

À propos du règlement communautaire sur l'application des articles 81 et 82 du Traité : variations sur les lois de modernisation

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences-Po
Directeur de la Chaire Régulation

1. Le règlement communautaire 1/2003, relatif à l'application de la prohibition des ententes et abus de position dominante, qui reconstruit le droit de la concurrence et bouleverse la répartition des pouvoirs et des tâches entre la Commission européenne et les autorités nationales, se présente comme un texte de *modernisation du droit de la concurrence*¹. Y compris dans les publications officielles de la Commission, l'ensemble constitué par le Règlement communautaire et les 6 communications de la Commission qui l'entourent est désigné comme le *Paquet Modernisation*. C'est encore sous ce vocable qu'en 2004 la trace de l'ensemble des nouveaux textes communautaires en droit de la concurrence peut être retrouvée sur le site de la Commission :

<http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#modernisation>

2. Cela semble aller de soi : un texte nouveau modernise le droit². Ce terme de modernisation est en lui-même empreint de cette satisfaction que tout législateur donne à voir, puisqu'elle implique que son texte constitue un progrès. Cela

1. V. tout particulièrement le commentaire de Laurence Idot, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Forum Européen de la Communication/Bruyant, 2004.

2. V. not. L. Idot, « La modernisation du droit communautaire de la concurrence », *JCP* 2003, I, p. 1 et sous sa direction, « La modernisation des règles européennes de concurrence », *Rev. conc. consom.*, juillet-août 2001, n° 122, p. 7 et s., avec les contributions suivantes : L. Idot, « La modernisation des règles européennes de concurrence : réforme procédurale ou institutionnelle ? » ; P. Rey, « Les enjeux de la réforme : le point de vue d'un économiste » ; J.-M. Cot, « Les enjeux de la réforme : le point de vue d'un juriste » ; P. Hubert, « Les défis de la mise en œuvre : un réseau d'autorités de concurrence à construire » ; C. Fabre, « Les défis de la mise en œuvre : une compétence élargie pour les juges ». Dans une de ces plus récentes études, Laurence Idot met à la fois en exergue et entre guillemets le terme de « modernisation » (« Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », *LPA*, 1^{er} février 2005, p. 5-13, p. 5).

va de soi parce que, comme le soulignait Paul Roubier pour justifier la plus large part dans le temps que devait prendre la loi nouvelle, tout législateur pense faire œuvre d'amélioration par rapport à la loi ancienne.

3. *La référence à la modernisation* dans le titre du règlement vient en écho de nombreuses lois françaises qui, depuis les années 1940, promettent à travers leurs intitulés – lesquels sont peu débattus puisque les titres des lois ne font pas l'objet d'un vote lors de l'adoption du texte au Parlement – de moderniser le droit d'avant. On y trouve des lois qui font date, en 1996 *Loi de modernisation des activités financières*, en 2000 en *Loi de modernisation du service public de l'énergie*, en 2002 *Loi de modernisation sociale*, en 2005 *Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie*, prochainement *Loi de modernisation agricole*, à côté de lois passées davantage inaperçues. Quelle différence avec une loi qui réforme, ou même tout simplement avec une loi nouvelle qui, sauf à être interprétative, vient toujours modifier et prétend toujours le faire dans un sens meilleur ?

4. Si l'on reprend en série les lois qui affichent cette ambition, et la façon dont on présente cette façon particulière d'améliorer, il apparaît tout d'abord qu'il s'agit d'adapter une loi ancienne qui n'était pas sotte mais dont l'évolution a rendu les dispositions inadéquates par vieillissement. Pourtant, l'examen des textes qui se prévalent d'une telle volonté de modernisation montre qu'il s'agit plutôt d'une façon astucieuse de faire passer une évolution radicale mais difficile. On observera que les deux usages de ce vocable de *modernisation* s'opposent. Il est alors possible de se demander lequel le Règlement communautaire illustre.



5. Prenons tout d'abord la modernisation comme l'expression d'une loi nouvelle qui se contente d'adapter la précédente loi, dépassée parce que son contexte a changé. Dans cet exercice, la modernisation consiste simplement à actualiser la règle pour qu'elle réponde à des situations inconnues du législateur précédent. Par exemple, l'on peut considérer que la loi du 13 mars 2000 qui a adapté le droit des preuves est une loi de modernisation en ce qu'elle intègre le support immatériel pour définir des actes instrumentaires probants. Comme il s'agit d'adaptation, la loi de modernisation est peu grandiose mais prend plutôt la forme d'une accumulation de dispositions diverses qui, à plusieurs points du droit et sans cohérence entre elles, mettent par petites touches le droit en plus juste reflet d'une évolution.

6. En cela, les lois de *modernisation* sont des textes qui n'ont pas d'autre cohérence interne que ce but d'adaptation, textes peu normatifs qui adoptent les règles au contexte technique, textes de nature technocratique donc. Ce sont en outre des lois positivistes, en ce sens qu'elles incorporent passivement ce qui est advenu à l'extérieur de la volonté du législateur. Cette passivité du législateur³ par rapport à l'évolution des faits se double souvent d'une passivité à l'égard du

3. Passivité qui peut n'être qu'apparence affichée, affectée, v. *infra* n° 12.

législateur communautaire. Cette caractéristique explique que les lois de modernisation se développent particulièrement dans les matières techniques et changeantes. C'est notamment le cas en matière financière, la *Loi de modernisation des activités financières* ayant affiché l'ambition de remettre à niveau les règles juridiques par rapport aux réalités des métiers, des produits et des marchés financiers.

7. Dès lors, les lois de modernisation seraient neutres, manifestation d'un positivisme sociologique et technologique, marque d'une société désormais technique et non plus politique, consistant à transposer dans le droit ce qui lui est extérieur, sans qu'intervienne une volonté, une politique législative. Ainsi, lorsqu'une loi de *modernisation* d'un secteur, d'une activité ou d'un instrument juridique paraît, nous serions loin de la révolution, nous serions même en deçà de la réforme. La loi de modernisation relèverait du dont-acte de l'évolution des choses et l'on annonce par avance qu'il ne s'agit que de récolter des évolutions déjà advenues. Ainsi, alors que le lien entre le droit et les mots par lesquels il s'exprime est au cœur du système, le garde des Sceaux n'institua en 1973 qu'une *Commission de modernisation du langage judiciaire*, plate formulation au regard de l'importance des formulations du droit, de véritables politiques publiques pouvant se mettre en place à travers le langage juridique.

8. Ce faisant, la « loi de modernisation » serait l'inverse de ce qu'on pourrait désigner comme une « loi de modernité », si l'on appelle ainsi une loi qui opère un basculement dans les principes de conception de la matière, entraînant généralement une querelle de la loi ancienne et de la loi moderne. Michel Bastit a montré que la « loi moderne » prétend n'avoir de cause à sa puissance que sa pure volonté⁴, n'être ainsi en rien contrainte par des phénomènes extérieurs au pur dessein politique du législateur. La « modernité », affirmation d'un projet politique souverain, est donc l'inverse de la « modernisation », affirmation d'une adaptation neutre à ce qui s'est constitué à l'extérieur de la volonté politique. Quand la loi prend en outre le parti de la modernité, elle décide de changer de principe, de changer les paradigmes du droit, en récusant l'ancien⁵. À l'inverse, le législateur qui limite sa puissance à la seule adaptation au contexte, qui troque l'arrogance de la modernité contre la modestie de la modernisation, qui ne modifie donc l'ancien que par le seul jeu de l'adaptation, relève de l'État dit « post-moderne »⁶.

9. Cette dichotomie amène à un soupçon : précisément du fait de cette opposition, qui permet de faire glisser l'un sous l'autre, le pouvoir politique qui veut éviter la dispute, soit parce qu'on lui dénie cette qualité politique (comme on le fait souvent pour la Commission européenne), soit du fait toujours acquis que le changement de paradigme est objet de disputes, peut être tenté de déguiser la modernité sous la neutre et technocratique modernisation.

4. *Naissance de la loi moderne*, coll. « Léviathan », PUF, 1990.

5. A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, coll. « Léviathan », PUF, 1991.

6. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 2^e éd., coll. « Droit et société. Série politique », n° 35, LGDJ, 2004.

10. La loi qui se désigne elle-même comme ayant pour objet la *modernisation* d'un secteur ou d'un droit, et n'ayant que cet objet-là, relève souvent de la technique de l'euphémisme⁷, un mot masquant un autre pour rendre socialement ou dogmatiquement admissible ce qui est en réalité une révolution. Les lois de modernisation seraient alors des lois de retournement dissimulé.

11. Par exemple, la loi par laquelle le Parlement français a ouvert à la concurrence le secteur électrique, transposant une directive de « libéralisation » de celui-ci et de ce fait exposant les pouvoirs publics à la vindicte des défenseurs du monopole d'EDF, a pris pour titre *Loi de modernisation du service public de l'électricité*. Admirez la manœuvre : le texte se présente ainsi comme une loi qui n'opère pas une révolution, qui ne renie pas le service public et contre lequel les foudres nationales n'ont pas de raison de tomber, mais en même temps comme une loi qui ne laisse pas le service public dans sa conception traditionnelle et le fait donc évoluer vers une conception plus compatible avec le droit communautaire, dont les organes sont ainsi eux-mêmes satisfaits. Chacun en sort la tête haute. De la même façon, la future *Loi de modernisation agricole* exprime une intention de changement radical des comportements et de l'organisation économique du secteur⁸, tout en affirmant l'idée de continuité et de simple adaptation.

12. La *modernisation* est alors le faux-nez de la modernité, ou de la représentation qu'on s'en fait. La modernisation comme fausse modestie de la modernité. La modernisation masque d'une façon d'autant plus astucieuse la modernité que, par ailleurs, autant il peut être glorieux de se ranger du côté des anciens, par exemple du côté du service public, autant il est plus difficile de se revendiquer comme ennemi de la modernisation. Ainsi, la *loi de modernisation sociale* affiche de ce seul fait qu'elle s'impose comme bienvenue, car qui ne souhaiterait moderniser les relations sociales ?

13. La modernisation est donc devenue une façon rhétorique de faire passer la modernité, si l'on définit celle-ci d'une façon neutre comme le changement des principes. Dans une société qu'on nous présente souvent comme bloquée sur des principes dépassés, la méthode est peu glorieuse mais efficace. Le changement de principe devient ainsi admissible dans les faits, notamment face aux syndicats, et dans l'idée même, puisque la radicalité de la modernité lui ferait aujourd'hui mauvaise presse.

14. Ainsi et par exemple, lorsque le garde des Sceaux veut réformer le droit des successions, matière sensible, il se réjouit de l'appui des notaires et se félicite du fait que les mesures envisagées « s'articulent autour d'une volonté de simplification et de modernisation des règles afin d'instaurer une meilleure adéquation avec "la réalité sociale, familiale et économique" »⁹. La modernisation n'est qu'un

7. J.-L. Souriou et P. Lerat, « L'euphémisme dans la législation récente », *D.* 1983, chron., p. 221 s.

8. V. par ex. Ministère de l'Agriculture, *Agriculture, territoires et société*, 20 septembre 2004, <http://agriculture.maaparl.agriculture.gouv.fr/spip/IMG/pdf/docpresse1.pdf>

9. Propos rapportés par Olivia Dufour, « Dominique Perben souhaite moderniser le droit des successions », *LPA*, 23 juillet 2003.

réajustement dans lequel en apparence le politique prend à peine sa part puisque la réalité dicte l'évolution, la loi la transcrivant. Dès lors, celui qui veut contester le bien-fondé de la loi nouvelle doit assumer d'être contre la réalité, position rhétorique difficile qui oblige à dire que la réalité a tort, en évoquant par exemple des difficultés techniques à la suivre ou des arguments éthiques.

15. Si, réservant pour l'instant l'analyse du règlement communautaire de modernisation du droit de la concurrence, on observe la série des législations revendiquant une modernisation, on observe qu'environ de 1960 à 1990, il s'est agi d'adapter les règles à l'évolution des techniques. Cette limitation au premier sens de la modernisation tient sans doute au fait que les autres lois, celles qui prétendaient réformer les principes, le revendiquaient haut et fort. À partir des années 1990, les lois portant réforme des principes se sont drapées dans l'affirmation d'une simple modernisation.

16. De la même façon, on observe que pendant la première partie de cette période, ce sont plutôt des textes de droit public qui ont utilisé le terme de modernisation, puis dans la seconde partie de cette période, ce fut au tour du droit privé d'être soumis au vent de la modernisation. Comment l'expliquer, au-delà du simple phénomène d'imitation et de mode ? Par un élément commun à toutes ces lois de modernisation : le plan. Celui-ci se développe plutôt dans l'organisation de l'État et donc apparaît chronologiquement d'abord en son sein, mais peut aussi se développer à propos d'organisations de droit privé. C'est d'ailleurs pourquoi la prochaine disparition du Commissariat général du Plan ne signifie pas de ce seul fait la disparition de grands projets législatifs sur l'organisation économique ou sociale. Il s'agit toujours de faire, par des lois successives, une adaptation générale, minutieuse et systématique d'un droit pour l'adapter dans sa totalité. Ainsi, la *modernisation* du droit financier et du droit des sociétés, débuté en 2000, s'inscrit dans un très vaste plan communautaire. De la même façon, la *modernisation* du droit de la concurrence, dont le Règlement communautaire de modernisation n'est finalement qu'une pièce, est constituée d'un grand ensemble de textes communautaires, ravalant les uns après les autres les pans du droit de la concurrence¹⁰.

17. La modernisation est un programme, semblable à ceux que l'État planificateur et moderne avait osé dérouler après la Seconde Guerre mondiale, tel que le droit économique et social a désormais l'ambition de les concevoir, dans une perspective de régulation. Mais le plan était une méthode par laquelle le planificateur affirmait sa puissance à disposer de la réalité, à la construire selon ses vues politiques souveraines, la technique et la réalité devant suivre et prendre la forme de cette volonté, alors que la modernisation exprime une soumission à la réalité,

10. V., par ex., P. Arhel, « Le Livre vert sur la révision du règlement "concentrations" : le vent de réforme communautaire continue de souffler », *LPA*, 7 janvier 2002. V. aussi dans ce sens R. Kovar, « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE », *D.* 2003, chron., p. 478 et s.

le plan étant alors davantage celui spontané de l'organisation économique et sociale que les lois nouvelles accompagnent et expriment.

18. Mais si l'on soupçonne davantage de rhétorique et de dissimulation, les « programmes de modernisation » sont une façon, notamment pour les organes communautaires, de reprendre le flambeau de la planification sous les oripeaux de la modeste adaptation. Ainsi, la série de directives communautaires qui modernise le droit financier s'insère dans une stratégie de construction de toutes pièces d'un marché financier européen intégré, volontarisme au service d'un objectif politique que n'auraient pas renié les tenants de la planification. La modernisation serait-elle l'expression dissimulée au niveau communautaire d'un souffle planificateur que les États s'interdisent désormais ?



19. Ce souffle est perceptible dans le programme communautaire de modernisation du droit de la concurrence, dont le Règlement *relatif à la modernisation du droit de la concurrence* constitue l'oriflamme. Reste à l'éprouver pour déterminer s'il relève de la première ou de la seconde catégorie de ces lois qui s'affublent du désir de moderniser le droit. Est-il une simple adaptation aux temps nouveaux ou bien une révolution dans l'ossature et les principes du droit de la concurrence ? La distribution du texte dans l'un ou l'autre type est importante puisque la loi qui révolutionne et la loi qui adapte sont quasiment antinomiques l'une par rapport à l'autre¹¹, et parce que la loi qui révolutionne est plus fondamentalement politique que la loi qui adapte, ce qui peut conduire à examiner sous cet angle la légitimité de l'organisme qui adopte les textes.

20. À première vue, le Règlement communautaire est simplement une *modernisation* au premier sens du terme, puisqu'il se contente de tirer profit de l'expérience d'application des articles 81 et 82 qui sanctionnent les comportements anticoncurrentiels. Le précédent Règlement explicitant les modes d'application datait de 1962, il relevait donc de l'anticipation. Le temps avait passé, les autorités nationales s'étaient affermies, la Commission européenne s'était affaiblie dans le sens où elle souffrait d'un engorgement préoccupant, il fallait donc réajuster, processus d'adaptation, de modernisation, au sens terne du terme. Comme le souligne Sylvaine Poillot-Peruzzetto : *la réforme était rendue nécessaire par les effets finalement néfastes du système antérieur, fondé, il est vrai, sur la nécessité de créer et asseoir le réflexe concurrence des entreprises et de construire un véritable droit communautaire de la concurrence*¹². Cette première construction opérée, les échafaudages pouvaient être enlevés, notamment celui constitué par la notification obligatoire des accords.

11. Sauf à supposer que la réalité extérieure à laquelle la loi s'adapte a elle-même subi une révolution, par exemple lorsque la loi s'adapte à des marchés transformés du tout au tout par la technologie ou par la libéralisation des échanges. Dans un tel cas, la loi nouvelle est révolutionnaire par rapport à la loi ancienne, mais ce n'est que par emprunt à une révolution extérieure, actée, subie. L'on peut présenter ainsi les lois de modernisation en matière financière.

12. *RTD com.* 2003, p. 397 et s.

21. En outre, la simple modernisation n'étant qu'une sorte de dont-acte à une évolution du monde extérieur auquel les textes se réajustent, la Commission a souligné dans son Livre blanc qui précéda l'adoption du nouveau Règlement, qu'il s'agissait d'une sorte de devoir de l'Union européenne, neutre et sans volonté politique propre, purement interne, puisque *l'Union européenne doit s'efforcer d'améliorer l'efficacité et la légitimité de la réglementation mondiale et qu'elle doit œuvrer à la modernisation et à la réforme des institutions internationales et multilatérales à moyen et à long terme, afin d'accroître leur efficacité et leur pouvoir de contrôle.*

22. Mais nul ne s'y est trompé : sous couvert de *modernisation*, le droit communautaire opère une révolution, une révolution que la Commission a menée de bout en bout et pas à pas, ce que ce même auteur désigne comme *la construction d'une nouvelle architecture juridique en droit de la concurrence*¹³, ce qu'un autre identifie comme *une rupture radicale*¹⁴, ce qu'un autre encore désigne comme la mise en œuvre d'un *projet révolutionnaire*¹⁵, c'est-à-dire ce que l'on signalait plus haut comme une « loi de modernité ». L'essentiel fut de déconcentrer l'application du droit communautaire, de la Commission vers les autorités nationales, en confiant à celles-ci le soin d'appliquer le droit communautaire, dans le même sens que l'aurait fait la Commission elle-même. En cela, le règlement scelle l'allégeance, voire la disparition, des droits nationaux de la concurrence, dont les autorités ne sont plus désormais que des capteurs et des agents d'application.

23. Certes, les droits des États membres demeurent et lorsque l'autorité nationale les applique, elle retrouve son autonomie. C'est pourquoi la Commission et des commentateurs ont présenté le texte comme « renationalisant » le droit de la concurrence¹⁶, les autorités locales conservant leur pouvoir d'appliquer à leur guise le droit national et se voyant de surcroît investies d'agir à la place de la Commission. Mais il est illusoire d'imaginer, en raison de la similitude des normes, qu'une autorité nationale tiendra à bout de bras une interprétation propre lorsque la disposition est nationale et l'interprétation communautaire requise lorsqu'elle agit en autorité déconcentrée. L'unicité d'interprétation, qui est déjà une tendance très forte en droit de la concurrence, en raison et de son caractère systématique et du souci de ménager la sécurité juridique des entreprises, va aligner l'application des droits nationaux sur le droit communautaire tel que la Commission le conçoit.

13. *Ibid.*

14. R. Kovar, « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE », préc.

15. G. Jacobs, « Modernisation de la politique communautaire de la concurrence : une réflexion des entreprises », *LPA*, Dossiers de l'Europe, 5 novembre 2001, p. 30 et s.

16. M. Basedow, « La renationalisation du droit communautaire de la concurrence », *RAE* 2001-2002, p. 1-92.

24. Ainsi, la Commission s'assure la coordination et la coopération des autorités nationales de concurrence mises en réseaux. En outre, il est souvent souligné que ce Règlement communautaire n'est lui-même qu'une partie d'un vaste plan de « modernisation » de la concurrence, dont il porte le titre éponyme du fait qu'il concerne le socle de la prohibition des comportements anticoncurrentiels et dont il constitue une *étape décisive*¹⁷. Juste une étape. Ce plan consiste à forcer le projet initial de construction d'un marché européen unifié et complet, ce qui suppose à la fois plus de force encore dans les instruments et d'unicité dans l'interprétation menée par la Commission, ce que le Règlement assure, et une adaptation fine objet par objet, à travers des Règlements d'exemption qui ne sont plus aujourd'hui des zones d'exception tolérées par rapport à la concurrence mais des outils de régulation, sur les accords verticaux, les transferts de technologie, etc.¹⁸, qui s'allient à des directives sectorielles, télécommunications, banques ou énergie, pour construire un système économique complet.

25. Nous retrouvons bien l'illusion caractéristique de la modernité, à savoir la construction d'un monde nouveau et meilleur, par la reprise de l'ensemble des éléments pour faire du puzzle un plan. La « prise de pouvoir » que cela constitue pour la Commission¹⁹ est également caractéristique d'une modernité qui voyait dans la force et la concentration quelque chose comme la marque du progrès, servi par un volontarisme institutionnel bienveillant.

26. Cette modernité, si perceptible, est pourtant peu affichée, car ce mouvement du droit communautaire consiste au fond à l'établir comme le centre de la politique économique. Le fait que les textes la présentent comme une simple amélioration de l'existant, un dépoussiérage, une continuation, a pour effet, peut-être pour objet, de le rendre plus acceptable. Cela est d'autant plus requis que la Commission européenne ne doit pas apparaître comme un organe politique. Du temps où l'on adhérait à l'idée de modernité, on disait aussi que la Raison avance masquée.

17. P. Arhel, « Modernisation des règles communautaires relatives à la mise en œuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante », *LPA*, 2 avril 2003, p. 6 et s.

18. V. dans ce sens L. Idot, *Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption*, préc., qui évoquent à travers la nouvelle série de règlements adoptés depuis 2000 une « nouvelle ère » (p. 6).

19. L. Vogel, « La prise de pouvoir par la Commission européenne : l'exemple des règlements d'exemption », in Ph.-Fouchard et L. Vogel (dir.), *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 67 et s.