

LE DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE AU BANC DES ACCUSES

Nicolas PETIT*

Introduction

Depuis 2009, le droit de la concurrence est entré dans le club fermé des disciplines juridiques auxquelles Hollywood s'intéresse. Il y a quelques mois le réalisateur américain Steven SODERBERGH portait à l'écran « *The Informant* », une grande affaire du droit de la concurrence.

Rien de surprenant, me direz-vous, le droit de la concurrence a en effet tout pour plaire. Là où d'autres disciplines s'étendent sur les pages de codes, lois, arrêtés royaux, circulaires, etc. le droit de la concurrence brille de simplicité, lui qui tient tout entier sur quatre articles, arrêts et règlements.

C'est ensuite une branche du droit dont l'objet est sympathique : servir le plus grand nombre de consommateurs, en poussant les entreprises à orienter leurs prix sur leurs coûts.

Enfin, en dehors de l'université en tout cas, la matière donne accès à des carrières rémunératrices.

Trop beau, trop bon et financièrement fécond, il n'est pas surprenant que le droit de la concurrence occupe aujourd'hui en Europe le banc des accusés. C'est l'audience de son procès que j'aimerais ouvrir devant vous.

Qui en sont les parties ? D'un côté, les règles européennes de la concurrence – des dispositions interdisant ententes, abus de position dominante, fusions et aides d'Etat anticoncurrentielles –¹ et la puissante administration chargée de les appliquer, la Direction Générale de la concurrence de la Commission européenne. En face, à la barre de l'accusation,

* Chargé de cours, Faculté de droit, Université de Liège, co-directeur de l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes (www.ieje.net), directeur académique du Master complémentaire en droit européen, droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle. Discours prononcé lors des leçons inaugurales de la faculté de droit et de science politique, 19 mars 2010

¹ Voir Titre VII du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C115/47 du 9 mai 2008. Voir également le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L24 du 29 janvier 2004, pp.1-22.

une « *action collective* » de « *procureurs* » autoproclamés que pourtant tout sépare, libéraux, libertaires, altermondialistes, colbertistes, souverainistes, etc.

Trois chefs d'accusations sont portés à l'encontre du droit européen de la concurrence. Premièrement, il incarnerait une antipolitique industrielle et sociale. Deuxièmement, il reposerait sur une procédure incompatible avec les droits fondamentaux de la défense. Enfin, il s'agirait d'une discipline tout à fait surmédiatisée. Revenons, si vous le voulez bien, sur ces trois chefs d'accusation.

I. Du dogme de la concurrence non faussée

A. Contenu

Le premier chef d'accusation rappelle la campagne des « *néoconservateurs* » américains, au lendemain de l'élection du Président BUSH. Elle prend source dans le rejet du projet de Constitution pour l'Europe en 2005, véritable « *11 septembre politique* » de l'Union Européenne.

La Commission serait aux mains d'une poignée d'« *ayatollahs* », ² aveuglés par le « *dogme* » de la concurrence libre et non faussée. A gauche comme à droite, de Mme ROYAL ³ à M. SARKOZY, on pilonne la politique de concurrence « *étriquée* », « *tatillonne* », ou encore « *doctrinaire* » de la Commission, imperméable aux considérations de politique industrielle, d'emploi ou de compétitivité internationale des entreprises européennes. Plus grave : selon un ancien juge européen, le régime des « *ayatollahs* » gagnerait, par contagion, le Tribunal de l'UE, sis à Luxembourg. ⁴

Dans la ligne de mire des faucons, le système de contrôle des opérations de concentrations, ou si vous préférez de contrôle des fusions/acquisitions. Ce système entraverait la constitution de géants industriels ou la réalisation de regroupements favorables à l'emploi. ⁵ C'est la fusion de

² Voir J-L. GREAU, *La trahison des économistes*, Ledébat, Gallimard, p. 69

³ Voir interview de S. ROYAL, *Concurrences*, N°1-2007, pp. 8-15

⁴ Voir H. LEGAL, « Le contentieux communautaire de la concurrence, entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, N°2-2005, pp. 1-2

⁵ Voir notamment N. BAVEREZ, *La France qui tombe*, Perrin, 2003, p. 116.

GDF et Suez, uniquement autorisée au prix de substantielles modifications.⁶ Pire encore, par une lecture radicale du Règlement 139/2004, la Commission refuserait de contrer les OPA de prédateurs d'Etat tiers. Elle laisserait ce faisant des fleurons de l'industrie européenne passer sous pavillon ennemi, et cautionnerait d'immenses opérations de dépeçage industriel et social.⁷ C'est la prise de contrôle d'Arcelor par Mittal, ou de Pechiney par Alcan.

Le contrôle des aides d'Etat aux entreprises est aussi livré à la pioche des démolisseurs néo-conservateurs. Rigoriste, la Commission compromettrait le sauvetage de champions industriels européens en difficulté. Souvenez-vous de l'affaire *Alstom* de 2003.⁸ Mais cela n'est pas tout. Le contrôle des aides handicaperait les opérateurs européens sur les marchés internationaux face aux concurrents étrangers, qui bénéficieraient de soutiens publics massifs.

La crise financière et économique est venue acérer le discours des faucons. La Commission ferait du zèle, lorsqu'elle soumet au droit commun, c'est-à-dire à un examen au cas par cas, les milliards d'euros injectés en urgence par les Etats dans le système bancaire.⁹ *Idem* pour l'intransigeante fatwa anticartels. En conjoncture basse, sa suspension s'imposerait. Les « *cartels de crise* » protégeraient les entreprises de la faillite en leur garantissant des marges confortables malgré l'effondrement de la demande et l'explosion des surcapacités.¹⁰

B. Evaluation

Alors que penser de telles accusations?

Assurément, les faucons sont des virtuoses de l'interdisciplinarité. Leurs arguments relèvent en effet moins du droit que des sciences de la communication, voire de la psychiatrie.

Regardons quelques chiffres, d'abord. En 21 ans, la Commission s'est opposée à moins de 0.5% des 4317 concentrations notifiées, et seules 6.5% de ces opérations ont donné lieu à des mesures correctives. Selon un récent classement, 12 entreprises européennes figuraient parmi

⁶ Voir décision de la Commission du 14 novembre 2006, *Gaz de France/Suez*, JO L 88/47 du 29 mars 2007.

⁷ Opérations de réductions drastiques d'effectif, pillage de savoir faire industriel, ou transfert des centres de décision hors d'Europe, par exemple.

⁸ Voir Communiqué de presse de la Commission du 17 septembre 2003, « Enquête approfondie et dernière chance pour la France avant de faire face à une injonction de suspension dans le cas *Alstom* », IP/03/1262.

⁹ Voir F. LORDON, « Cette Europe-là est irréparable », 30 novembre 2008. Voir également J-P. JOUYET, « Vers la concurrence régulée », *Concurrences*, N°4-2008, p. 1.

¹⁰ Voir A. AMELIO and G. SIOTIS, « Applying EU Competition Rules During Testing Times: Issues, in Competition policy in times of crisis » (D. SPECTOR ed.), *Concurrences*, N°2-2009, p. 6.

les 25 plus grandes entreprises du monde. Dans le domaine des aides publiques, même constat : la Commission a autorisé depuis le début de la crise près d'une centaine d'aides d'Etat, en une durée moyenne de 18 jours. Aucune trace d'« *armes juridiques de destruction massive* », entravant la création de champions industriels.

Si l'on s'intéresse aux textes, ensuite, le prétendu pillage des entreprises européennes par des prédateurs étrangers relève d'un *cynisme* de mauvais goût. La Commission tire sa compétence exclusive sur les concentrations les plus importantes d'un Règlement du Conseil, c'est-à-dire d'un texte adopté par les Etats membres de l'UE. Ces derniers, qui critiquent aujourd'hui la Commission, auraient donc pu se réserver d'avantage de compétence pour organiser le « patriotisme économique ». Même constat pour le prétendu « *laisser faire* » de la Commission vis-à-vis d'opérations socialement ou industriellement funestes. Les Etats ont sciemment choisi un système dit de bilan « *concurrentiel* », qui ne laisse aucune place à la prise en compte de paramètres sociaux ou industriels.

Enfin, faisons un peu d'histoire. L'assouplissement souhaité du droit anticartel célèbre l'amnésie collective. Dans les années 30, lors de la grande dépression aux Etats-Unis, le Président ROOSEVELT fit adopter au titre de son *New Deal* une législation connue sous nom de *National Industry Recovery Act*. L'instrument exonérait de poursuites les accords de cartels en échange de promesses d'augmentation des salaires. Des études économiques réalisées depuis lors démontrent que cette législation a retardé la reprise, voire aggravé la récession, en enracinant durablement des cartels dans l'économie américaine.¹¹ Le Président ROOSEVELT concédera, quelques années plus tard, que cette politique s'est révélée contreproductive.

Ces contre-arguments invalident à eux seuls le premier chef d'accusation. Les faucons tentent en réalité de tromper le jury par une tactique bien connue : c'est la technique de la nationalisation des succès, et de l'européanisation des échecs.

II. De Bruxelles à Orwell

¹¹ Voir H. L. COLE and L. E. OHANIAN, « New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis », (2004) 4 *Journal of Political Economy*, 112; J. TAYLOR, « The Output Effects of Government Sponsored Cartels during the New Deal », (2002) Vol. 50(1) *Journal of Industrial Economics*, 1.

A. Critique

Venons en maintenant au deuxième chef d'accusation. Plus technique, il fait intervenir les avocats spécialisés. A les entendre, leurs clients feraient face à un système « *orwellien* » de mise en œuvre du droit européen de la concurrence, sous la mainmise d'une autorité de police économique toute puissante et non élue, la Commission.¹²

Les voies de *saisine* de la Commission n'auraient d'abord rien à envier à « *Big Brother* ». En sus des plaintes, la Commission espionnerait en permanence les marchés et encouragerait la délation dans le cadre des programmes de clémence.

Ses pouvoirs d'*enquête* ensuite, lui permettraient de diligenter des perquisitions, auditions et demandes de renseignements, sans le moindre soupçon d'infraction. La doctrine parle souvent d'opérations de « *pêche à la preuve* ».¹³

D'inquiétantes dérives bureaucratiques apparaîtraient encore lors de l'*instruction* des dossiers. Autonomes, les fonctionnaires de la DG concurrence instruiraient à charge, privilégiant les preuves confirmant leurs intuitions initiales. Dans ce jeu de négociation déséquilibré, ils pousseraient les entreprises aux aveux, au mépris des droits procéduraux de la défense. C'est la procédure dite de « *transaction* », proche du « *plaider coupable* » du droit américain. Dans le même ordre d'idées, ils extorqueraient aux entreprises d'importantes mesures correctives en échange d'une clôture de la procédure.

Enfin, les amendes fulminées par la Commission atteindraient un niveau disproportionné, dépassant le milliard d'Euros comme dans l'affaire *Intel*,¹⁴ et pesant surtout sur les actionnaires et employés. Elles constitueraient désormais des sanctions pénales, au sens de l'article 6(1) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.¹⁵ Pourtant, dans le

¹² Voir D. WAELBROECK and M. MEROLA (éd.) *Towards an Optimal Enforcement of Competition Rules in Europe*, Bruylant, 2010, forthcoming. Voir également I. FORRESTER, « Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures », (2009) 34 *European Law Review*.

¹³ Voir H. ANDERSSON et E. LEGNERFÄLT, « Dawn raids in Sector inquiries – Fishing Expeditions in Disguise ? », *European Competition Law Review*, Issue 8, Thomson/Sweet&Maxwell, London, 2008.

¹⁴ Voir décision de la Commission du 13 mai 2009, *Intel*, COMP/C-3/37.990

¹⁵ Voir D. WAELBROECK et al., "Enforcement by the Commission – The Decisional and Enforcement Structure in Antitrust Cases and the Commission's Fining System" in D. WAELBROECK and M. MEROLA (éd.) *Towards an Optimal Enforcement of Competition Rules in Europe*, préc.

système bruxellois, point de tribunal impartial en première instance, point d'audience publique devant l'organe de décision et point de contrôle juridictionnel effectif.

B. Evaluation

Alors les arguments des praticiens du droit de la concurrence sont-ils fondés ? Sans entrer dans une discussion technique, un appel à la modération est ici justifié. Premièrement, l'idée d'une Commission épiait les moindres faits et gestes des entreprises est caricaturale. Ses ressources humaines et financières sont évidemment limitées. De plus, sa vigilance s'exerce sur une sphère économique en constante extension et complexification.

Deuxièmement, la disproportion des pouvoirs d'enquête doit aussi d'être relativisée à l'heure de la dématérialisation des preuves et de la dispersion géographique des centres de décisions.

Troisièmement, l'instruction prétendument biaisée des équipes de la DG concurrence fait fi des nombreux « *checks and balances* » internes à la Commission: contrôle du service juridique, du conseiller auditeur, de l'économiste en chef, du médiateur, ou dans un « *novlangue* » dont seuls les fonctionnaires européens ont le secret, des « *groupes de réexamen collégial* ». Les entreprises le savent d'ailleurs bien : cet enchevêtrement de procédures et d'organes multiplie les espaces sur lesquels faire pression pour saborder une affaire. Et à ce petit jeu, le rapport de force n'est pas toujours en défaveur des entreprises. Face aux effectifs réduits de la Commission, les entreprises alignent armées de juristes et économistes, experts en relations publiques, etc.

Enfin, l'excès prétendu de la politique de sanction ignore un point sur lequel les études économiques apportent une lumière nouvelle : l'amende optimale se situerait à un niveau jusqu'à 11 fois supérieur à la moyenne actuelle.¹⁶ Plutôt que de critiquer le montant moyen de l'amende, les débats devraient peut-être s'intéresser à une autre question, celle des sanctions alternatives: peine de prison ou sanctions individuelles incapacitantes. Jusqu'à présent, les praticiens sont restés très discrets sur ce sujet.

¹⁶ Voir E. COMBE, « L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique », *Concurrences*, N°4-2006, pp. 10-30. Voir également E. COMBE et C. MONNIER, « Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique », *Concurrences*, N°3-2007, pp. 39-45.

III. « Show business competition policy »?

A. Critique

Passons maintenant au troisième et dernier chef d'accusation. Depuis quelques années, l'action de la Commission relèverait du spectacle médiatique. C'est la thèse de la politique de concurrence « *show business* », que l'on peut rapprocher des enquêtes financières médiatiques du procureur général E. SPITZER aux Etats-Unis dans les années 1990, ou plus près de nous en France, des enquêtes des juges JOLY, VAN RUYMBEKE, HALPHEN, etc.

Concrètement, cette thèse s'articule autour de trois moyens. Premièrement, la Commission sélectionnerait ses cibles d'intervention en fonction de leur degré d'exposition médiatique. D'aucuns ont ainsi brocardé l'acharnement de la Commission contre de grandes entreprises américaines – entendre Microsoft.¹⁷ D'autres ont souligné son intérêt immodéré pour des secteurs à forte visibilité, comme le secteur pharmaceutique, où l'essentiel des problèmes est de nature réglementaire.¹⁸

Deuxièmement, la Commission privilégierait une approche « *négative* » du droit de la concurrence, mettant l'accent sur la répression.¹⁹ Cette approche prendrait corps dans l'adoption de décisions individuelles d'interdiction assorties de lourdes sanctions, plus « visibles » du grand public, plus sensationnalistes, que d'autres interventions, comme les activités de sensibilisation des entreprises ou d'aide à la décision.

Troisième moyen, la politique de la Commission s'appuierait sur une stratégie de communication qui s'inspire des plus modernes campagnes de relations publiques: clichés du Commissaire en compagnie de monuments du rock'n roll, Mick JAGGER, ou de la haute couture, Karl LAGERFELD ; interviews fleuves dans de grands magazines de mode, Marie-Claire. A cela, s'ajoute une tendance à l'effet d'annonce, par l'utilisation de formules fracassantes. Rendez vous compte. Au début de son enquête dans le secteur pharmaceutique,

¹⁷ Voir R. W. CRANDALL and C. WINSTON, « Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence », *Journal of Economic Perspectives*, Vol 17(4) Fall 2003, 3, p.14: « *Challenging large firms in court is often politically popular* ».

¹⁸ Voir N. PETIT, « The Outcome of the EC Pharmaceutical Sector Inquiry », *Concurrences*, N°3-2009, p. 11.

¹⁹ Voir C. HUMPE, I. LIANNOS, N. PETIT and B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "The Directly Applicable Exception System – Positive Enforcement and Legal Certainty" in D. WAELBROECK and M. MEROLA (Eds.), *Towards an Optimal Enforcement of Competition Rules in Europe*, préc.

le Commissaire convoquait SHAKESPEARE pour déclarer qu'il y avait quelque chose de « pourri » dans cette industrie.²⁰

B. Evaluation

Contrairement aux griefs précédents, ce chef d'accusation – qui tient notamment à la personnalité du dernier Commissaire – est difficilement contestable.

Et, la « pipolisation », la « staracadémisation » du droit de la concurrence a de quoi inquiéter. En concentrant ses ressources sur les secteurs médiatiques, la Commission adresse un signal contre-productif aux opérateurs d'autres secteurs, et spécialement de secteurs moins transparents, comme les marchés de gros, de matières premières, etc. Moins exposés à la surveillance de la Commission, ceux-ci pourraient renoncer à spontanément respecter le droit de la concurrence.

Par ailleurs, si la plupart des fonctionnaires de la Commission doit observer une obligation de discrétion, ses hauts fonctionnaires, portes paroles et Commissaires jouissent d'une grande liberté de ton. Ici, des gardes fous sont nécessaires, pour protéger notamment la présomption d'innocence. Comme les commentaires des gouverneurs de banques centrales, les déclarations de la Commission ont un impact immédiat sur le marché. Une étude économique démontre ainsi que le communiqué de presse annonçant l'ouverture d'une enquête affecte négativement la valorisation boursière des entreprises concernées.²¹

Enfin, l'approche principalement répressive soulève deux problèmes. En premier lieu, les opérateurs économiques font face à un droit optiquement très dur. Par aversion au risque, ceux-ci pourraient renoncer à des pratiques profitant pourtant au consommateur : des réductions de prix agressives susceptibles de constituer des prix prédateurs par exemple. C'est la fameuse erreur de type I dont s'émeuvent si souvent les économistes. En deuxième lieu, les décisions individuelles négatives apportent peu – contrairement à ce que dit la Commission - de lignes directrices dans une matière de plus en plus économique et casuistique.

²⁰ Voir J. KANTER, « Past Clouds Future of Europe's New Antitrust Chief », *New York Times*, 18 février 2010.

²¹ Voir G. LANGUS and M. MOTTA, « On the Effect of EU Cartel Investigations and Fines On the Infringing Firms' Market Value », *Proceedings of 2006 EU Competition Law and Policy Workshop*, EUI-RSCAS, available at <http://www.eui.eu/>

Conclusion

Arrivés au terme de l'examen de ces trois chefs d'accusation, il faut se rendre à l'évidence : le droit de la concurrence n'a strictement rien à faire au banc des accusés.

En adressant à tort leurs critiques à l'encontre du droit européen de la concurrence, et non à une certaine *politique* de concurrence, ses contempteurs endossent une lourde responsabilité, celle de discréditer l'idée sous-jacente de « *concurrence non faussée* ». Pour l'heure, les boute-feux du droit de la concurrence ont uniquement fait tomber des symboles. A l'occasion du Traité de Lisbonne, les chefs d'Etats et de gouvernement ont rétrogradé le principe de concurrence non faussée, qui figurait au fronton des anciens traités, au fin fond d'un « *protocole n°27* », annexé au nouveau texte.

Espérons que le procès du droit de la concurrence s'arrêtera là, et que la relaxe sera prononcée. L'adhésion populaire à la concurrence est en effet fragile. Les opinions publiques ne comprennent qu'abstraitement les bénéfices à long terme de la concurrence : baisse des prix, augmentation de la qualité et stimulation de l'innovation. En revanche, elles se préoccupent plus des coûts de court terme du processus concurrentiel : disparition d'une entreprise, délestages de main d'œuvre, réductions de salaires, etc. En pleine crise économique, le pouvoir politique – qui sait que le peuple « *aime voir fumer les usines* »²² – pourrait tenter d'en profiter.

Pour décourager les velléités contentieuses futures des procureurs du droit de la concurrence, les autorités de contrôle doivent d'avantage s'employer à sensibiliser les peuples à l'utilité du droit de la concurrence.

Interdisciplinarité de nouveau : pour renforcer le droit, c'est sans doute du côté de l'économie qu'il faut se tourner. Celle-ci pourrait utilement souligner les effets vertueux de la concurrence non faussée sur les grands agrégats économiques que constituent la croissance, l'inflation, l'emploi, la consommation.

Les mesures réalisées jusqu'à présent sont encourageantes. En 2008, la Commission estimait avoir fait réaliser 9.1 milliards d'€ d'économies aux consommateurs européens. Ramené à

²² Voir Y. de KERDREL, « Les usines ne sont pas des musées, M. Sarkozy », *Le Figaro*, 12 février 2008.

d'autres unités de compte, c'est plus de 3 fois la dette consolidée de la Communauté française de Belgique, près de 35 fois le budget de l'ULg, et environ 5200 fois la dotation de la faculté à laquelle j'ai l'honneur d'appartenir.

Je vous remercie.

*

* *