dans l'élaboration de leur action économique.

2°) La détermination des parts de marché

51. - Le marché pertinent étant circonscrit, il reste encore à déterminer les parts de marché que détiennent les différents opérateurs économiques. La communication n°97/C/372/03 sur la définition du marché en cause donne là aussi des éclaircissements. Une approche systématique conduirait à recueillir des informations très différenciées, comme les estimations des entreprises et de leurs concurrents, les études commandées à des sociétés de conseil ou à des associations professionnelles. Mais la durée de ces études et leur coût sont le plus souvent des éléments dissuasifs. C'est pourquoi la Commission préfère s'en tenir au critère du chiffre d'affaires.

52. - Pour dégager la taille totale et les parts de marché détenues, il suffit de demander à tous les fournisseurs leurs chiffres d'affaires correspondant aux produits en cause et vendus sur le territoire en cause (comm. préc., pt 53). Les ventes constituent ainsi le critère de référence par excellence, compte tenu de la facilité d'obtention et de traitement de ces données. Néanmoins, la Commission se réserve la possibilité de relever d'autres éléments, comme la capacité et le nombre d'opérateurs dans l'offre du marché.

3°) Le recours aux parts de marché en guise de seuil de sensibilité pour les ententes

53. - Le seuil de sensibilité est une question spécifique à l'article 81 TCE. En effet, la question de la sensibilité est traitée d'emblée dans le règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des concentrations, avec l'exigence de franchissement de plusieurs seuils étudiés plus haut. Quant à l'article 82, il est soumis à une condition d'application identique à celle de l'article 81 : l'affectation du commerce entre les Etats membres. L'enjeu de cette condition rappelle celui des seuils du règlement n°4064/89 : c'est un véritable critère de compétence puisqu'il permet de rattacher à l'ordre juridique communautaire les ententes et abus de position dominante qui exercent véritablement une influence sur les échanges intracommunautaires (J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, *Droit européen des affaires*, PUF Thémis 1999, t.1, p. 256). Or, il convient de relever que cette clé d'application a été interprétée de manière très extensive, en faveur du droit communautaire (ibid. p.257). C'est pourquoi l'exigence d'un seuil de sensibilité est réapparue avec une acuité particulière dans l'application de l'article 81. Il y a tout lieu de penser que la position dominante présente des risques de comportements abusifs si évidents qu'il paraît moins crucial de s'interroger sur l'opportunité de la mise en œuvre de l'article 82 TCE. Dans l'application de l'article 81 TCE, le seuil de sensibilité est invoqué, tant sur la base de son §.1 (a) que sur celle de son §.3 (b).

a) un seuil de sensibilité pour l'application de l'article 81 §.1

54. - Sans cette exigence de sensibilité caractérisée, la mise en œuvre de l'article 81 §.1 est apparue disproportionnée et même inutile. La Commission a retenu que l'accord dépourvu d'un effet suffisamment sensible ne tombait pas sous le coup de l'ex-article 85 §.1 (Déc. n°64/233, 11 mars 1964, aff. Grosfillex, JOCE 9 avril 1964, p.915). A sa suite, la Cour de justice a retenu la même analyse dès lors que le marché était affecté de manière insignifiante (CJCE, 9 juillet 1969, aff. 5/59, *Völk/Vervaecke*, Rec. p.295). Forte de cette consécration, la Commission a publié une communication du 27 mai 1990 par laquelle elle déclarait que seuls étaient interdits les accords ayant des effets sensibles sur les conditions du marché (JOCE n°C 64 du 2 juin 1970). Puis, dans une communication du 3 septembre 1986, la Commission s'est attachée à quantifier des seuils pour dégager les accords réputés de minimis (JOCE n° C 231 du 12 sept. 1986).

55. - Dans un souci de réajustement, la Commission a publié la communication n° 97/C372/04 du 15 octobre 1997 concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 §.1 (Respaud, *Cah. Entrep.* 1998, n°2). Elle confirme que ces seuils tracent une ligne de partage de compétence, en deçà de laquelle les ententes ne peuvent être appréciées que sur la base des législations nationales (pt 2). Elle confirme également la bienveillance générale qui l'anime à l'égard des accords facteurs de développement économique, ce qui est indiscutablement le cas des accords entre petites et moyennes entreprises et des accords de sous-traitance (pts 1 et 19).

56. - L'objectif qu'elle assigne à l'élaboration de critères quantitatifs est de mieux servir la sécurité juridique des entreprises. Les entreprises pourront elles-mêmes apprécier si leurs accords échappent à l'interdiction du fait de leur importance mineure (pt 3). La voie de l'auto-évaluation leur est donc ouverte. Mais la Commission ne cache pas qu'elle vise aussi un allègement de ses charges.

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

La possibilité de cette auto-évaluation devrait détourner les entreprises du recours systématique à une notification pour dissiper leurs doutes. A cet effet, la Commission déclare qu'elle ne prononcera pas d'amende contre une entreprise qui, en toute bonne foi, aurait pu croire que son accord correspondait aux critères de la communication (pt 5). Il importe peu alors qu'elle ait précisé auparavant que les seuils ne revêtaient qu'une valeur indicative (pt 3), car elle donne les moyens aux entreprises de caractériser leur bonne foi. Par ailleurs, peu importe que la communication ne puisse pas lier la Cour de justice, ni le Tribunal de première instance dans leur interprétation. Il est permis de penser que si les juges de l'Union devaient condamner un accord en se détournant de l'opinion de la Commission, ils seraient amenés à une certaine indulgence, au moins sur le plan de la fixation de l'amende. La communication ne peut pas lier davantage les juridictions nationales dans leur application de l'article 81 §.1 (pt 7). Mais, là encore, il est permis de penser qu'elles ne seraient pas indifférentes à l'attente légitime des entreprises au regard de l'opinion de la Commission.

57. - Dans cette communication de 1997, les seuils de sensibilité sont établis en termes de parts de marché. La Commission traite de manière différente les accords horizontaux et les accords verticaux. Dans la mesure où les seconds sont réputés moins dangereux, leur seuil est fixé à 5 %, alors que le seuil des premiers est fixé à 10%. (pt 9). Il convient de prendre globalement les parts de marché de toutes les entreprises participantes à l'accord, y compris celles des entreprises dans lesquelles elles exercent une influence déterminante ou des entreprises qui exercent sur elles une telle influence (pt 12). En revanche, aucune précision n'est donnée sur le calcul lui-même des parts de marché. Or, la communication n° 97/C372/04 sur les accords d'importance mineure prend soin de renvoyer expressément à la communication n°97/C372/03 sur la définition du marché en cause pour ce qui concerne la détermination du marché des produits et du marché géographique (pt 16). Il est permis d'en conclure qu'il en est nécessairement de même pour le calcul des parts de marché, défini dans la communication n°97/ C372/03 à partir du "chiffre d'affaires correspondant aux produits en cause vendus sur le territoire en cause" (pt 53 à 55).

58. - Les ventes étant éminemment variables d'une année à l'autre, la sécurité juridique des entreprises semble précaire. La Commission n'a pas ignoré le risque de variation des ventes, mais le moyen d'y remédier semble peut-être insuffisant : elle accorde le maintien de la non-application de l'article 81 §.1 à condition que la variation d'une année à l'autre ne dépasse pas un dixième (pt 10). Il est encore une fois symptomatique de relever la forme d'insécurité juridique résultant des variations d'une donnée chiffrée. De fait, la réalité économique est mouvante. Il semble pourtant souhaitable de traiter les variations dans le temps avec plus de souplesse pour garantir au mieux les entreprises. Les seuils de sensibilité en termes de chiffres d'affaires sont ici appréhendés de manière trop étriquée dans l'étendue de la variation, comme dans sa durée.

b) le seuil de sensibilité pour l'application de l'article 81 §.3

59. - L'exigence d'un seuil de sensibilité permet de donner plus de clarté à la mise en œuvre du mécanisme d'exemption. Elle est particulièrement utile dans les règlements d'exemption par catégorie, comme le révèle l'existence de seuils de parts de marché dans des règlements déjà anciens : 10% pour le règlement n°417/85 du 19 décembre 1984 concernant les accords de spécialisation ; 20 % pour le règlement n°418/85 du 19 décembre 1984 concernant les accords de recherche et de développement.

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

60. - L'illustration la plus récente du recours à des seuils de sensibilité se trouve dans le règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 §.3 à des catégories d'accords verticaux. Cette réforme fait suite aux nombreuses critiques qui avaient été adressées à la Commission à la suite du Livre vert sur les restrictions verticales. L'analyse clause par clause des accords aboutissait à faire des précédents accords d'exemption des carcans juridiques et même des sortes de contrat-type. La réforme mise en œuvre tend à joindre le double objectif d'une analyse plus économique et d'une sécurité juridique. Or cette nouvelle approche économique repose sur le mécanisme d'un seuil de part de marché : sauf insertion de certaines clauses noires, les accords en-deçà de 30% de parts de marché bénéficient de l'exemption. Selon la Commission, *"il n'est pas possible de présumer que, au-dessus de ce seuil, les accords verticaux tombant sous le coup de l'article 81 §.1 entraînent en général des avantages objectifs de caractère et de taille de nature à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence"* (considérant n°9). En d'autres termes, le seuil en parts de marché permet de créer une zone de sécurité juridique, pour laquelle est présumé le phénomène de rachat des ententes en raison de l'utilité économique qu'elles présentent.

61. - Au préalable, une limite est posée sur la base du chiffre d'affaires des entreprises parties à l'accord. Aux termes de l'article 2-2 du règlement n°2790/1999, aucun des membres individuels, conjointement avec ses entreprises liées, ne doit réaliser un chiffre d'affaires annuel total qui dépasserait 50 millions d'euros. L'article 10 précise qu'il s'agit de l'addition, d'une part, du chiffre d'affaires hors taxes et redevances réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie concernée à l'accord vertical et, d'autre part, du chiffre d'affaires des entreprises qui lui sont liées. Par entreprises liées, il faut comprendre les entreprises qui exercent une influence sur la direction des entreprises parties à l'accord et les entreprises dans lesquelles ces dernières ont elles-mêmes une influence déterminante. Cette notion d'influence est contenue implicitement dans l'article 11 qui énumère toutes les formes de pouvoir : détenir plus de la moitié des droits de vote, détenir le pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil, droit de gérer les affaires de l'entreprise. Cette limite révèle en filigrane la volonté de ne pas accorder le bénéfice de l'exemption, par l'utilité économique présumée, à toutes les entreprises. Sont exclues les entreprises qui détiennent une certaine puissance économique, car celle-ci présume un pouvoir de marché.

62. - Enfin, il est précisé que l'exemption est subordonnée au fait que le seuil du chiffre d'affaires ne progresse pas de plus de 10% pendant une période de deux exercices consécutifs. Cette dernière précision est étonnante en termes de sécurité juridique. Mais elle doit correspondre à une hypothèse rare, au regard de la masse de chiffres d'affaires prise en compte.

63. - Quant à la part de marché elle-même, elle est calculée, selon l'article 9 du règlement n°2790/1999, sur la base de la valeur des ventes des biens ou services constituant le marché pertinent. A défaut, la Commission admet qu'elle puisse prendre en compte d'autres données, à condition qu'elles soient fiables.

64. - Il est donc défini un seuil de sensibilité au-delà duquel la présomption d'innocuité de l'entente pour le marché, en raison de son utilité économique, n'est plus possible. Toutefois, il reste la

possibilité pour l'entreprise de faire la preuve des avantages de son accord sur la base d'une exemption individuelle. Mais le mécanisme d'exemption par catégorie ne peut reposer, quant à lui, que sur une présomption pour laquelle le seuil est un facteur de simplicité et, partant, de sécurité juridique.

65. - La question du choix du seuil a été explicitée par la Commission dans sa communication n°98/C365/03 sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales (suivi du Livre vert sur les restrictions verticales). L'élément déterminant est le pouvoir de marché qu'elle définit comme la situation d'une entreprise qui est capable d'influer de manière notable sur ses prix de vente et qui, en pratiquant des prix supérieurs à un niveau compétitif, peut; au moins à court terme, réaliser des bénéfices exceptionnels (section III, 1.). Mais, pour apprécier ce pouvoir de marché, il faudrait un examen complet de la structure du marché et du comportement sur le marché, ce qui induit des frais importants. C'est pourquoi la Commission souligne l'intérêt que revêt la part de marché. Sans se substituer au pouvoir de marché, le critère apparaît le mieux à même de cerner la réalité économique. Pour étayer son choix, la Commission ajoute que "personne n'a été en mesure de proposer pour un tel règlement un indicateur unique meilleur que la part de marché" (Section IV, 2.). La seule alternative résiderait dans des lignes directrices présentant toute la panoplie des critères d'appréciation des restrictions verticales. Mais cela n'est pas compatible avec un mécanisme d'exemption générale et la Commission estime que le seuil en part de marché est un critère simple qui offre le plus de sécurité juridique aux entreprises.

66. - Il faut relever, dans les justifications de la Commission, les contraintes inhérentes à un droit économique au regard de la sécurité juridique : "*les règles de concurrence sont des règles économiques qui, par nature, impliquent un certain degré d'incertitude juridique... Le but poursuivi par la Commission est d'offrir un niveau raisonnable de sécurité qui soit compatible avec une protection efficace de la concurrence*" (Section IV, 2.). Elle pense y être parvenue en établissant un seuil de sensibilité en part de marché. C'est une clarification notable, sans pour autant qu'il y ait une présomption d'illégalité au-delà du seuil de part de marché. La Commission entend seulement créer une zone de sécurité dans laquelle il n'y pas lieu de se livrer à un examen individuel. La convergence d'intérêts est frappante : la Commission allège sa charge d'examen, mais aussi la charge de formalités administratives des entreprises tout en dissipant leurs doutes sur la conformité de leurs accords de distribution au droit communautaire de la concurrence.

67. - Pour parfaire sa politique de communication à l'égard des opérateurs économiques, la Commission a tenu à publier des lignes directrices destinées à expliciter encore son changement de politique sur le traitement des restrictions verticales (JOCE ,C 291/1, du 13.10.2000). Elle reprend point par point toutes les étapes de l'application du mécanisme d'exemption à la catégorie des accords verticaux et, pour l'essentiel du document, fait une démonstration particulièrement détaillée pour chaque type de distribution. Tous les efforts sont déployés pour que les entreprises puissent par elles-mêmes évaluer leurs accords verticaux au regard de la concurrence (pt 3).

68. - Il convient de relever, dans ces lignes directrices, une précision préalable qui introduit une distinction intéressante entre les seuils de sensibilité de la règle de minimis et ceux de l'exemption par catégorie (pts 8 à 11). La communication concernant les accords d'importance mineure répute,

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : Dr2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

sous réserve de l'absence d'effet sensible caractérisé, que les accords entre les entreprises dont la part de marché est inférieure à 10% ne tombent pas sous le coup de l'article 81 §.1 TCE. La zone de sécurité créée par le règlement d'exemption concerne donc les accords au-delà du seuil de 10% et en-deçà du seuil de 30% de parts de marché, à condition que soient respectées certaines réserves relatives, d'une part, au seuil de chiffres d'affaire des parties concernées et de leurs entreprises liées et, d'autre part, à la non-insertion de clauses noires.

69. - La nouvelle politique de la concurrence sur les restrictions verticales a fait l'objet de tant de commentaires depuis la publication du livre vert, que la première application du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 n'en prend que plus de relief. La Cour d'appel de Paris a statué sur la demande d'un candidat à la distribution des montres Rollex, évincé en raison "des possibilités locales de vente des produits contractuels" (CA Paris, 9 novembre 2000, RG n°1998/19395). D'emblée, elle prend soin de faire une analyse du marché pour retenir le sous-segment haut du marché des montres de luxe et constater que Rolex ne détient que 14% de part de marché. Elle en déduit que le contrat de distribution en cause entre bien dans le champ d'application du règlement d'exemption, d'autant que la clause quantitative n'est pas visée dans les listes des clauses noires dudit règlement. Toutefois, la Cour d'appel de Paris crée la surprise en considérant que cette clause relative aux possibilités de vente ne satisfait pas à l'exigence de critères objectifs de qualité, qui est la base même de l'exemption. Une telle analyse est étonnante au regard des lignes directrices qui n'excluent pas nécessairement l'exemption pour le cas de la distribution sélective quantitative (pt 197). Elle minore de façon tout à fait regrettable le rôle du critère des parts de marché (obs. E. Chevrier, *Actualités Dalloz*, <http://213.11.126.142/actualite/actualite.asp?actu=994>). La Cour d'appel de Paris méconnaît l'approche économique et, en s'enfermant dans une analyse formelle de la clause, alors même qu'elle n'est pas réputée clause noire, traite de la même manière une entreprise qui détient 14% du marché et celle qui en détient plus de 50% (Alain Ronzano, <http://www.ccip.fr/creda/forum>). L'affaire est décevante après des développements aussi circonstanciés. Nonobstant la politique de communication de la Commission, il faut encore du temps pour changer les méthodes d'analyse et accorder à l'approche économique une prépondérance.

70. - L'auto-évaluation économique est assurément la première clé de la sécurité juridique des entreprises. Mais elle peut aussi servir de base de tremplin à une autre clé : la négociation. Forte de ses analyses sur elle-même, sur son environnement et ses concurrents, l'entreprise sera en position d'autant plus favorable dans une négociation avec l'autorité de régulation.

II - L'APPROCHE DYNAMIQUE DE LA SECURITE JURIDIQUE PAR LA VOIE DE LA NEGOCIATION

71. - La sécurité juridique n'est pas seulement un dû. Elle se mérite aussi d'une certaine manière en ce sens que l'opérateur économique peut la construire par lui-même. La sécurité juridique

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

résulte alors d'efforts permanents d'adaptation à l'exigence fondamentale incombant à chaque opérateur économique : préserver la concurrence sur un marché donné. L'opérateur économique doit être de bonne volonté et être prêt à faire évoluer son projet d'action, en collaboration avec l'autorité de régulation. C'est la finalité qu'il faut attribuer à la notification. Sans cet éclairage, la notification pourrait paraître absurde ou dangereuse. L'entreprise signalerait à la Commission qu'elle encourt une sanction, car son projet d'action est soit à la marge d'une concentration compatible avec le marché intérieur, soit susceptible d'être qualifié d'entente illicite. La notification n'est pas un appel à sanction, mais à coopération. La notification ne saurait être réduite à une pratique de précaution purement formaliste. Elle est un acte par lequel l'entreprise entend poser les bases d'une négociation. La notification revêt donc à certains égards un intérêt stratégique. Les informations qui y sont délivrées doivent être présentées avec soin pour que l'entreprise puisse d'emblée présenter au mieux ses intérêts. D'un acte purement formel (A), il est opportun que les entreprises tirent le meilleur profit pour amorcer dans de bonnes conditions une véritable négociation avec la Commission (B). C'est à cette seule condition que l'acte pourra mériter le titre de pratique de précaution et servir ainsi la sécurité juridique de l'entreprise.

A - La notification incombant à l'entreprise, en tant que préalable à la négociation

72. - La notification revêt un caractère obligatoire dans le contrôle des concentrations (1°). C'est la pièce maîtresse par laquelle les entreprises parties à l'opération de concentration font preuve de leur vigilance et de leur bonne foi en soumettant leur projet à la Commission. Pourtant, la notification connaît un certain recul en matière d'exemption à une entente illicite. Alors qu'elle était une condition sine qua non à l'obtention d'une exemption individuelle, la Commission amorce un important mouvement d'infléchissement sur cette exigence de notification préalable (2°).

1°) la notification obligatoire dans le contrôle des concentrations

73. - Le règlement n°4064/89 du 21 décembre 1989 fait obligation aux entreprises de notifier leur opération de concentration (art. 4), sous peine de se voir infliger une sanction pécuniaire de 1 000 à 50 000 euros (art. 14). La Commission a prononcé pour la première fois de telles sanctions en 1999 (Déc. 10 fév. 1999, aff. IV/M 969, Moller ; Déc. 18 fév. 1998, aff. IV/M 920, Samsung/Ast). Elle a même condamné des entreprises ayant délivré dans leurs notifications des informations inexactes ou dénaturées (Déc. 28 juillet 1999, aff. IV/M 1543, Sanofi/Synthelabo). Certes, le montant de l'amende peut paraître dérisoire au regard des enjeux économiques de l'opération de concentration. Il n'en demeure pas moins qu'un oubli délibéré, voire une négligence grossière est mal perçue par la Commission au stade du déroulement du contrôle proprement dit. Un tel comportement exprime un mépris pour l'obligation fondamentale qui pèse sur chaque opérateur économique : préserver un certain degré de concurrence sur son marché d'action. Cela augure mal des chances de succès d'une éventuelle négociation ultérieure avec la Commission pour remodeler l'opération de concentration. Plus que le poids de l'amende, c'est donc la perte d'une opportunité de "sauver" l'opération envisagée par la négociation et la concession de quelques sacrifices.

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : Dr2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

74. - Toutefois, il faut convenir que cette obligation peut apparaître, au-delà du risque d'amende, très dangereuse pour les entreprises. En effet, la notification n'est pas un simple acte formel. C'est un acte par lequel les opérateurs délivrent des informations qui peuvent être lourdes de conséquences. Les autorités communautaires ont donc eu le souci d'améliorer la sécurité juridique des entreprises sur l'obligation de notification. Le règlement n°447/98 du 1er mars 1998 relatif aux notifications, délais et auditions, en est la démonstration. Le formulaire CO qui est joint en annexe est présenté comme un moyen de clarification des attentes de la Commission, de simplification de la tâche des parties prenantes et, finalement, de sécurité juridique (considérant n°4). Les entreprises ont intérêt à se soumettre rigoureusement à ces exigences et à bien faire figurer l'intégralité des informations utiles à la Commission. A défaut, le délai maximal d'un mois dans lequel la Commission doit prendre une décision est suspendu jusqu'à la communication des informations utiles (art. 10-1, règl. n°4064/89). C'est dire tout le soin qu'il faut apporter à cette notification. Or, la nécessité d'accomplir cet acte n'est pas aisée à déceler, comme nous l'avons vu. Des hésitations sont permises sur le franchissement des seuils du fait du remodelage juridique des différents chiffres d'affaires à calculer, mais aussi sur le critère de l'influence décisive qui peut dans les faits prêter à discussion pour qualifier l'opération de concentration soumise au contrôle du règlement n°4064/89. L'entreprise peut d'autant plus hésiter à franchir le pas de la notification que le fait de la notification sera publié en indiquant le nom des parties prenantes, la nature de l'opération (art. 4, règl. n°4064/89). L'effet de surprise sur le marché en sera totalement éteint et surtout la vigilance des concurrents sera aiguillonnée, de telle sorte qu'ils pourront au titre de "parties intéressées" souligner tous les aspects négatifs de l'opération en cause.

75. - C'est pourquoi la rigueur du règlement n° 4064/89 a été quelque peu atténuée par le règlement n°447/98. Certes, il appartient toujours aux opérateurs économiques d'apprécier la dimension et la nature de l'opération en cause pour se conformer à l'obligation de notification. Mais la Commission doit se tenir à la disposition des entreprises pour leur accorder, sur leur demande, des entretiens informels et strictement confidentiels au sujet de leur projet de concentration (10ème considérant du règl. n°447/98). L'intention paraît ici encore fort louable. Il s'agit d'une forme d'assistance fournie par l'autorité de régulation elle-même.

76. - En réalité, les entreprises peuvent encore estimer que cette assistance présente des dangers. Dès qu'elles sont saisies par des doutes, les entreprises se voient, en tout état de cause, contraintes de délivrer des informations à la Commission, soit à titre officiel par le biais d'une notification, soit à titre officieux par le biais d'une demande d'entretiens informels. Les liens étroits entre le calcul proprement dit des chiffres d'affaires et la nature de l'opération de concentration ont été soulignés plus-haut. Par le simple biais du franchissement des seuils, on peut déjà entrer au cœur de l'opération et du secret des affaires. Aux yeux de certains observateurs, c'est là un moyen commode pour la Commission de recueillir des informations sur l'évolution et les mouvements de recomposition des acteurs économiques et, par là-même de "croiser" des informations issues de différentes sources. La surveillance du marché en est facilitée. La qualité de "gendarme du marché" peut précisément susciter chez les entreprises une certaine méfiance à l'égard de la Commission. A l'inverse, d'autres observateurs font valoir que des entretiens informels sont l'occasion d'une transparence qui permet de démontrer sa bonne foi et de créer un climat de bienveillance au profit

des parties prenantes à l'opération. La transparence devient un leitmotiv de la régulation, quelle qu'elle soit, Elle se conçoit à l'égard d'une autorité, à condition que le secret des affaires soit préservée à l'égard des tiers, ce à quoi s'engage la Commission. De plus, s'ils sont menés par des conseils expérimentés, des entretiens informels peuvent aussi être le moyen de discerner jusqu'à point il est véritablement utile d'aller dans le dévoilement de certaines données.

77. - Cette phase de la pré-notification est promue avec force par la Commission (Communication n°2000/C217/11 de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentrations, art.10). Elle est présentée comme une pratique utile pour déterminer avec précision la quantité d'informations à fournir dans la notification. Elle fait partie intégrante du Code de bonne conduite (reproduit à l'adresse suivante sur le site internet de la Commission:http://europa.eu.int/comm/competition/merges/others/best_practice_gl.html). Il faut comprendre en filigrane que la Merger Task Force de la Commission commence à être submergée par le nombre de notifications et que cette phase de pré-notification lui permet d'opérer à l'amont un tri des affaires les plus significatives et des informations les plus pertinentes. Pour inciter fortement les entreprises à se soumettre à ces entretiens informels, l'argument ultime consiste à leur faire espérer, sous réserve de certaines conditions, un possible allègement de la charge administrative par rapport à l'habituelle notification présentée dans le formulaire CO (présenté en annexe du règlement n°447/98 du 1er mars 1998).

78. - En dernier lieu, on observera que la finalité de la notification doit dissiper les derniers doutes sur le fait qu'elle doit être préalable à l'opération elle-même de concentration. Le contrôle des concentrations doit être effectué a priori. C'est la réponse apportée à une double préoccupation : éviter la réalisation du dommage pour le marché, mais aussi éviter un principe de prohibition, tel qu'il existe dans les articles 81 et 82 TCE pour les ententes et abus de position dominante. Or, le caractère a priori du contrôle dépend du moment précis auquel la notification doit être accomplie. Une contradiction avait été soulignée entre les articles 4 et 7 du règlement n°4064/89. Le premier fait état d'une obligation de notifier dans le délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange. Le second énonce que la concentration ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée, ni avant d'être déclarée compatible avec le marché commun. Pour dissiper cette contradiction, qui n'est qu'apparente, il suffit de distinguer la conclusion du contrat, base de l'opération de concentration, de l'exécution de ce contrat. La notification est bien préalable, comme l'indique l'intitulé de l'article 4, et le manquement à son caractère obligatoire est établi dès qu'il y a exécution des contrats structurant la concentration.

79. - Si la notification est rendue obligatoire dans le contrôle des concentrations, elle ne l'est pas dans l'application de l'article 81 TCE. La notification y a cependant pris une ampleur considérable et est devenue une pratique de précaution élémentaire pour les entreprises soucieuses de leur sécurité juridique. Mais son succès a finalement scellé sa disparition dans la régulation des restrictions verticales, pour avoir suscité un encombrement de la Commission.

2°) L'abandon de la notification en tant que condition de l'exemption

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : *Dr*2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr*. 21, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

80. - La notification était devenue un automatisme en matière d'accords verticaux. Cette pratique de précaution était excellente du point de vue de la surveillance des comportements des acteurs économiques. Elle était aussi et surtout le prélude à une négociation susceptible d'infléchir ou de réorienter les techniques contractuelles mises en œuvre. En cela, la notification était un acte éminemment constructif pour une autorité de régulation. Mais encore faut-il que cette autorité ait des moyens à l'échelle d'un marché aussi vaste que celui du Marché unique. La publication, le 22 juin 1997, du Livre vert sur la politique de la concurrence communautaire et les restrictions verticales a été l'occasion de justifier l'abandon de la notification. La Commission s'est targuée de tenir compte des réactions à cette publication et a mis en avant la nécessité d'alléger la charge administrative des entreprises. Mais elle est aussi convenue qu'il y avait nécessité pour elle de simplifier le contrôle administratif pour concentrer ses efforts sur les accords restrictifs les plus dommageables à la concurrence. En d'autres termes, elle n'avait plus les moyens de faire face à l'afflux de notifications.

81. - Le règlement n°1216/1999 du 10 juin 1999 était nécessaire pour préparer la réforme en profondeur de la politique sur les restrictions verticales qui allait suivre, comme nous l'avons vu, avec le règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999. Le règlement du 10 juin 1999 modifie le règlement n°17/62 du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 81 et 82 TCE, par l'extension - au profit des accords verticaux - de la dispense de notification préalable à l'exemption individuelle, qui existait déjà pour certains accords.

82. - L'encombrement de la Commission est tel qu'elle se voit contrainte de privilégier désormais le mécanisme de l'exemption par catégorie. En cas d'échec de l'exemption par catégorie, elle laisse encore la possibilité d'une exemption individuelle, en n'exigeant plus que l'entreprise ait satisfait à une notification préalable. Cette modification est importante car, à défaut, le mécanisme d'exemption par catégorie était vidé de son intérêt, en tant que facteur de désencombrement de la Commission. Cette pratique de précaution a donc désormais vécu en matière de restrictions verticales.

B - La négociation, expression dynamique de la sécurité juridique

83. - L'exemption individuelle d'ententes illicites a donc fourni à la Commission un cadre propice à la négociation, dont le succès signe paradoxalement le déclin. En revanche, la notification demeure au cœur du contrôle des concentrations, même si la Commission semble désormais se donner les moyens de l'écarter, au besoin, dans le cadre d'une pré-notification. Il faut rappeler que la logique d'ensemble du contrôle des concentrations est bien différente de celle de l'article 81 TCE. Les ententes sont, par définition, prohibées et le mécanisme d'exemption ne fait qu'atténuer la prohibition pour les pratiques qui présentent malgré tout un faisceau d'avantages économiques. Les concentrations, quant à elles, ne sont pas interdites par principe. Il est d'autant plus opportun de ne pas empêcher d'emblée l'opération de concentration et d'orienter les parties prenantes vers des aménagements. La Commission est donc supposée adopter, non pas une attitude négative, mais au contraire l'attitude la plus constructive possible pour assurer une concurrence effective. Amener les parties en cause à remodeler leur projet initial illustre alors une application du principe de

proportionnalité, qui a sa justification et son expression propre dans le règlement n°4064-/89 du 21 décembre 1989 (C.-D. Ehlermann, Rev. Marché commun 1993, n°366, p.247).

84. - Cette possibilité d'aménagement du projet de concentration est expressément envisagée dans les textes. Il est prévu que la Commission pourra déclarer l'opération compatible avec le marché commun "*après modifications apportées par les entreprises concernées*" (art. 6 et 8, règl. n°4064/89 du 21 déc. 1989, mod. par règl. n°1310/97 du 30 juin 1997). Par réalisme, il est également prévu que la Commission pourra "*assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun*" (ibid.). La négociation est ainsi parfaitement institutionnalisée. Comme pour souligner le caractère crucial qu'elle revêt, le règlement n°1310/97 du 30 juin 1997 a enrichi l'article 6 de ce qui, dans la rédaction originale, était seulement annoncé dans l'article 8 : les deux articles se font désormais écho sur les modifications apportées et éventuellement érigées par la Commission en conditions et charges subordonnant sa décision de compatibilité de l'opération avec le marché commun.

85. - Les entreprises doivent prendre la mesure des potentialités qui s'offrent à elles. Le contrôle des concentrations est résolument tourné vers la coopération, la concertation et la négociation (N. Charbit et Ph. Corruble, Négociation avec la task force concentrations, Les flexibilités d'une procédure réglementaire, RAE-LEA 1997, p.495, spéc. 503). C'est pourquoi l'entreprise doit savoir négocier avec la Commission et faire preuve d'une capacité de souplesse et d'adaptation suffisante pour remodeler son projet d'action. Du point de vue de la Commission, c'est une attitude pragmatique qui l'emporte sur le court et moyen termes. Sur le court terme, l'essentiel est de préserver une concurrence efficace et, à cet égard, l'interdiction n'est pas nécessairement le seul mode d'intervention performant. Sur le moyen ou le long terme, l'intention de la Commission vise, par la négociation, à éduquer les entreprises, à créer une "culture entrepreneuriale" qui intègre la préoccupation de préserver une certaine dose de concurrence. Elle entend diffuser ainsi les règles de bonne conduite essentielles au bon fonctionnement d'une économie de marché.

86. - Il appartient aux entreprises de saisir cette nouvelle forme de sécurité juridique. Les pratiques de précaution ne se limitent pas à un formalisme juridique, schéma réducteur de ce qu'est la pratique de précaution. La sécurité juridique des projets économiques peut et doit se construire en concertation avec l'autorité de régulation. En cela, la sécurité juridique prend une dimension dynamique qui est inédite aux yeux des entrepreneurs. Mais elle correspond le plus authentiquement à la finalité du droit économique. Peu à peu, les pratiques évoluent vers cette dynamique. L'étude de l'ensemble des décisions révèle une progression des engagements proposés par les entreprises, tant dans la phase I qui correspond à la période normale d'examen d'un mois, que dans la phase II qui est la période d'investigation approfondie (O.d'Ormesson et S. Kerjean, Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations, RTDEur. 1998, p.479). En retour, la Commission affine les conditions et charges auxquelles elle subordonne une déclaration de compatibilité, ce qui traduit une maturité et une expertise croissantes (ibid.).

87. - Très tôt, la Commission s'est efforcée de faire une présentation synthétique des premiers aménagements qu'elle avait acceptés (Doc. Com. (93) 385, 28 juillet 1993). Elle évoque,

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prietto

Référence : Dr2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

en premier lieu, la suppression des barrières à l'entrée sur le marché, notamment par la révocation d'accords de distribution exclusive. Elle mentionne encore l'abandon de liens contractuels entre concurrents sur un marché ou l'abandon de liens par des participations croisées. Enfin, la vente d'actifs ou d'actions constitue un excellent moyen pour réduire la part de marché de l'entité qui résulte de l'opération de concentration. Ces aménagements tendent indiscutablement à faciliter l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché en cause ou, tout du moins, à permettre le maintien de ceux qui existent et résistent. Pour donner une force juridique à ces aménagements, il est établi qu'ils font l'objet d'engagements pris par les parties notifiantes de l'opération de concentration.

88. - La nature de ces engagements a récemment soulevé des difficultés. La question portait sur le point de savoir si les engagements comportementaux pouvaient être admis ou si seuls les engagements structurels devaient l'être. La Commission semble considérer que les engagements de nature comportementale ne peuvent pas être acceptés. Il est délicat d'accréditer un simple engagement de ne pas abuser d'une position dominante. Par réalisme, la Commission prétendait que seuls des engagements susceptibles de faire disparaître la possibilité d'un abus pourraient être retenus (déc. 97/26/CE, du 24 avril 1996, pt 216, aboutissant à déclarer la concentration incompatible avec le marché commun, aff. Genkor). En l'espèce, les protagonistes du secteur des platinoïdes proposaient de s'engager à accroître les capacités de production de puits, à maintenir la production au niveau actuel et à susciter la création d'un nouveau fournisseur sur le marché. Le Tribunal de première instance a écarté toute erreur de droit de la part de la Commission et toute erreur manifeste d'appréciation. Le Tribunal considère à son tour que les engagements ne paraissent pas en l'occurrence suffisamment substantiels. Mais, selon lui, il est indifférent que l'engagement proposé puisse être qualifié d'engagement comportemental ou structurel (TPICE, 25 mars 1999, T-102/96, pt 319). Il concède que les engagements de caractère structurels sont préférables, comme c'est le cas avec la vente d'une filiale à seule fin d'abaisser la part de marché de l'entité résultant de la concentration. En effet, ce type d'engagement empêche durablement l'émergence ou le renforcement de la position dominante. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal s'attache à ne pas exclure, par principe, les engagements comportementaux. Pourraient donc être utiles des engagements tels que la non-utilisation d'une marque pendant une certaine période, ou la mise à disposition des tiers concurrents d'une partie de la capacité de production de l'entreprise issue de la concentration, ou plus généralement l'accès à une infrastructure essentielle dans des conditions non-discriminatoires. Il y aurait donc des engagements comportementaux à ne pas négliger dans une négociation.

89. - Enfin, a été annoncée la publication prochaine d'une communication de la Commission sur les mesures correctrices ou "remèdes" aux problèmes de position dominante dans les affaires de concentration (Alain Ronzano, <http://www.ccip.fr/creda/forum>). Selon le service de presse de la Commission, la communication devrait être disponible au plus tôt sur le site internet habituel <http://europa.eu.int/comm/competition>. Le Commissaire en charge de la concurrence, Mario Monti, a déclaré que cette communication devrait être une contribution importante à une meilleure transparence et, partant, à une plus grande prévisibilité du contrôle des concentrations. La transparence est érigée en vertu partagée, dans les rapports entre l'autorité de régulation et les opérateurs économiques. L'objectif de cette communication annoncée est assurément de servir encore la sécurité juridique des entreprises. Mais il importe de souligner la nouvelle orientation que prend cette sécurité juridique. La Commission attend clairement que les entreprises aient une force

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 8 janvier 2001

Nom du document : e010108prieto

Référence : Dr2. 2000, E 001

Citation : C. Prieto, « L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique », *Dr. 21*, 2001, E 001

Copyright Transactive 2000-2001

de proposition pour adapter leurs projets et les rendre acceptables au regard des exigences d'une concurrence effective.

90. - Cette communication doit présenter les principes généraux qui vont encadrer les mesures correctrices. Elle doit encore poser les délais à respecter pour la remise des propositions, tant dans la phase I que dans la phase II, de telle sorte à ce que la Commission respecte les délais auxquels est soumise la procédure de contrôle. Est particulièrement attendu le tableau des mesures correctrices acceptées, fruit d'une expérience de dix années de contrôle. Il devrait être confirmé que les mesures correctrices structurelles apportent les garanties les plus sérieuses de fiabilité. Mais des précisions utiles devraient être apportées sur la densité des mesures correctrices comportementales. S'agissant de mesures aussi radicales que les cessions d'actifs, a priori très satisfaisantes, la Commission devrait rappeler une condition importante sur le plan pratique : les activités cédées doivent être suffisamment viables pour faire concurrence aux cédants, à défaut de quoi le remède ne mériterait pas son nom. En dernier lieu, tout un volet de dispositions devrait être consacré aux dispositions de mise en œuvre et de contrôle des engagements : nomination d'un mandataire chargé de surveiller le respect des engagements pris par les entreprises, agrément par la Commission de l'acquéreur potentiel.

91. - En tout état de cause, la négociation doit aboutir à des modifications sérieuses et non à des vœux pieux. Elle s'apprécie à l'aune des possibilités de concurrence qu'elle laisse. Dans leurs propositions, les entreprises doivent être uniquement guidées par la manière de satisfaire durablement et solidement cette obligation fondamentale consistant à préserver une certaine dose de concurrence effective.

CONCLUSION

92. - Le droit communautaire de la concurrence apporte un éclairage fort appréciable au concept de sécurité juridique, à l'heure où le droit français le consacre et lui donne une substance audacieuse. Il est vrai que le législateur communautaire déploie, plus que ne le fait traditionnellement le législateur national, de grands efforts pour rendre le droit communautaire de la concurrence plus accessible et plus intelligible. Cette attitude permet donc de souligner deux aspects de la sécurité juridique, jusqu'alors plus en retrait.

93. - Il s'agit d'abord de la relativité que les justiciables - et les entreprises au premier chef - perçoivent si mal dans la sécurité juridique. Appliquée au droit économique, la conception d'une sécurité juridique absolue et figée ne peut pas perdurer. Par définition, la saisie du fait économique par le droit ne peut être qu'éphémère et tâtonnante. Le seul moyen de concilier les contraintes inhérentes à la régulation économique avec le besoin légitime de sécurité juridique réside dans l'intelligibilité des normes. Seuls les éclaircissements et les mises en perspectives factuelles peuvent tempérer les incertitudes juridiques dues à une inévitable subjectivité dans l'analyse économique et à une complexité propre à la vie économique elle-même. Certes, on peut prétendre que les entreprises doivent accepter cette situation comme une conséquence inéluctable de la protection du marché. On

peut ajouter que les entreprises sont d'autant plus tenues de l'accepter que cette protection joue, en définitive, en leur faveur et sert leurs intérêts bien compris. Mais l'intelligibilité des objectifs et des moyens rend plus acceptable cette contrainte fondamentale.

94. - Il en résulte que cette intelligibilité renvoie nécessairement à une attitude active de la part des entreprises, second aspect mal perçu par les entreprises dans la sécurité juridique. Les règles de concurrence ne sont pas aisées à percevoir et n'offrent pas une sécurité juridique absolue. Les autorités communautaires peuvent seulement tendre à ce qu'elles soient suffisamment intelligibles. Cela appelle donc chez les opérateurs économiques des efforts de compréhension et de mise en œuvre à la hauteur des efforts déployés par les autorités pour rendre accessibles les normes. Les entreprises deviennent de la sorte les premiers artisans de leur sécurité juridique. Dès lors que l'autorité de régulation donne la logique interne de sa politique, les clés d'interprétation des concepts et de leur mise en application, les entreprises doivent s'en emparer pour servir au mieux leur sécurité juridique.

95. - Dans cette perspective, l'originalité du droit communautaire de la concurrence est de révéler, dans l'intérêt des entreprises, des pratiques de précaution renouvelées, qui vont de l'auto-évaluation à la négociation. Cela suppose une stratégie de transparence vis à vis de l'autorité de régulation, aux antipodes de la culture traditionnelle du secret des affaires et du repli. La loyauté des opérateurs économiques passe par cette démonstration de leurs efforts, qui suscitera la bienveillance et même la clémence pour leurs maladrotes ou leurs insuffisances dans la mise en œuvre des règles de concurrence.

96. - La sécurité juridique est plus une attitude de vigilance permanente, pour rester dans une mesure, qu'une situation acquise. Mais le débat rebondira toujours sur l'appréciation des degrés de la vigilance requise et sur l'exacte mesure de concurrence qu'il incombe aux entreprises de préserver.