

# Petites affiches

## La Loi

ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

Le Quotidien Juridique

389<sup>e</sup> année 28 DECEMBRE 2000 N° 259 30 F 4,57 €

### L'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

**Direction générale de la concurrence,  
de la consommation et de la répression des fraudes**

**Colloque du 7 juin 2000**

Directeurs scientifiques:

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Laurence IDOT

Laurent BENZONI



[www.petites-affiches.presse.fr](http://www.petites-affiches.presse.fr)

**Petites affiches**

2, rue Montesquieu 75001 Paris

Tél. : 01 42 61 56 14 Fax : 01 47 03 92 02

**Le Quotidien Juridique**

2, rue Séguier 75006 Paris

Tél. : 01 43 29 80 60 Fax : 01 46 34 21 76

**La Loi**

Archives Commerciales de la France

60, quai des Orfèvres 75001 Paris

Tél. : 01 42 34 52 34 Fax : 01 46 34 19 70

ÉDITION QUOTIDIENNE DES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

JOURNAL AGRÉÉ POUR PUBLIER LES ANNONCES LÉGALES DANS LES DÉPARTEMENTS DE PARIS, HAUTS-DE-SEINE, SEINE-SAINT-DENIS, VAL-DE-MARNE

Directeur de la publication :  
Bruno Vergé

Rédacteur en chef :  
Éric Bonnet

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire  
de la chambre commerciale de la Cour  
de cassation

Jean-Pierre Camby, conseiller des  
services de l'Assemblée nationale

Alain Couret, professeur à l'Université  
Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Maurice Cozian, professeur émérite à  
l'Université de Bourgogne

Fernand Derrida, professeur honoraire  
à la faculté de droit de l'Université  
d'Alger

Christian Gavalda, professeur émérite  
à l'Université Paris I (Panthéon-  
Sorbonne)

Michel Grimaldi, professeur à  
l'Université Paris II  
(Panthéon-Assas)

Paul Le Cannu, professeur à  
l'Université Paris I (Panthéon-  
Sorbonne)

Jacques Massip, conseiller doyen  
honoraire à la Cour de cassation

Jacqueline Morand-Deville,  
professeur à l'Université Paris I  
(Panthéon-Sorbonne)

Georges Morin, président honoraire  
du Répertoire du notariat Defrénois

Alain Sauret, avocat conseil en droit  
social, J. Barthélémy et associés.

Rédaction :

2, rue Montesquieu, 75001 Paris

Tél. : 01.42.61.87.87

Fax : 01.42.86.09.37

E-mail : [redaction@petites-affiches.presse.fr](mailto:redaction@petites-affiches.presse.fr)

Tout projet d'article, accompagné  
de sa disquette, doit être adressé  
à Éric Bonnet, à l'adresse ci-dessus

Diffusion :

Tél. : 01.42.61.88.00

Fax : 01.42.92.03.91

E-mail : [diffusion@petites-affiches.presse.fr](mailto:diffusion@petites-affiches.presse.fr)

Rédaction (p. 1 à 40)

Publicité légale : Annonces pour  
les départements 75, 92, 93, 94  
(p. 41 à 84)

## ABONNEMENTS

1 an France (T.T.C.)

Journal seul .....750 F .....114,34 €

Multimédia ...1.050 F .....169,07 €

1 an Étranger (H.T.)

C.E.E. ....1.720 F .....262,21 €

Hors C.E.E. ...3.400 F .....518,33 €

Pour tarifs particuliers (enseignants,  
étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : GRAPHIR DESIGN

# L'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Colloque du 7 juin 2000 organisé par la D.G.C.C.R.F. (\*)

SOMMAIRE

3

**INTRODUCTION, par NOËL DIRICQ, CHEF DU SERVICE DE LA  
RÉGULATION ET DE LA SÉCURITÉ, D.G.C.C.R.F.**

4

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE**

**L'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE CONCURRENCE :  
NOTIONS, CRITÈRES, TYPOLOGIE**

11

**PATRICK HUBERT**

**L'EFFICACITÉ PRÉVENTIVE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE  
D'ENTENTES**

16

**SAÏD SOUAM**

**L'EFFICACITÉ PRÉVENTIVE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE  
CONCENTRATIONS**

21

**LAURENT BENZONI**

**L'EFFICACITÉ RÉPRESSIVE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE  
CONCURRENTIELLE : UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE**

26

**ANTOINE WINCKLER**

**L'EFFICACITÉ CURATIVE DES DÉCISIONS EN DROIT DE LA  
CONCURRENCE**

29

**LAURENCE IDOT**

**L'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS DANS L'ESPACE**

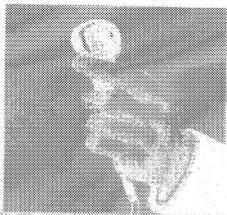
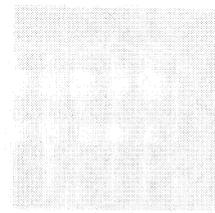
36

**DÉBATS**

39

**CLÔTURE, PAR NOËL DIRICQ**

(\*) Les actes de ce colloque font également l'objet d'une publication par les soins de la D.G.C.C.R.F. dans la Revue de la concurrence et de la consommation (ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie).



MARIE-ANNE FRANCO-ROCHÉ

Professeur de droit  
Chercheur de l'Institut de droit économique, Ecole nationale de l'Université Paris-Franche-Comté

INTRODUCTION

L'efficacité des décisions  
de l'efficacité des décisions

On entre dans dans une  
sorte de triangle des hermines  
des concepts sur trois plans  
distincts que pour présenter  
le droit : droit effectif, droit  
effectif, droit efficace. Il est  
souvent difficile pour le sys-  
tème juridique de passer de  
l'un à l'autre, l'efficacité  
paraissant nécessiter et la  
notion d'efficacité spatiale de ce  
fait par d'autonomie.

La notion de l'efficacité  
est au droit. On effectif,  
droit effectif, droit efficace.  
Les rapports en fait être  
de la première vue, un pré-  
nomme est effectif lorsqu'il  
existe, qu'il est actualisé  
(c'est-à-dire en acte), qu'il a  
déjà le caractère de la loi,  
de puissance, de virtuel.  
Ainsi une décision, que que  
soit son contenu, tend le droit  
effectif si l'ordre de celui-ci  
est positif, tandis que l'absence  
de décision correspond à  
une semblable efficacité si  
l'ordre de la loi est une ré-  
pression. Le mouvement est  
ceux un peu plus complexe  
que lorsqu'il y a violation de  
la loi car c'est alors la sanc-  
tion qui détermine l'effectif.

La notion de l'efficacité  
est au droit. On effectif,  
droit effectif, droit efficace.  
Les rapports en fait être  
de la première vue, un pré-  
nomme est effectif lorsqu'il  
existe, qu'il est actualisé  
(c'est-à-dire en acte), qu'il a  
déjà le caractère de la loi,  
de puissance, de virtuel.  
Ainsi une décision, que que  
soit son contenu, tend le droit  
effectif si l'ordre de celui-ci  
est positif, tandis que l'absence  
de décision correspond à  
une semblable efficacité si  
l'ordre de la loi est une ré-  
pression. Le mouvement est  
ceux un peu plus complexe  
que lorsqu'il y a violation de  
la loi car c'est alors la sanc-  
tion qui détermine l'effectif.

Je me félicite tout d'abord qu'un sujet aussi technique que celui que nous allons aborder aujourd'hui réunisse un auditoire aussi nombreux. Ensuite, je crois que le thème même de cet atelier — l'efficacité des décisions en matière d'ententes et de concentrations — révèle la maturité à laquelle sont aujourd'hui parvenus le système concurrentiel en France et les réflexions menées par les autorités de la concurrence. En effet, après nous être d'abord interrogés sur nos objectifs, sur un certain nombre de définitions et de concepts, nous en sommes à présent à étudier les résultats qu'ont pu avoir les décisions déjà prises dans le domaine qui nous intéresse. À cet égard, l'ensemble des intervenants ici présents et nous-mêmes, nous avons eu le sentiment que nous disposions désormais d'un recul suffisant pour nous interroger sur l'efficacité, l'efficience ou l'effectivité de ces décisions.

Nous sommes certes conscients que nous devons faire preuve de modestie dans notre approche, tant les questions que nous évoquons sont « redoutables » et peuvent aboutir à la mise en cause de certaines de nos actions. Cependant, le débat que nous voulons ouvrir doit vous prouver notre volonté d'amélioration. Nous n'avons pas en effet la prétention d'avoir déjà atteint une efficacité optimale.

Enfin, je voudrais préciser que, par rapport à ce que pouvait laisser présager notre programme initial, nous avons tenu à élargir le champ de cet atelier : celui-ci n'abordera pas uniquement l'efficacité des décisions en matière d'ententes et de concentrations, mais étendra cette réflexion à d'autres pratiques anti-concurrentielles.

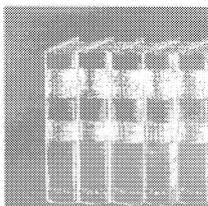
Noël DIRICQ

Chef du service de la régulation et de la sécurité, D.G.C.C.R.F.

4. Avant d'apprécier les dif-  
férences techniques de droit  
de la concurrence à l'égard de  
l'efficacité, il est néces-  
saire de définir la notion même  
d'efficacité. À partir de là, on  
peut poser les conditions à  
partir desquelles on consi-  
dère un droit prend en consi-  
dération l'efficacité. Lorsque  
ces conditions sont remplies,  
il faut dans un troisième  
temps mesurer les implica-  
tions méthodologiques d'une  
telle considération, sans  
oublier enfin de garder à  
l'esprit les dangers qu'un  
sens excessif d'efficacité  
peut engendrer.

La notion de l'efficacité  
est au droit. On effectif,  
droit effectif, droit efficace.  
Les rapports en fait être  
de la première vue, un pré-  
nomme est effectif lorsqu'il  
existe, qu'il est actualisé  
(c'est-à-dire en acte), qu'il a  
déjà le caractère de la loi,  
de puissance, de virtuel.  
Ainsi une décision, que que  
soit son contenu, tend le droit  
effectif si l'ordre de celui-ci  
est positif, tandis que l'absence  
de décision correspond à  
une semblable efficacité si  
l'ordre de la loi est une ré-  
pression. Le mouvement est  
ceux un peu plus complexe  
que lorsqu'il y a violation de  
la loi car c'est alors la sanc-  
tion qui détermine l'effectif.

(1) Pour l'application pratique voir  
notamment les articles 101 et 102  
du Traité de Rome.  
(2) N. Diricq, *Le droit de la concurrence*,  
Larcier, 1998, p. 101.  
(3) N. Diricq, *Le droit de la concurrence*,  
Larcier, 1998, p. 101.  
(4) N. Diricq, *Le droit de la concurrence*,  
Larcier, 1998, p. 101.



# L'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE CONCURRENCE : NOTIONS, CRITÈRES, TYPOLOGIE

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur de droit

Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social de l'Université Paris-Dauphine

Puisqu'il ne s'agit que d'une introduction, il convient qu'elle soit relative à l'idée même d'efficacité, appliquée au droit de la concurrence, sans prétendre traiter la question en elle-même dans les différentes techniques de ce droit, ce qui sera fait dans les contributions qui vont suivre.

1. En effet, les contributions ultérieures déclineront, cas pratiques à l'appui, les différentes dimensions de ce qu'est l'efficacité, notamment lorsqu'elle s'applique aux différentes missions du droit de la concurrence, en matière de concentration ou en matière de répression des comportements anticoncurrentiels. Mais le droit de la concurrence en lui-même exprime le souci de l'efficacité : il suffit de rappeler l'importance accordée à la notion d'« effet utile ».

2. L'efficacité du droit de la concurrence sera ici plutôt abordée sous l'angle de la théorie juridique (1), ce qui peut paraître paradoxal dans la mesure où cette notion d'efficacité, le souci même que l'on peut en avoir, est relativement peu implantée en droit. On désigne souvent sa considération grandissante comme une marque fondamentale de l'américanisation du droit, à travers l'influence de la théorie américaine du réalisme (2), lequel exclut chez l'homme ordinaire le respect spontané du droit (3), tandis que notre pensée rousseauiste suppose l'amour partagé des lois (4).

3. La théorie de l'efficacité, c'est le droit économique qui l'emporte avec elle, en ce que le droit économique tire les règles juridiques d'une considération directe pour les choses et les politiques que l'on veut mener à leur propos, ce

qui conduit naturellement à la notion de réalisme, le droit de la concurrence étant le parangon du droit économique (5). C'est l'importance des faits qui conduit le droit, à l'instar de la démarche sociologique, à mettre en premier plan l'efficacité des règles dans le but poursuivi par leur auteur au regard des faits dont le droit se saisit directement (6). Mais en cela le droit économique est en porte-à-faux avec des branches plus classiques du droit. Il est notamment relativement peu enseigné aux magistrats, dont la formation est de facture nettement plus classique, ce qui contribua un temps à confier la mise en œuvre du droit de la concurrence à des commissions administratives spéciales. Sans ouvrir ici la question des compétences et de leur répartition, on notera que le souci d'efficacité doit prendre davantage prise sur la mise en œuvre du droit de la concurrence, notamment à l'occasion des contrôles qu'exercent sur recours les juges.

4. Avant d'apprécier les différentes techniques du droit de la concurrence à l'aune du critère d'efficacité, il est indispensable de définir tout d'abord la notion même d'efficacité. À partir de là, on peut poser les conditions à partir desquelles on estime qu'un droit prend en considération l'efficacité. Lorsque ces conditions sont remplies, il faut dans un troisième temps mesurer les implications méthodologiques d'une telle considération, sans oublier enfin de garder à l'esprit les dangers qu'un souci excessif d'efficacité peut engendrer.

## I. Définition comparée de l'efficacité du droit

5. On entre alors dans une sorte de triangle des Bermudes construit sur trois traits distincts que peut présenter le droit : droit effectif, droit efficient, droit efficace. Il est souvent difficile pour le système juridique de passer de l'un à l'autre, l'effectivité paraissant suffisante et la notion d'efficacité ayant de ce fait peu d'autonomie.

6. Définition de l'effectivité du droit. Droit effectif, droit efficient, droit efficace. Les reprenant, on peut dire qu'à première vue, un phénomène est effectif lorsqu'il existe, qu'il est actualisé (c'est-à-dire en acte), qu'il a quitté le simple état de forme, de puissance, de virtualité. Ainsi une décision, quel que soit son contenu, rend le droit effectif si l'ordre de celui-ci est positif, tandis que l'absence de décision correspond à une semblable effectivité si l'ordre de la loi est une abstention. Le mouvement est certes un peu plus compliqué lorsqu'il y a violation de la loi car c'est alors la sanction qui dialectiquement rétablit l'effectivité du droit. Dans cette perspective, l'effectivité est de médiocre qualité, puisque son retour atteste que le comportement ordonné par la loi n'a pas été effectivement suivi dans un premier temps. Ainsi, plus il y a de sanctions, plus le droit se révèle fondamentalement inefficace, et l'ampleur du contentieux signifierait en réalité la faillite du droit. Dans cette conception, le procès est pathologique et la sanction aussi. Cette opinion est assez commune en droit et peut notamment se prévaloir de la position prise en ce sens par le Doyen Jean Carbonnier. Mais nous verrons que dans

(1) Pour l'appréhension générale vue sous un angle économique, v. not. L. Benzoni, *L'efficacité répressive des décisions*, et S. Souam, *L'efficacité préventive des décisions en matière de contrôle des concentrations*, infra.

(2) V. par ex. Benoît Frydman et Guy Haarscher, *Philosophie du droit*, coll. *Connaissance du droit*, Dalloz, 1998, p. 49 et s.

(3) Sur la dimension anthropologique et culturelle, qui rend effectivement peu aisée la transposition à la société française, d'un trait d'une société américaine où la conscience de l'individu est limitée à celle de son propre droit, v. C. Greenhouse, *Perspectives anthropologiques sur la notion d'américanisation du droit*, in *L'américanisation du droit*, *Archives de philosophie du droit*, sous presse.

(4) V. *L'amour des lois*, Presses universitaires de Laval, 1996.

(5) Sur cette dimension, v. not. J. Carbonnier, préface à *Prospectives du droit économique*, *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. XIX.

(6) Pour une démonstration d'ensemble, v. *Sociologie du droit économique*, *L'Année sociologique*, P.U.F., 1999/2.

une perspective d'efficacité, la poursuite et la sanction peuvent faire partie pleinement du système.

**7. Définition de l'efficacité du droit.** Prenant le deuxième terme, on dira qu'un phénomène est efficace lorsqu'il produit un effet, ce qui le situe donc au-delà de son existence pour l'insérer dans une chaîne de causalité. La notion d'efficacité rapproche donc le mécanisme ou l'acte considéré de la notion de système parce que celui-ci se définit comme un ensemble de causalités sous la forme de l'interaction. Ainsi, en schématisant, le droit civil donnera plus de place à la notion d'effectivité qu'à la notion d'efficacité, tandis que le droit économique qui prend prise sur le système économique ou financier, intègre plus nettement dans les décisions particulières les effets systémiques attendus ou craints, en tout cas assumés. En cela, le droit de la concurrence se rapproche d'une part de la notion de politique de la concurrence, laquelle implique également cette vision d'ensemble et cette volonté de pilotage d'un système, d'autre part du droit pénal qui a toujours intégré les effets systémiques des décisions, notamment à travers les notions de dissuasion ou d'exemplarité, à travers la conception classique utilitariste de la répression (7).

**8. Définition de l'efficacité du droit.** Enfin, un phénomène est efficace lorsque le lien qu'il produit avec son effet n'est pas simplement situé dans l'a posteriori mais encore est situé dans l'a priori, c'est-à-dire qu'on a posé l'effet à atteindre et que le phénomène en acte l'a effectivement produit. L'efficacité, qui suppose et dépasse l'effectivité et l'efficace, est donc l'état le plus achevé de

l'action humaine, puisqu'il s'agit de dominer les faits en imprimant dans le système une volonté, par exemple en restaurant des comportements vertueux ou en participant aux conditions de la prospérité économique, ce qui conduit alors à articuler deux systèmes, système juridique et système économique, caractéristique du droit de la concurrence et du droit financier qui ne va pas nécessairement de soi en droit, parce que le droit se définit aussi comme ce qui, par l'exercice du pouvoir normatif, est un système autonome de la réalité qui constitue pour lui une addition de faits et moins aisément pour lui un autre système normatif. L'efficacité est une notion qui suppose l'accomplissement d'un projet. Cela requiert un but, un instrument, une personne qui manie l'instrument et l'aptitude avérée de la personne dans son maniement de l'instrument à remplir le but posé. L'efficacité et le professionnalisme sont des notions étroitement liées, ce qui paraît trivialement évident, mais qui l'est moins appliquée à une organisation juridique et judiciaire dans laquelle notamment la spécialisation des magistrats n'est pas une idée facilement admise.

9. Plus conceptuellement, dans le droit classique, l'effectivité et l'efficacité sont identiques. Parce que la seule efficacité que connaît la décision, c'est de rendre effective la règle de droit : la décision est l'application de la règle de droit. Ainsi, la notion d'efficacité est intégrée dans la notion d'effectivité, laquelle est en outre virtuellement acquise par le seul fait que la règle a été posée. Ainsi, les notions d'efficacité et d'effectivité sont donc la pure et simple expression de la hiérarchie

des normes et elles sont quasiment effacées par le formalisme juridique. Il faut donc une approche pragmatique du droit pour que les notions d'effectivité et d'efficacité retrouvent une autonomie l'une par rapport à l'autre, accèdent à une existence et produisent alors des effets techniques.

10. Ainsi, ce même pragmatisme a conduit à distinguer l'effectivité et l'efficacité, notamment parce qu'on admet aujourd'hui comme une règle de droit, imposée par le droit européen, que les décisions doivent être non seulement rendues mais encore exécutées (8). Le droit admet donc aujourd'hui, notamment par le détour d'une jurisprudence constitutionnelle, que s'il n'est pas exécuté dans les faits, il n'a plus d'existence (9). Le second temps de cette pensée pragmatique est de passer de l'efficacité à l'effectivité, c'est-à-dire que non seulement les décisions impriment leurs effets sur le réel, mais encore que cela soit l'effet adéquat, et sur la situation particulière et sur la situation générale. Cette conception a des effets radicaux sur les règles juridiques, nettement perceptibles en droit de la concurrence, parce que le droit va organiser les conditions pour que le souci d'efficacité puisse prendre place dans la mise en œuvre du droit.

## II. Conditions de la considération même du fait de l'efficacité

11. Il faut en effet admettre en tout premier lieu une définition instrumentale du droit, ce qui ne va pas de soi, une explicitation des buts poursuivis par l'auteur de la règle de droit, but dans lequel se

(7) Conception qui s'accroît lorsqu'il s'agit de droit pénal économique. V. à ce propos Y. Guyon, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, *Pouvoirs*, n° 55, 1990, p. 41 et s. ; M.-A. Frison-Roche, *Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice*, in *De l'économie de la justice*, *Revue internationale de droit économique*, 1999, n° 2, p. 223-234.

(8) D'une façon générale, v. les travaux de l'Association H. Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, t. 36, *Economica*, 1987 ; la décision majeure est l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 septembre 1995, *Scollo*, *R.T.D. Civ.* 1996, p. 1021, obs. J.-P. Marguenaud (v. aussi C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornby*, *J.C.P.* 1997. II. note O. Dugrip et F. Sudre).

(9) Sur cette évolution, v. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le souci de l'effectivité du droit*, D. 1996, *chron.*, p. 301-303.

22. Ainsi appliquée, l'efficacité accroît considérablement la puissance du droit instrumental, constituant ainsi le paradoxe d'un accroissement de puissance de la règle par le fait de son abaissement du statut de sa puissance à travers sa définition comme simple moyen. Cela est particulièrement net en droit de la régulation et le meilleur exemple est l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 avril 1998, par lequel la Cour affirme qu'un pouvoir que la loi n'a littéralement pas donné à l'Autorité de régulation des télécommunications doit néanmoins lui être reconnu, puisqu'elle en a besoin pour exercer son office efficacement, conformément au but posé par la loi.

23. **La méthode de l'écrasement des hiérarchies juridiques.** Dans ces conditions, les décisions deviennent plus importantes que la règle, puisque l'effectivité de celles-ci viennent de celles-là. Pour faire référence à l'expression utilisée par Ehrlich, les décisions des autorités constituent le « droit vivant » de la concurrence. Plus encore, l'efficacité devient le critère de la hiérarchie : l'autorité qui domine, c'est celle qui est la plus efficace, notamment parce qu'elle va intervenir le plus rapidement possible. On revient ici à l'importance du temps dans la notion d'efficacité, ce qui se traduit juridiquement par le maniement que les autorités doivent faire des mesures conservatoires, par la puissance du juge des référés, etc. (19).

24. Cela produit une inversion de la pyramide kelsénienne : les autorités les plus hautes interviennent beaucoup plus tard ; elles ne sont donc pas les plus hautes. Le droit efficace remet donc en cause malgré lui la hiérarchie

qui caractérise l'État. C'est aussi un effet majeur du droit de la concurrence et des autorités de concurrence et de régulation, que d'entraîner cette remise en cause. Certains pourront dire que le système juridique est mis sans dessus-dessous par le droit de la concurrence (20).

25. **Le déplacement entre les temps pertinents.** On observe également un écrasement du temps, qui se traduit de plusieurs façons. Tout d'abord, par une véritable inversion du temps, le temps pertinent n'est pas le passé, ce qui est pourtant le temps juridique de la responsabilité, mais bien le futur. Cette projection dans le futur est naturel au contrôle des concentrations qui sont par nature des anticipations, mais elle est plus paradoxale et néanmoins acquise pour les sanctions des comportements anticoncurrentiels. Dès lors, l'instrument privilégié de la sanction devient l'injonction, laquelle n'appartient normalement pas à la panoplie du juge ordinaire.

26. D'une autre façon et plus largement, il y a déplacement entre les moments pertinents, en ce sens qu'en droit français, il y eut longtemps suffisance des moments de l'émission de la loi, et à la rigueur de la décision. Les effets des décisions relevaient de l'intendance, de l'organisation administrative des services tout au plus. Aujourd'hui, le moment de l'exécution est premier. Il doit clore la séquence dans le temps. C'est pourquoi la récidive est cruciale, les autorités en ayant tenu compte avant que le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques n'en reprenne la pertinence.

27. **Le déplacement dans les mobiles d'intervention des autorités.** En droit

classique, l'intervention est aveugle, automatique et ce qui la cause, c'est la gravité de la faute. C'est d'ailleurs une façon de préserver mécaniquement l'impartialité du droit. Lorsque l'autorité ajuste d'une façon plus exacte, plus fine, sa décision, prenant au besoin des libertés par rapport aux textes, exerçant un fort pouvoir d'opportunité, voire un pouvoir discrétionnaire (21), la question de son impartialité apparaît au premier plan. Pour en revenir aux critères de déclenchement, dans un droit instrumental, c'est l'ampleur des dégâts qui explique la poursuite. Cela justifie le recours aux techniques de seuils dans la mise en œuvre non seulement du contrôle des concentrations mais encore dans l'ouverture ou non des procédures de sanctions. Par ailleurs, les notions telles que l'accord mineur ou l'atteinte au marché l'illustrent. Ainsi, on ne poursuit les causes que par considération de la contrariété produite par les effets. C'est pourquoi les notions de coûts des poursuites, voire d'économie dans les poursuites, prennent place dans le droit de la concurrence. L'on pourrait dire que la règle de l'« effet de miroir » que l'on observe en sociologie juridique se vérifie encore : le droit économique se pratique à l'économie.

28. **La méthode de principe de mesure de l'efficacité.** Les décisions se technicisent encore parce qu'elles doivent anticiper leur propre effet. La question cesse d'être d'une façon première : quoi décider ? Elle devient : comment savoir ? Car, dans cette conception, savoir, c'est décider. Dans cette définition expertale du droit, qui a une emprise très forte en droit de la concurrence et en droit financier, et

(19) Cf. voir, G. Fages, *La notion de droit économique, in Droit et économie, Revue de philosophie du droit*, t. 17, 1942, p. 77-82.

(20) Cf. voir, G. Fages, *La notion de droit économique, in Droit et économie, Revue de philosophie du droit*, t. 17, 1942, p. 77-82.

(21) Cf. voir, G. Fages, *La notion de droit économique, in Droit et économie, Revue de philosophie du droit*, t. 17, 1942, p. 77-82.

(22) Cf. voir, G. Fages, *La notion de droit économique, in Droit et économie, Revue de philosophie du droit*, t. 17, 1942, p. 77-82.

(23) Cf. voir, G. Fages, *La notion de droit économique, in Droit et économie, Revue de philosophie du droit*, t. 17, 1942, p. 77-82.

(24) Cf. voir, G. Fages, *La notion de droit économique, in Droit et économie, Revue de philosophie du droit*, t. 17, 1942, p. 77-82.

(19) Cf. Lucas de Leyssac (dir.), *Le droit de la concurrence face à l'urgence et à la préservation de l'effet utile des décisions*, Atelier de la concurrence, Revue de la concurrence et de la consommation, suppl. juillet-août 1997.

(20) M.-A. Frison-Roche, *La victoire du citoyen-client*, in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs*, Revue Sociétal, n° 30, 4<sup>e</sup> trim. 2000, p. 49-54.

(21) V. S. Souam, *préc.*, *infra*.

dont la constitution d'autorités spécialisées est une conséquence majeure, si l'on connaît les buts de la règle, si l'on connaît les effets de la décision possible, on a la décision. On retrouve par une voie détournée un mode de sécurité juridique, par la prévisibilité des décisions futures.

29. Mais donc, comment savoir ? Par calcul ? Certes mais aussi par expérience. Il y a alors une considération des cas analogues passés, des décisions qu'on a adoptées à leur propos, des effets qu'ils ont produits, avec une attention particulière pour leurs effets pervers, ce qui est une façon de mesurer analogiquement les effets des décisions à prendre.

30. Par cette méthode de l'analogie, le droit donne un nouveau statut au passé. Alors même que le temps pertinent de la décision n'est plus le passé mais le futur (22), le passé reprend une importance considérable en ce qu'il constitue une sorte de banque de données pour prévoir. Le droit redonne une pertinence technique et opératoire au droit comparé, on a recours à une utilisation pratique de l'érudition. Deux remarques peuvent être faites : en premier lieu, cette notion du droit par accumulation des décisions ponctuelles précédentes nous amène directement vers une conception anglo-américaine du droit ; en second lieu, un droit de la concurrence ne peut s'écrire sur feuille blanche, requiert une maturation dans le temps, ce qui pose des difficultés lorsqu'il s'agit de construire de toute pièce un droit de la concurrence dans des systèmes juridiques qui n'en ont pas encore engendré.

31. Ce qui est vrai pour la décision l'est également pour

la législation. Celle-ci est en permanence soumise à la mesure de son efficacité, ce que le droit français continue à ne faire guère, contrairement à d'autres systèmes juridiques (23), et qui appartient pourtant désormais pleinement à l'art législatif. Cela a deux effets en matière de réforme : en premier lieu, si l'état de la loi se révèle inefficace, cela engendre un devoir politique et juridique de la réforme ; en second lieu, tant que la mesure de l'efficacité de la loi n'a pas été faite, il serait de mauvaise méthode de la réformer. C'est pourquoi la réforme des traités de libre-échange constitutifs du G.A.T.T.-O.M.C. a été critiquée dans son principe, tant que l'état des lieux des effets des engagements actuels n'a pas été opéré (24).

32. **Les moyens de l'efficacité.** Ils sont multiples et croisés. On les verra successivement dans les prochaines interventions. Mais l'on peut s'autoriser à prendre ici un exemple, dans l'alternative qui nous est souvent présentée entre le choix de la répression d'un côté, et le contrat de l'autre. Le premier est efficace parce qu'elle produit l'arrêt du comportement, l'intimidation ou l'élimination du responsable. C'est donc la contrainte sur sa volonté qui produit l'efficacité. À l'inverse, le contrat peut être efficace dans le sens où une personne se soumet naturellement à son intérêt ; c'est alors le libre cours de la volonté qui produit l'efficacité. Cela paraît donc deux procédés contraires. Il conviendrait alors de composer entre des moyens d'efficacité contradictoires. Pourtant, la meilleure efficacité peut être dans le croisement des deux : ainsi, la contractualisation de la répression. Cela peut s'opérer « à l'américaine »,

par un pouvoir des autorités de transaction avant ou en cours de poursuite répressive. Cela peut se faire « à l'italienne », par la transposition du système du repentir. Pour l'instant, les auteurs du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques ont été plus sensibles à la culture italienne qu'à la culture transatlantique. D'une façon plus générale, l'objectif des autorités doit être de manier les moyens de l'efficacité en les cumulant.

#### IV. Dangers de la considération de l'efficacité dans le droit de la concurrence

33. Enfin, dans une sorte de codicille, il est sain et prudent de rappeler les dangers que peut aussi présenter la considération de l'efficacité en droit économique, en droit de la concurrence plus particulièrement. Il s'agit du risque de prévalence de l'efficacité sur l'exigence de légalité, des risques d'erreur dans la machine expertale que requiert la considération de l'efficacité, de la réduction excessive de l'action humaine à un raisonnement purement économique, ce qui pourrait conduire à une sorte de nouvelle école de la défense sociale.

34. **Le danger de la prévalence de l'efficacité sur la légalité.** L'efficacité doit conduire à préférer dans les solutions logiquement admissibles la plus efficace, mais pas à adopter une solution efficace contraire à la loi. Les juges du contrôle ne l'admettront pas, car le principe de légalité reste le cœur de la protection juridique que le droit doit aux personnes. C'est alors à la loi de prendre le relais par une réforme. L'efficacité doit rester une directive d'interprétation et

(22) *V. supra* n° 25 et s.

(23) Ch. A. Morand, *La loi expérimentale*, P.U.A., 1993.

(24) *V. par ex.*, B. Marre, *De la mondialisation subie au développement contrôlé. Les enjeux de la Conférence de Seattle, document d'information de l'Assemblée nationale*, n° 1824, 1999.

non pas ce qui justifierait la violation de la loi.

**35. Le danger d'erreur dans l'appréciation.** Plus le critère d'efficacité prend droit de cité, avec la complexité qu'il emporte avec lui, et plus les risques d'erreur se multiplient. Cela est particulièrement vrai dans les exercices d'anticipation, par exemple dans le contrôle des concentrations, par exemple dans la reconstitution de ce que sera le marché, de ce qu'il devra être, de ce qu'il ne devra pas être. En outre, sous les calculs qui gouvernent alors le droit de la concurrence, celui-ci devient une proie plus facile que d'ordinaire à l'idéologie, et aux erreurs que celle-ci engendre aussi.

**36. La réduction de l'action humaine à la rationalité de l'intérêt et le danger d'une nouvelle défense sociale.** Tout d'abord, il y a un effet paradoxalement criminogène de la considération de l'efficacité. En effet, l'opérateur est défini comme un délinquant

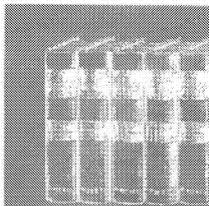
rationnel. Ce qui supprime le primat moral et l'impératif de respect des lois crée une éducation perverse à la délinquance rationnelle. Cette ambiguïté est cristallisée dans la montée en puissance de la déontologie, qui devient concurrente ou à tout le moins complémentaire du droit, comme s'il fallait désormais un corps de règles non juridiques pour que soit exprimée quelque part la règle morale élémentaire...

**37. Mais le danger majeur réside dans la constitution de la répression économique sur le modèle de la défense sociale.** Cela sera là la conséquence néfaste de la loi du marché (25). Ainsi, la mesure de la dangerosité de l'entreprise suffirait à justifier la sanction. On se passerait des preuves requises par le droit. Ce fut le débat difficile de la preuve économique et la preuve juridique des ententes, le droit requérant des volontés dont la preuve doit être rapportée en corrélation à l'action, la preuve économi-

que posant que l'intérêt à commettre l'action suffit à rendre l'action justifiable d'une sanction, quand on ne pose pas que l'intérêt à commettre l'action, même si celle-ci n'est pas acquise, justifie la sanction comme si l'action avait été commise. La question fut concrètement posée à propos du statut probatoire du parallélisme de comportement ou des potentialités en droit de la concurrence. La jurisprudence tant communautaire que française a décidé de faire prévaloir la preuve juridique, estimant qu'on ne doit pas aller en deçà de la protection des droits des personnes à préserver.

**38. En conclusion, il faut poser qu'il est important que le droit conserve sa part dans le souci politique, économique, d'efficacité, c'est-à-dire que les décisions soient essentiellement pragmatiques mais qu'elles demeurent dans le même temps essentiellement juridiques.**

(25) Pour plus de détails, v. M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, Archives de philosophie du droit, tome 40, 1996, p. 287 et s.



## L'EFFICACITÉ PRÉVENTIVE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE D'ENTENTES

**PATRICK HUBERT**

Rapporteur général,  
Conseil de la concurrence

**M**on exposé évoquera les actions menées par le Conseil de la concurrence. Il portera sur les décisions prises par cette instance non seulement en matière d'ententes, mais aussi sur les abus de position dominante. Je limiterai cependant mon propos à l'effectivité de ces décisions et ne m'interrogerai donc pas sur l'efficacité que peut avoir le système dans son ensemble ou sur la capacité de celui-ci à détecter des comportements anti-concurrentiels.

En outre, je n'évoquerai que de manière très allusive le rapport entre, d'une part, l'efficacité du Conseil de la concurrence et, d'autre part, les coûts de traitement d'un dossier par cette instance. En effet, nous ne connaissons pas précisément le niveau de ces coûts. Nous estimons grosso modo que le traitement d'un dossier par notre Conseil induit en moyenne des coûts qui se situent entre 500.000 F et un million de F. Peut-être devrions-nous nous désintéresser des dossiers dont l'enjeu économique (formule volontairement vague) est inférieur à un tel montant, mais en intervenant sur de telles affaires, nous entretenons tout de même une certaine forme de dissuasion.

Par ailleurs, je voudrais souligner que les décisions prises par le Conseil de la concurrence ne sont qu'un sous-ensemble des décisions théoriquement possibles si la loi l'avait permis, par exemple des décisions « à l'américaine » qui permettent à l'autorité de concurrence de diviser des entreprises ayant abusé de leur position dominante. Je n'aborderai cependant que le champ d'intervention qui nous est aujourd'hui offert par la loi. Cependant, il conviendrait peut-être de s'interroger sur l'opportunité d'étendre nos moyens d'action à de nouveaux types de décisions.

### I. L'efficacité des sanctions pécuniaires

#### A. Les sanctions prises par le Conseil de la concurrence obéissent à deux logiques

La mise en œuvre de sanctions pécuniaires par le Conseil de la concurrence obéit à deux grandes logiques : d'une part, une démarche visant à assurer « l'indemnisation » de l'économie et, d'autre part, une approche privilégiant une notion de dissuasion. Selon une interprétation idyllique, la première de ces deux approches constate l'existence de dommages portés à l'économie par les comportements anti-concurrentiels, et les décisions prises par le Conseil de la concurrence reviennent à redistribuer les surprofits réalisés par l'entreprise coupable vers les caisses de l'État, ce dont bénéficie au final l'ensemble de la société.

La seconde démarche, elle, part du principe que tout délinquant potentiel, apprenant la sanction infligée à l'auteur d'une pratique anti-concurrentielle, est amené à effectuer un calcul rationnel qui le conduit à ne pas se rendre à son tour coupable d'une telle pratique. Une sanction exemplaire prise à l'encontre d'un comportement illégal permet également de donner une forte publicité à l'illégalité même de ce comportement et peut donc avoir un effet dissuasif, et ce, même si le montant de

la sanction en question n'est pas en lui-même de nature à dissuader les entreprises de s'adonner à de telles pratiques.

Je tiens toutefois à préciser qu'en tant que rapporteur général, je ne participe pas aux décisions de sanction prises par le Conseil de la concurrence et que ces réflexions sont donc celles de quelqu'un d'extérieur au processus de sanction proprement dit. Il ne m'appartient pas de formuler ne serait-ce que des propositions de sanction.

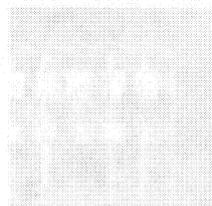
#### B. Les règles applicables aux sanctions prises par le Conseil de la concurrence

L'article 13 de l'ordonnance qui régit le fonctionnement du Conseil de la concurrence comprend un certain nombre de règles qui limitent et encadrent le champ d'intervention de cette instance. Ces règles prévoient notamment :

— l'obligation d'une détermination individuelle de la sanction ;

— l'obligation de faire en sorte que cette sanction soit proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance des dommages causés à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme ;

— un plafonnement des sanctions à hauteur de 5 % du chiffre d'affaires pour les entreprises et de dix millions de F pour les organismes (le montant des sanctions reste calculé en fonction des critères définis par la loi. S'il s'avère que les sanctions ainsi calculées dépassent les plafonds en vigueur, elles sont ramenées en deçà de ces derniers).



PATRICK HUBERT

Responsable juridique  
Directeur de la concurrence

L'article 13 s'avère à la fois précis par la liste des critères qu'il met en avant et extrêmement vague sur la façon dont ces critères doivent être pris en considération les uns par rapport aux autres. De même, la notion de proportionnalité demeure relativement incertaine dans sa signification.

### C. Comment peut-on évaluer l'efficacité de nos décisions ?

#### 1. Trois approches possibles

Sur la base des objectifs assignés au Conseil de la concurrence et des règles qui régissent les sanctions que celui-ci doit prononcer, comment peut-on mesurer l'efficacité des décisions prises par cette instance ? Il me semble que trois approches peuvent être envisagées :

— une méthode analytique : cette méthode consisterait à étudier une par une les décisions du Conseil, à examiner les déterminants du montant de la sanction et à s'interroger sur la valeur de ces déterminants au regard des objectifs poursuivis ;

— une méthode quantitative : cette démarche reviendrait à comparer le montant des sanctions prononcées par le Conseil à des référents chiffrés, à des montants idéaux qui garantiraient une efficacité ;

— une méthode synthétique : la méthode synthétique ou a posteriori consisterait à évaluer globalement l'effectivité du système par les résultats à long terme obtenus au travers des sanctions prises par le Conseil.

#### 2. L'efficacité des décisions du Conseil à l'aune de la méthode analytique

##### a) La hiérarchisation de la gravité des pratiques anti-concurrentielles

Dans son rapport annuel pour 1997, le Conseil de la concurrence a longuement exposé les « lignes directrices » de son action. À cette occasion, il a notamment indiqué que la gravité d'une pratique anti-concurrentielle, premier critère de détermination de la sanction, ne saurait donner lieu à la mise en place d'une échelle graduée qui permettrait de classer automatiquement les pratiques en cause. Autrement dit, le Conseil se refuse à bâtir un para-Code pénal qui fixerait les montants minimum et maximum de chaque sanction par type de pratique.

Cependant, dans ce même rapport et dans sa jurisprudence, le Conseil a défini un certain nombre de catégories de pratiques en indiquant que celles-ci revêtaient « statistiquement » un caractère de gravité plus ou moins prononcé. Les sanctions prises par le Conseil de la concurrence tiennent compte de cette hiérarchie.

La première de ces catégories renvoie aux pratiques qui ne causent qu'un trouble limité au fonctionnement du marché, n'affectent la concurrence que de manière marginale et ne sont souvent pas motivées par la volonté délibérée de porter atteinte à la concurrence. Figurent dans cette catégorie certaines démarches de restriction verticale, par exemple celles qu'un fournisseur met en place en vue d'orienter son réseau de distribution dans la direction de son choix.

La deuxième catégorie concerne des pratiques dont l'objet est manifestement anti-concurrentiel et qui portent clairement atteinte à la concurrence mais qui conservent un caractère ponctuel ou conjoncturel. Tel peut, par exemple, être le cas d'une entente sur un marché limité ou bien de certaines restrictions verticales qui limitent l'accès à un marché à des catégories de distributeurs données.

Enfin, les infractions les plus graves touchent les pratiques qui tendent à fermer de manière efficace un marché, à le partager, ou aboutissent à une entente sur les prix.

##### b) La prise en compte des dommages causés à l'économie

Le Conseil de la concurrence considère que les dommages causés à l'économie par une pratique anti-concurrentielle peuvent s'analyser comme une allocation sous-optimale des ressources. L'évaluation de ces dommages s'appuie notamment sur les apports de la théorie économique. De plus, une pratique anti-concurrentielle se caractérise soit par un objet, soit par un effet anti-concurrentiel. Or, lorsqu'une telle pratique n'a qu'un objet anti-concurrentiel et, éventuellement, un effet potentiel, le dommage causé à l'économie ne peut pas être calculé à partir du dossier lui-même mais ne peut être qu'évalué.

##### c) La situation de l'entreprise

Le Conseil prend essentiellement en considération deux critères : la taille de l'entreprise et sa situation financière (par exemple, la fragilité conjoncturelle qu'elle connaît

au moment où la sanction est prononcée à son encontre).

#### **d) S'agit-il là de critères pertinents ?**

Le Conseil de la concurrence, puisqu'il continue à appliquer ces critères, juge que ceux-ci sont relativement satisfaisants. Néanmoins, il convient de reconnaître qu'ils suscitent un certain nombre de difficultés et d'interrogations.

Tout d'abord, chacun des paramètres ainsi pris en compte recouvre des réalités variées et susceptibles d'appréciations multiples. De plus, la quantification de certains d'entre eux se révèle très délicate. La sanction pécuniaire se mesurant par un chiffre, ce besoin de quantification est pourtant extrêmement fort.

Ensuite, le fait que, par la loi, les sanctions prises doivent être proportionnées à trois critères tout à fait disparates peut créer, lui aussi, des difficultés. Considérons à ce propos l'exemple d'une entente entre des entreprises qui répondent à un appel d'offres portant sur un marché public. Comment les critères déterminant la sanction d'une telle pratique anti-concurrentielle peuvent-ils être appliqués dans ce cas de figure ?

La gravité de cette pratique s'avère extrêmement simple à déterminer : l'entente en question appartient bel et bien aux infractions les plus graves, ce qui incitera les membres du Conseil à prononcer une sanction élevée. À l'inverse, il est plus ardu de déterminer les dommages causés à l'économie par cette entente. On peut tout à fait considérer que ce dommage est nul car la création de richesses consécutive à l'investissement lié à l'appel

d'offres n'est pas compromise par l'entente, celle-ci n'affectant que le mode de partage des richesses en cause au sein du système économique. De surcroît, le marché concerné peut être très modeste et il n'est pas certain que l'entreprise ayant remporté l'appel d'offres figure parmi celles qui ont conclu l'entente. En ce qui concerne la situation des entreprises visées, il est possible que l'une d'entre elles soit la filiale d'un groupe important et qu'entre la date des faits reprochés et celle à laquelle la procédure intervient, ce groupe ait décidé de vider la filiale en question de la quasi-totalité de son chiffre d'affaires, réduisant à une peau de chagrin l'assiette de la sanction.

Vous constatez avec moi que nous sommes ici confrontés à une pratique extrêmement grave mais que celle-ci, compte tenu des autres critères pris en compte, ne fera l'objet que d'une sanction très limitée. Dans ces conditions, on peut légitimement remettre en question la vertu dissuasive d'une telle décision.

### **3. Les conclusions de la méthode quantitative**

#### **a) Le montant des sanctions**

Si l'on se penche sur les sanctions prises par le Conseil de la concurrence depuis sa création, on note que, sur les ententes horizontales, sur les marchés publics et les abus de position dominante, le montant moyen des sanctions est sensiblement supérieur à celui appliqué aux ententes verticales. En effet, pour les ententes horizontales, les sanctions se situent entre 0,5 et 0,9 % du chiffre d'affaire des entreprises

concernées alors que, dans le cas des ententes verticales, elle peuvent varier entre 0,05 et 0,2 % du chiffre d'affaire. Le critère de la gravité des affaires semble donc être relativement directeur dans le montant des sanctions prononcées.

Quel devrait être le montant des sanctions à atteindre pour que les décisions prises par le Conseil soient efficaces ? Pour effectuer une telle évaluation, on peut s'attacher à estimer les dommages causés à l'économie par les entreprises en cause ou les sur-profits réalisés par ces dernières. À cet égard, certains observateurs affirment que les sanctions prises à ce niveau devraient être au moins supérieures aux profits attendus de la mise en œuvre de la pratique anti-concurrentielle.

Cette recommandation est sans doute suffisante pour des entreprises qui, au cours de leur existence, se rendent coupables d'un très petit nombre de pratiques anti-concurrentielles et suivent une stratégie de minimisation de leur risque maximum. À l'inverse, dans le cas d'une société qui multiplie les opérations anti-concurrentielles sur la totalité de ses opérations, on peut considérer que le montant de la sanction doit être supérieur au produit du profit espéré de la mise en œuvre de la pratique par l'inverse de la probabilité de la survenance de la sanction.

#### **b) Les exemples étrangers**

Il est également envisageable de choisir pour référence des exemples étrangers, certaines autorités étrangères pouvant en effet se prévaloir d'une plus longue expérience que leurs homologues français. Par ailleurs, la taille

de l'entreprise constitue un autre déterminant possible : on peut par exemple étudier s'il existe une corrélation entre celle-ci et les sanctions prononcées.

Globalement, les sanctions prises par le Conseil sont considérées comme étant relativement faibles. Dans les trois quarts des cas, elles s'avèrent inférieures à 0,5 % du chiffre d'affaires des entreprises en cause. De même, elles se révèlent sensiblement en deçà de ce qui peut se pratiquer à l'étranger. Par exemple, aux États-Unis, le montant moyen des sanctions prononcées par les autorités fédérales atteignait en 1998 12 millions de dollars, soit un niveau soixante fois supérieur aux chiffres français. Les sanctions décidées par la Commission européenne sont d'un ordre de grandeur tout à fait comparable aux données américaines. Certes, les entreprises sont statistiquement plus petites en France qu'aux États-Unis et les affaires françaises les plus importantes sont traitées au niveau de la Commission européenne, mais cela ne suffit pas à justifier un tel écart.

#### **c) Des sanctions d'un montant sans doute insuffisamment élevé**

Sur la base de ces différents éléments, on est logiquement amené à se demander si le montant des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence n'est pas insuffisant pour que les décisions en question soient pleinement effectives. Nos services se sont livrés, sur un certain nombre de dossiers, à des calculs qui tendent à montrer que les sanctions sont bel et bien inférieures au sur-profit dégagé par les entreprises condamnées. Ce-

pendant, ces mêmes calculs font apparaître que cet écart n'atteint pas des proportions aussi gigantesques que pourrait le laisser penser la comparaison avec les chiffres américains. En effet, les sanctions se révèlent de trois à cinq fois inférieures au sur-profit en cause. Reste toutefois à savoir si les dossiers que nous avons étudiés constituent un échantillon réellement représentatif.

Par ailleurs, on constate qu'au cours des dernières années, les sanctions, exprimées en pourcentage du chiffre d'affaires des entreprises condamnées, ont eu tendance à s'éroder. Enfin, plus l'entreprise en cause est importante, plus la sanction prise à son encontre représente une faible part de son chiffre d'affaires, mais cela peut s'expliquer par le fait que la majorité des entreprises sanctionnées le sont au titre de marchés géographiquement limités.

#### **4. Les enseignements d'une approche synthétique**

Lorsque l'on passe les quinze années de fonctionnement du Conseil de la concurrence au tamis d'une approche synthétique, plusieurs constats s'imposent.

Tout d'abord, on a assisté à la disparition d'un certain nombre de pratiques qui traduisaient une indifférence absolue et manifeste au droit de la concurrence (par exemple, les barèmes de prix affichés ou des contrats contenant des clauses manifestement anti-concurrentielles). On peut en conclure que, depuis sa création, le Conseil a su mener une action pédagogiquement efficace qui a abouti à une « interiorisation » par les entreprises de l'existence du droit de la

concurrence et de certaines interdictions. De même, on constate que les auteurs d'ententes anti-concurrentielles préfèrent désormais la dissimulation, preuve qu'ils ont pris conscience du caractère condamnable de leurs agissements.

Ensuite, il faut à l'inverse déplorer la récurrence de certaines pratiques (notamment les ententes entre les entreprises qui soumissionnent à des marchés publics), certains opérateurs allant même jusqu'à commettre des récidives en la matière. Par ailleurs, certaines autorités étrangères (en particulier, américaines) mettent à jour des ententes qui portent sur des prix mondiaux et qui peuvent avoir des effets en France sans que ces ententes ne soient nécessairement détectées et punies par les instances françaises.

## **II. L'efficacité des injonctions**

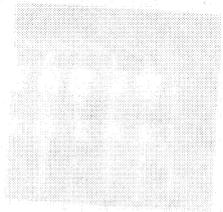
### **A. Les grandes catégories d'injonctions**

Parmi les décisions du Conseil de la concurrence, plusieurs catégories d'injonctions doivent être distinguées :

— celles qui font office de sanction complémentaire (par exemple, l'injonction de publier dans la presse la décision du Conseil) ;

— celles qui accompagnent voire remplacent des sanctions pécuniaires (l'injonction de ne pas renouveler telle pratique, de supprimer une certaine clause d'un contrat, de prendre certaines mesures) ;

— les injonctions qui sont adoptées à l'occasion de mesures conservatoires, le



MAURICE HAZARD

Conseil agissant ici à la manière d'un juge des référés sans avoir encore statué sur le fond.

quant aux concurrents, désormais satisfaits, ils ont retiré leur saisine au fond. Autrement dit, cette mesure conservatoire, très ponctuelle et extrêmement rapide à mettre en œuvre, a suffi à elle seule à rétablir le bon fonctionnement du marché, et ce pour un coût procédural extrêmement léger.

La régression des clauses anti-concurrentielles dans les contrats me paraît refléter une certaine efficacité de ces injonctions. De même, la mauvaise humeur manifestée par des entreprises condamnées à publier les décisions du Conseil dans la presse incite à reconnaître une certaine efficacité à ce type de mesures. Le fait d'être cloué au pilori devant ses clients et ses actionnaires est extrêmement mal perçu et redouté.

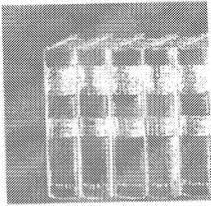
Le recours à ce type de mesures ne constitue cependant pas une panacée, notamment lorsque, par le biais de cette injonction, on se donne pour but d'assurer un accès au marché. Dans ce cas de figure, le Conseil a tendance à ordonner à l'entreprise en position dominante d'ouvrir sous certaines conditions une facilité essentielle à ses concurrents. Mais dans sa décision, le Conseil ne précise pas la nature exacte de ces conditions (en particulier, le prix qui devra être acquitté par l'entreprise qui accèdera à la facilité en question). Dans ce contexte, l'effectivité de la décision va dépendre de la capacité des entreprises concernées à se mettre d'accord sur un prix qui corresponde aux exigences purement théoriques figurant dans la décision du Conseil.

B. Les mesures conservatoires

Les mesures conservatoires prononcées par le Conseil de la concurrence tendent aujourd'hui à se multiplier. Alors qu'elles étaient quasiment inexistantes il y a quinze ans, une quinzaine de décisions de ce type sont désormais prises chaque année. Nous estimons que celles-ci sont, certes, efficaces mais qu'il convient sans doute de ne pas en attendre des effets qu'elles ne sauraient avoir.

On voit par là que ce type de mesures ne peut pas se substituer à la décision d'une autorité de régulation qui, par les pouvoirs propres qui lui sont reconnus, pourra fixer au franc près le prix requis. De plus, en l'absence d'un accord entre les parties suite à l'injonction du Conseil, celles-ci reviendront vers cette instance en se plaignant de ce que cette injonction n'aura pas été respectée. Le Conseil sera alors contraint d'entrer dans des considérations économiques et techniques extrêmement précises qui l'éloigneront sensiblement de son métier habituel. Apparaît ici

un risque de basculement vers une forme d'interventionnisme, qui conduirait de plus en plus le Conseil à fixer de façon précise les règles du jeu économique.



# L'EFFICACITÉ PRÉVENTIVE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE CONCENTRATIONS

SAÏD SOUAM

Université de Besançon (C.R.E.S.E.)  
et C.R.E.S.T. - Laboratoire d'économie industrielle

Cet article propose quelques réflexions économiques d'ordre général sur l'efficacité du contrôle des concentrations, que ce soit à travers l'organisation de ce contrôle ou à travers les décisions qui en découlent. En guise d'introduction, je rappellerai les principaux motifs évoqués dans la littérature, qui poussent les entreprises à fusionner et je mettrai en valeur le caractère essentiellement préventif du contrôle des projets de concentration.

Il existe diverses raisons pouvant amener des entreprises à vouloir fusionner, même si celles que j'évoque ci-après sont loin d'être exhaustives, il est quand même important de réaliser que toutes les fusions ou acquisitions ne le sont pas toujours pour des raisons anticoncurrentielles ou pour des raisons de synergies économiques. Ces motifs sont toutefois de la première importance dans le cadre de la politique de la concurrence.

On distingue souvent trois catégories de motifs.

**1. Les motifs économiques :** se traduisent notamment par la recherche d'une augmentation du pouvoir de marché et des profits ; la réalisation de synergies industrielles (économies d'envergure) ; l'existence d'économies d'échelle (motif dit de « taille critique » souvent invoqué par les entreprises) ; la recherche de nouvelles technologies ; et enfin la pénétration d'un marché étranger.

**2. Les motifs financiers et fiscaux :** s'estimant mieux informée que les autres intervenants du marché sur la valeur réelle d'une entreprise, l'équipe dirigeante d'une société tierce peut tenter d'en tirer profit en la rachetant avant que l'informa-

tion ne devienne publique (argument d'« inefficience » des marchés financiers) ; par ailleurs, fiscalement la fusion d'une entreprise déficitaire avec une entreprise excédentaire entraîne une réduction de l'impôt payé globalement par les deux entreprises.

**3. Les autres motifs :** cette dernière catégorie regroupe l'ensemble des opérations dont les motivations sont propres aux dirigeants des entreprises initiatrices.

Par essence, le contrôle des concentrations est préventif (selon le principe suivant : « Prévenir vaut mieux que guérir »). En effet, le démantèlement d'une structure peut être très coûteux et le retour à la situation de droit antérieur impossible s'il y a disparition juridique d'entreprises. Le but étant d'empêcher, par le biais de ce contrôle, la formation de positions dominantes souvent génératrices de pratiques anticoncurrentielles, combattues par ailleurs.

L'intervention a posteriori semble en effet manquer d'efficacité : même si théoriquement il est possible d'utiliser l'article 43 de l'ordonnance de 1986, ou encore l'article 13 en ce qui concerne les amendes, en pratique la première possibilité n'a pas été jusqu'ici utilisée et la perspective de la seconde n'est pas toujours très dissuasive.

Le caractère préventif du contrôle des concentrations étant acquis, se pose alors la question de son efficacité. L'aspect multidimensionnel de cette question m'amène à faire des choix qui reflètent non seulement des préoccupations personnelles (liés à mes travaux de recherche) mais qui ont surtout une portée pratique. Avant d'exposer trois points directement liés à l'efficacité préventive du

contrôle des concentrations, je présenterai d'abord l'analyse économique de base des fusions horizontales.

## I. L'analyse classique des fusions horizontales : l'approche de Williamson (1)

Une fusion représente un des cas les plus simples où il y a une possibilité d'effets anticoncurrentiels. La raison vient bien entendu du fait qu'une telle opération réduit le nombre de concurrents et augmente par suite la possibilité de création ou de renforcement d'un pouvoir de marché. Il est cependant possible de réaliser des économies de coûts qui sont socialement bénéfiques.

C'est Williamson (1968) qui le premier a utilisé ce qu'il a appelé le modèle « naïf » du bien-être du consommateur. Il aborde un problème essentiel pour la politique de la concurrence, celui d'une fusion qui simultanément crée un pouvoir de restriction de la production et améliore l'efficacité productive des entreprises fusionnées.

Suite à un certain nombre d'arrêts de la Cour Suprême des États-Unis (notamment le fameux *Brown Shoe* de 1962 où l'on a assisté à une application très stricte du *Robinson-Patman Act*), Williamson pose pour la première fois la question de savoir si on doit systématiquement sacrifier toute économie que peut apporter une fusion sur la base de l'opinion courante à l'époque, selon laquelle les effets de pouvoir de marché dominent toujours.

La figure 1 (reproduite ci-après) représente les effets d'une fusion qui ferait passer une industrie d'une situation concurrentielle (où toutes les entreprises tari-

(1) O. Williamson, *Economies as a Welfare Defense : The Welfare Tradeoffs*, *American Economic Review*, 1968, Vol. 58 (1), p. 18-36.

fient au coût moyen supposé constant) à une situation de monopole (où le prix tarifé  $p_2$  est supérieur au nouveau coût moyen  $CM_2$ , lequel est inférieur à l'ancien coût moyen  $CM_1$ , pour raison de synergie en terme de coûts de production). Cette analyse met en valeur trois régions A, B et C. L'aire du triangle A représente la perte sèche (ou le Dead Weight Loss) due à la fusion et qui n'est pas récupérée par les entreprises. Cette perte représente le montant (net du coût d'achat  $p_1 Q_1$ ) que sont prêts à payer les consommateurs en vue d'acheter plus de bien mais à un prix plus faible ( $p_1$ ) que celui pratiqué par les entreprises ( $p_2$ ). L'aire du rectangle B mesure les gains en termes de coûts pour les entreprises une fois la fusion opérée. Enfin, l'aire du rectangle C représente un transfert de bien-être des consommateurs vers les entreprises.

Si le critère utilisé par les autorités de la concurrence pour évaluer les effets d'une fusion est celui du bien-être social (égal au surplus des consommateurs plus les profits des entreprises), le transfert C qui s'opère des consommateurs vers les entreprises est neutre. Ainsi, pour accepter un projet de fusion il faut que les effets positifs (mesurés par l'aire du rectangle B) soient plus importants que les effets négatifs (représentés par la perte sèche A). Selon ce critère, des gains modestes en efficacité productive s'avèrent en général suffisants pour contrebalancer les effets négatifs (ou anticoncurrentiels) liés à une hausse du prix de vente. Dans ces conditions, relativement peu de projets de fusion doivent être refusés (cf. schéma ci-dessous).

Ce modèle a été qualifié de « naïf » car il prend en compte peu de paramètres. Deux principales insuffisances ont été signalées dans la

littérature économique. Je les mentionne succinctement ci-après.

1. En premier lieu, il suppose que les entreprises qui fusionnent opéraient avant fusion dans un marché concurrentiel.
2. En second lieu, les gains d'efficacité peuvent se limiter à l'entité fusion et exclure les autres concurrents présents sur le marché.

La prise en compte de ces deux insuffisances permet de nuancer les propos initiaux très optimistes de Williamson sur le fait que la plupart des fusions ne nécessitent que peu de gains en terme d'efficacité productive pour pouvoir augmenter le bien-être social.

Par ailleurs, la neutralité du critère de Williamson a également fait l'objet de critiques. Adoptant un point de vue extrême, Lande (1982) (2) suggère que les autorités de la concurrence ne retiennent que l'intérêt des con-

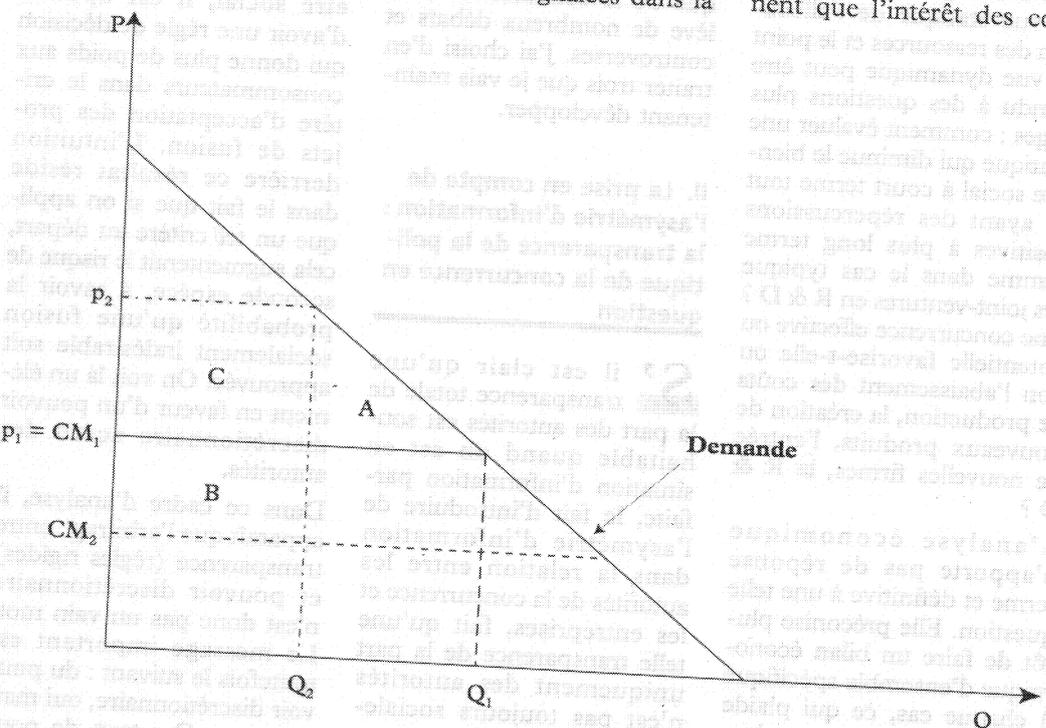


Figure 1 : Le modèle "naïf" de Williamson (1968)

(2) R. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Review*, 1982, Vol. 34 (1), p. 65-131.

sommateurs dans leur analyse des fusions. Une telle règle revient en pratique à un simple test de prix. Selon ce critère, seules les fusions susceptibles d'entraîner une baisse des prix de vente aux consommateurs sont acceptables. Dans ces conditions, beaucoup de projets de concentration devraient être rejetés par les autorités de la concurrence. Sans aller jusqu'au critère de Lande, on peut néanmoins considérer que les transferts de surplus ne sont pas neutres, en pondérant différemment le surplus des consommateurs et les profits des entreprises.

L'analyse de Williamson peut être réinterprétée en termes d'arbitrage entre d'une part les conséquences concurrentielles à long terme et d'autre part les gains d'efficacité à court terme consécutifs à d'éventuelles synergies qui peuvent se produire *ex post* entre les entreprises.

Cet arbitrage entre le point de vue statique de l'allocation des ressources et le point de vue dynamique peut être étendu à des questions plus larges : comment évaluer une pratique qui diminue le bien-être social à court terme tout en ayant des répercussions positives à plus long terme comme dans le cas typique des joint-ventures en R & D ? Une concurrence effective ou potentielle favorise-t-elle ou non l'abaissement des coûts de production, la création de nouveaux produits, l'entrée de nouvelles firmes, la R & D ?

L'analyse économique n'apporte pas de réponse ferme et définitive à une telle question. Elle préconise plutôt de faire un bilan économique d'ensemble spécifique à chaque cas, ce qui plaide finalement pour une analyse au cas par cas. Cependant, ce type d'approche n'est pas sans poser de problèmes pratiques. Le premier consiste

dans le fait que l'évaluation du bilan global dans chaque cas est assez difficile à mettre en œuvre car il nécessite beaucoup de moyens d'investigation et prend énormément de temps. Le second problème pratique provient directement du fait que la politique de la concurrence s'inscrit toujours dans un contexte d'asymétrie d'information que l'on pourrait résumer par deux questions :

— Comment les autorités de la concurrence peuvent-elles savoir si un prix élevé observé sur un marché est dû à un comportement concurrentiel de firmes à coût de production élevé ou à un comportement collusif de firmes à coût de production faible ?

— Comment peuvent-elles apprécier les gains d'efficacité d'une fusion horizontale, avant que celle-ci ne se soit produite ?

La prise en compte de cet aspect important de la politique de la concurrence soulève de nombreux débats et controverses. J'ai choisi d'en traiter trois que je vais maintenant développer.

## **II. La prise en compte de l'asymétrie d'information : la transparence de la politique de la concurrence en question**

**S'** il est clair qu'une transparence totale de la part des autorités est souhaitable quand on est en situation d'information parfaite, le fait d'introduire de l'asymétrie d'information dans la relation entre les autorités de la concurrence et les entreprises, fait qu'une telle transparence de la part uniquement des autorités n'est pas toujours socialement efficace.

En effet, par exemple, une application quasi mécanique de directives ou de « guideli-

nes » en matière de concentrations n'est pas optimale, puisqu'elle sous-estime la diversité des cas soumis pour approbation. Certains projets qui pourraient entrer dans le champ d'analyse des autorités peuvent s'avérer en fin de compte relativement inoffensifs et donc ne pas exiger d'examen particulier de leur part.

En fait, Williamson avait déjà remarqué que la diminution des coûts de production devrait être utilisée pour justifier une opération de fusion ayant des effets anticoncurrentiels, uniquement si l'augmentation dans le bien-être global excède un seuil strictement positif, lequel dépend de la qualité de l'information dont disposent les autorités concernant ces économies de coûts.

Cet argument a été récemment formalisé par Besanko et Spulber (1993) (3). Ils montrent que même si *ex ante* les autorités ont comme objectif de maximiser le bien-être social, il est optimal d'avoir une règle de décision qui donne plus de poids aux consommateurs dans le critère d'acceptation des projets de fusion. L'intuition derrière ce résultat réside dans le fait que si on applique un tel critère au départ, cela augmenterait le risque de seconde espèce, à savoir la probabilité qu'une fusion socialement indésirable soit approuvée. On voit là un élément en faveur d'un pouvoir discrétionnaire accru des autorités.

Dans ce cadre d'analyse, il apparaît que l'arbitrage entre transparence (règles rigides) et pouvoir discrétionnaire n'est donc pas un vain mot. Le message important est toutefois le suivant : du pouvoir discrétionnaire, oui mais pas trop. Car trop de pouvoir discrétionnaire peut aboutir à une politique non crédible et aussi au pro-

(3) D. Besanko et D. Spulber, *Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy*, *Journal of Law, Economics and Organization*, 1993, Vol. 9, n° 1, p. 1-29.

blème dit de capture de l'agence, terme sous lequel on regroupe toutes les situations où l'objectif de départ de la politique de la concurrence est détourné.

C'est dans cette optique qu'il faut voir l'existence de directives (par la D.G.C.C.R.F. dans le cas français ou par le D.O.J. (Department Of Justice) et la F.T.C. (Federal Trade Commission) pour les « Merger guidelines » américains), comme un moyen non seulement de rendre crédible la mise en œuvre de la politique de la concurrence, mais aussi comme une sécurité juridique renforcée pour les entreprises. Mais le fait de laisser aux autorités le pouvoir de ne pas intervenir dans certains cas entrant a priori dans le champ d'application de la loi a des justifications économiques en termes d'efficacité, d'où l'importance d'une procédure de sélection des dossiers.

De plus, la délégation de la mise en œuvre de la politique de la concurrence à une autorité est importante car elle permet notamment de rendre crédible l'action des autorités (4).

### III. Efficacité préventive et symétrie des structures de marché

Il arrive assez fréquemment que les autorités de la concurrence donnent leur aval à des opérations de concentration moyennant des cessions d'actifs à des concurrents.

La question que l'on se pose est alors la suivante : une fois proposée une telle restructuration, doit-on laisser émerger une structure asymétrique entre les entreprises (par exemple en termes de capacités de production ou de tailles) ou au contraire doit-on rétablir coûte que coûte une symétrie entre elles ?

D'un point de vue pratique, cette question aurait pu ou s'est posée dans ces termes dans au moins deux cas intéressants que je citerai uniquement pour mémoire : le rachat de Perrier par Nestlé en 1992 et l'acquisition par Heineken de Fisher dans le secteur des bières. Dans le second cas l'arrêté du 20 août 1996 (qui était contraire à l'avis donné par le Conseil de la concurrence — Avis 96-A-09) a été annulé par le Conseil d'État.

Du point de vue de l'analyse économique, deux thèses s'affrontent à ce sujet.

D'un côté, il apparaît que dans le cadre de rendements d'échelle décroissants, l'efficacité allocative requiert une allocation symétrique des capacités de production entre les entreprises d'une même industrie (5).

D'un autre côté, certains travaux récents suggèrent que la collusion tacite est plus facilement soutenable dans des configurations symétriques (6).

La question difficile de l'arbitrage entre efficacité allocative de court terme et la facilité de collusion à long terme reste entière et n'a pas reçu à ce jour de réponse entièrement satisfaisante.

Dans un article rédigé en collaboration (7), nous considérons que, suite à une restructuration dans une industrie, les autorités de la concurrence doivent se prononcer sur la meilleure allocation des capacités de production en tenant compte d'un risque de collusion entre les entreprises.

L'analyse que nous développons met en évidence de manière simple l'arbitrage entre efficacité allocative et dissuasion de la collusion.

Il apparaît ainsi que, même dans le cadre d'un modèle statique avec risque de collusion, la cession de certaines

capacités de production à des concurrents (afin d'éviter la création ou le renforcement d'une position dominante) n'est pas toujours préférable.

### IV. Séparation des régulateurs : une ou plusieurs agences ?

Le dernier point que j'aimerais aborder peut être posé de la manière suivante :

Faut-il avoir une ou plusieurs autorités en charge de la mise en œuvre de la politique de la concurrence ? En cas de réponse positive, doivent-elles être indépendantes ?

Ce sont des questions qui peuvent paraître à première vue saugrenues mais qui méritent qu'on s'y intéresse notamment par rapport au problème de capture de l'agence.

Les deux exemples suivants mettent en valeur leur importance :

— la création de la F.T.C. a surtout répondu aux préoccupations du législateur américain concernant une mise en œuvre considérée de plus en plus laxiste de la part des tribunaux et particulièrement de la Cour Suprême des États-Unis, à la suite de la période où on est passé d'une règle d'interdiction *per se* à la fameuse règle dite de raison (rule of reason) ;

— en Europe, le problème de capture se pose également si on s'intéresse au principe de subsidiarité qui pourrait éventuellement biaiser l'analyse en faveur d'entreprises nationales. Cela plaide dans ce cas plutôt pour un renforcement des pouvoirs de l'agence supranationale, au moins pour les opérations de taille relativement importante (8).

Du point de vue de l'organisation des institutions, différentes réponses ont été pro-

(4) On retrouve le même type d'arguments dans le cadre de l'audit pour évasion fiscale (voir notamment l'article de N. Melumad et D. Mookherjee, *Delegation as*

*commitment : the case of income tax audits*, *Rand Journal of Economics*, 1989, Vol. 20, n° 2, p. 139-163).

(5) Cf. les travaux de J. Farrell et C. Shapiro, *Horizontal Merger : An Equilibrium Analysis*, *American Economic Review*, 1990, Vol. 81, n° 4, p. 107-126 ; P. McAfee et M. Williams, *Horizontal Mergers and Antitrust Policy*, *The Journal of Industrial Economics*, 1992, Vol. XL, n° 2, p. 181-187, et G. Werden et L. Froeb, *The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries : Logit Demand and Merger Policy*, *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 10, n° 2, p. 407-426.

(6) Voir les articles de O. Compte, F. Jenny et P. Rey, *Collusion, Mergers and Capacity Constraints*, 1996, mimeo I.D.E.I. Toulouse ; et T. Pénard, *Choix de capacités et comportements stratégiques : une approche par la théorie des jeux répétés*, *Annales d'économie et de statistique*, 1997, n° 46, avril-juin, p. 203-24.

(7) L. Linnemer et S. Souam, *Antitrust Policy and Asymmetric Capacities*, mimeo Laboratoire d'Économie Industrielle, 1998.

(8) Voir à ce sujet le livre de D. Neven, R. Nuttall et P. Seabright, *Merger in Daylight*, C.E.P.R., et notamment le chapitre 6 intitulé *Regulatory Capture and the design of European merger policy*, 1993.

posées pour lutter contre la capture de l'agence : rendre compte au gouvernement, indépendance des autorités (9) (moyen qui est contradictoire avec le premier) et enfin la transparence des autorités qui se traduit par la publication de directives et des décisions prises dans des délais relativement courts.

Voici quelques arguments avancés par l'analyse économique pour asseoir l'idée qu'une telle séparation des régulateurs peut être préférable. Ils tournent tous autour des idées d'engagement et de crédibilité.

— Laffont et Martimort (1999) ont montré que la séparation des régulateurs, dans le cas où ceux-ci ne sont pas bienveillants, peut jouer un rôle d'engagement des autorités contre la menace de capture de l'agence (10). Leur séparation fait qu'ils disposent de moins d'information, ce qui limite le pouvoir discrétionnaire qu'ils peuvent avoir pour engager des activités socialement néfastes.

— Martimort (1999) propose un autre argument en faveur de la séparation des régulateurs (11). Dans un cadre dynamique où l'engagement des autorités est limité, la séparation peut jouer le rôle d'engagement à ne pas renégocier des accords de long terme avec les agents régulés.

— Bensaïd, Encaoua et Perrot (1995) proposent une explication encore plus pertinente du point de vue de la politique de la concurrence (12).

On peut résumer leur problématique de base de la manière suivante. Supposons que deux entreprises veulent notifier une fusion aux autorités de la concurrence. Elles doivent pour cela fournir un certain nombre d'informations. Les autorités déclenchent alors éventuelle-

ment une procédure d'investigation. À la suite de cette investigation, ces entreprises risquent d'être condamnées pour d'autres raisons : par exemple une collusion entre elles dans le passé.

Ce risque plus élevé peut faire que les entreprises soient moins incitées à notifier leur fusion même si celle-ci est socialement désirable.

Le principal résultat auxquels ils arrivent est le suivant : si les autorités peuvent s'engager à séparer les deux contrôles (d'un côté le contrôle des concentrations, de l'autre celui des comportements), cela peut avoir comme effet positif que des actions plus efficaces soient prises par les agents (notification de fusions socialement désirables qui n'auraient pas eu lieu en cas de non-séparation).

## Conclusion

Pour conclure, je dirais que le contrôle moderne des concentrations est essentiellement préventif. L'efficacité d'un tel contrôle se pose à différents niveaux. J'en ai sélectionné quelques-uns qui me semblent importants d'un point de vue pratique et qui ont fait l'objet d'une réflexion économique même si elle n'est que partielle.

Je n'ai pas abordé d'autres outils comme les sanctions pécuniaires qui font partie des mécanismes dits *ex post* du contrôle des concentrations dans le cas de non-respect des conditions imposées (par exemple cessions d'actifs). En fait, ces sanctions rentrent plus dans le cadre de la dissuasion des ententes ou des abus de position dominante comme cela a été souligné précédemment. La question de leur efficacité se pose également (13).

Un dernier point concerne les situations délicates où l'on se trouve devant des cas limites entre fusion et entente. On pourrait, en effet, se poser la question si un groupement d'intérêt économique (G.I.E.) est une concentration ou une entente. Juridiquement, il peut arriver que l'une ou l'autre de ces qualifications soient retenues, en fonction des faits de l'espèce. Cependant, cela ne me gêne pas que l'on fasse le même type de bilan économique en mettant en balance les effets pro et anticoncurrentiels (bien entendu toujours avec les réserves déjà mentionnées, à savoir qu'on connaît mieux les effets négatifs que les effets positifs). Ce qui est en revanche plus gênant, c'est le fait que si on laisse le choix aux entreprises, elles choisiront de manière stratégique (et tout à fait rationnelle) la qualification qui leur est la plus favorable. Nous avons un bon exemple avec le traitement différencié par la Commission européenne des joint-ventures coopératives et concentratives, qui a introduit un biais en faveur de ces dernières.

Ce que nous enseigne finalement l'analyse économique récente, c'est que tout l'art de la politique de la concurrence réside (ou devrait résider en tout cas) dans la mise en œuvre de mécanismes qui inciteraient les agents économiques à prendre les décisions qui sont socialement désirables.

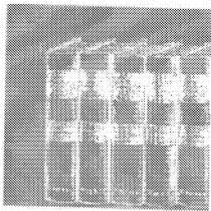
(9) C'est un argument qui a été essentiellement utilisé en ce qui concerne la crédibilité de la politique monétaire. Voir à ce sujet l'article de K. Rogoff, *The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target*, *Quarterly Journal of Economics*, 1985, Vol. 100, p. 1169-1189.

(10) J.-J. Laffont et D. Martimort, *Separation of regulators against collusive behavior*, *Rand Journal of Economics*, 1999, Vol. 30, n° 2, p. 232-262.

(11) D. Martimort, *Renegotiation Design with Multiple Regulators*, *Journal of Economic Theory*, 1999, Vol. 88, n° 2, p. 261-293.

(12) B. Bensaïd, D. Encaoua et A. Perrot, *Separating The Regulators to Reduce Risks due to Overlapping Control*, Document de travail, C.E.M.E., Université de Paris I, 1995.

(13) Pour une comparaison en terme d'efficacité des systèmes d'amende à la française et à l'américaine, voir S. Souam, *Optimal antitrust policy under different regimes of fines*, *International Journal of Industrial Organization*, 2001, vol. 19, n° 1, p. 1-26.



# L'EFFICACITÉ RÉPRESSIVE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CONCURRENTIELLE : UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE

**LAURENT BENZONI**

Professeur de sciences économiques à l'Université Paris II  
et à l'École nationale supérieure des télécommunications

**L**e thème sied parfaitement aux ambitions que se sont fixés les ateliers de la concurrence, à savoir, une meilleure imbrication des problématiques juridiques et économiques en matière de régulation concurrentielle. En effet, ledit thème articule explicitement deux problématiques : celle de la répression (ou de la sanction) et celle de l'efficacité, la première procédant plutôt du volet juridique et la seconde relevant plutôt du volet économique.

Avec la sanction, nous sortons en effet quelque peu des sentiers battus de la science économique. Le terme de « sanction » ne se retrouve nulle part dans les manuels anciens ou récents d'économie industrielle et d'économie de la concurrence. Les économistes ne semblent donc pas s'intéresser outre mesure à la manière de sanctionner et de réprimer les agents, quand il s'agit du domaine de la concurrence. Dans l'analyse de la concurrence, les économistes centrent le plus souvent leurs réflexions sur l'étude des mécanismes aboutissant aux situations potentiellement anticoncurrentielles. Ces réflexions peuvent aller jusqu'à la prescription des règles capables de prévenir l'émergence de ces situations (théorie de la régulation), mais elles abordent rarement la question de la sanction à appliquer aux auteurs de troubles sur les marchés.

La question de l'efficacité, deuxième volet de la problématique de cet exposé se situe, quant à elle, au cœur de la réflexion des économistes. La quête de l'efficacité a logiquement conduit les économistes, plus particulièrement au cours des deux

dernières décennies, à s'intéresser à la compréhension des mécanismes qui incitent les agents économiques à maximiser leur efficacité individuelle ou collective. Les développements de la théorie des contrats incitatifs constituent à cet égard la concrétisation de ce vif intérêt des économistes pour l'efficacité. La définition de ces contrats et des clauses incitatives qu'ils contiennent constitue aujourd'hui l'un des pans les plus actifs de la recherche économique.

Cette problématique peut s'appliquer aux domaines les plus variés, notamment à celui de la répression efficace que doivent instaurer les autorités concurrentielles afin de corriger les effets négatifs des pratiques concurrentielles indésirables et dissuader, par là même, les agents de recourir à de telles pratiques.

## I. Les deux volets de la sanction efficace : les dommages et l'amende

**N**ous proposons le cheminement suivant : la répression se traduit par une sanction, l'efficacité de la sanction doit donc se traduire par une sanction efficace. On convient alors qu'une sanction efficace doit au minimum restaurer les allocations de surplus entre les agents qui auraient prévalu en l'absence de comportements anticoncurrentiels.

Sur le fond, il s'agit en fait d'appliquer, au contexte de la sanction en matière concurrentielle, le principe très connu en économie publique du « pollueur payeur » mis en évidence dès le début du siècle dernier par l'économiste C. Pigou.

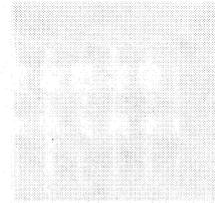
L'idée est la suivante : l'agent, l'entreprise, ou les entreprises (en cas de cartel) à l'origine d'une distorsion concurrentielle a(ont) directement bénéficié d'un surplus indu, disons un « surprofit » pour faire bref. Le principe premier qui doit alors prévaloir dans l'établissement de la sanction lorsqu'il y a condamnation consiste donc à restituer ce surprofit aux agents qui en ont été privés.

Ce principe de restauration des sommes indûment capées justifie le versement de dommages aux agents directement victimes du comportement abusif, généralement les clients, les fournisseurs ou les concurrents.

Parallèlement, un comportement anti-concurrentiel se traduit généralement par une perte de bien-être collectif. En d'autres termes, la collectivité dans son ensemble a subi les conséquences du comportement non-concurrentiel sans que les victimes de ce comportement puissent être formellement identifiées ou désignées. Cette perte de bien-être collectif justifie le paiement d'une amende, c'est-à-dire un paiement qui bénéficie à l'ensemble de la collectivité et non à des agents particuliers.

Dommages et amendes constituent ainsi les deux éléments de la sanction qui correspondent, du point de vue économique, à deux éléments bien distincts :

1. la restitution des surprofits induits aux victimes du comportement anti-concurrentiel,
2. le remboursement à la collectivité des pertes de bien-être collectif induites par le



LAURENT BENOIST

Professeur de sciences économiques à l'Université Paris II et à l'École nationale supérieure des Télécommunications

comportement anti-concurrentiel.

II. Le mode de calcul des deux types de paiement

Nous venons de voir que la sanction doit toujours intégrer au moins deux éléments : le reversement des sommes indues, au titre du transfert entre les agents, ce sont les dommages, et le reversement lié à la perte d'efficacité sociale, ce sont les amendes.

Le calcul diffère logiquement d'un paiement à l'autre.

Supposons à titre d'illustration une entreprise ayant adopté un comportement de monopole. Supposons en outre que ce comportement lui a permis d'élever le prix d'un produit de 100 F à 120 F. Le profit indu perçu sur chaque produit vendu est donc de 20 F. Logiquement, ce sont ces 20 F qui doivent être reversés à tous les consommateurs ayant acheté le produit à 120 F. Cette somme représente bien le surprofit indu par consommateur capté par l'entreprise ayant abusé de son pouvoir de monopole.

C'est la part correspondant au transfert de surplus opéré sur le marché entre l'offreur et le consommateur : il s'agit selon notre approche du dommage.

Toutefois, en élevant le prix du produit, l'entreprise a nécessairement dissuadé des consommateurs de l'acquiescer. En conséquence, si l'entreprise a vendu seulement 900 unités à 120 F, au lieu par exemple de 1.000 unités à 100 F si elle n'avait pas pratiqué un prix de monopole, on enregistre une perte de 100 unités vendues à 100 F, soit 10.000 F que

personne ne récupère ; ni l'entreprise qui n'a pas vendu les produits en question, ni bien évidemment les consommateurs qui ne les ont pas achetés. Il faut en outre ajouter, tout le surplus du consommateur qui n'a pas été réalisé à cause de l'élévation du prix. Cette perte totale correspond à la perte de bien-être collectif ou d'efficacité sociale. Les volumes de production et de consommation enregistrés dans l'économie ont en effet été moindres que ceux qui auraient prévalu en cas de comportement concurrentiel de l'entreprise.

Les dommages versés aux victimes devraient être évalués sur la base des surprofits. L'amende, quant à elle, sera calculée sur la base du chiffre d'affaires perdu. L'amende restituée à la collectivité correspond donc à la perte d'efficacité sociale et ne peut être attribuée à qui que ce soit de clairement identifié.

En retenant ce schéma simple, l'entreprise va alors payer plus sous forme d'amendes et de dommages, qu'elle n'aurait perçu si elle avait joué le jeu de la concurrence. En effet, la seule présence de l'amende conduit à ce que l'entreprise reverse à la collectivité et aux victimes une somme bien supérieure au profit qu'elle aurait perçu en cas d'équilibre de concurrence. L'amende constitue bien la sanction et en payant l'amende, la sanction pour l'entreprise fautive est bien réelle : encore faut-il que les dommages aient été dûment calculés et reversés aux victimes...

Le schéma reproduit ci-après (page suivante) visualise le raisonnement tenu ci-dessus dans le cas simple du monopole pur et parfait.

L'équilibre du monopole est donné par l'intersection entre le coût marginal et la recette marginale. La zone gris clair correspond à la perte de chiffre d'affaires, donc à l'amende. Le rectangle gris foncé correspond à la vente de monopole donc aux dommages à verser aux victimes suite à l'élévation du prix au-dessus du prix d'équilibre (100 F). Dans cet exemple, la réduction de la quantité produite se traduisant par une baisse du coût moyen de production de 100 à 80 F, le surprofit par unité vendue est ici de 40 F.

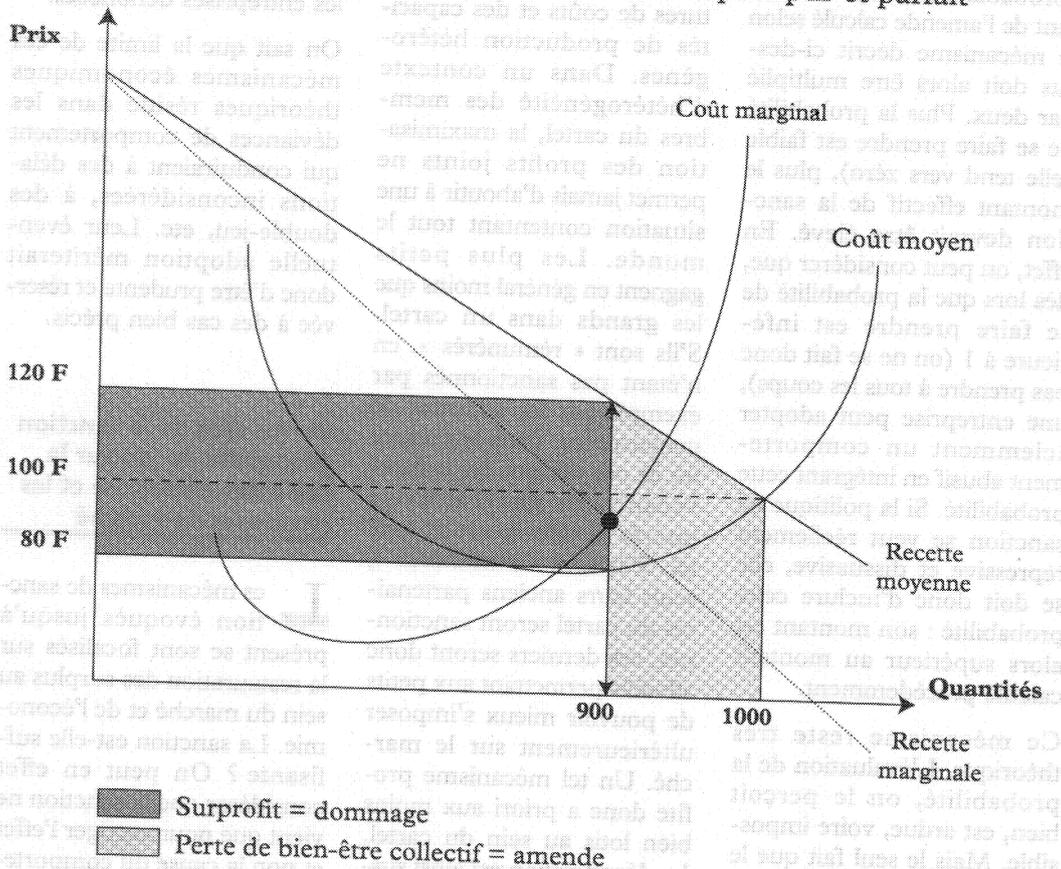
III. Faut-il limiter le montant des reversements (amende et dommage) ?

On sait que les textes juridiques prévoient des montants maximaux à verser, au moins pour ce qui concerne les amendes. Du point de vue de l'économiste, il n'y a pas de limite a priori autre que celle qui restaure les allocations de surplus.

Il n'en demeure pas moins que la perception des surplus induits a pu s'effectuer sur une période plus ou moins longue. Aussi, si l'on exige un paiement en une seule fois, au moment de la décision de la sanction, l'ensemble des sommes permettant la restauration de la juste situation concurrentielle, la charge du reversement peut s'avérer économiquement insupportable à l'entreprise sanctionnée.

Pour parer ce problème, plus simple serait sans doute de procéder à un paiement étalé des reversements et non à un paiement en une fois. Le montant du paiement pourrait d'ailleurs être modulé en fonction de la situation finan-

## Dommege et amende : le cas du monopole pur et parfait



cière de l'entreprise. Des solutions simples doivent pouvoir être envisagées.

Si les gains indus ont permis des versements de dividendes aux actionnaires de l'entreprise, on pourrait aussi imaginer que ceux-ci contribuent aux remboursements des sommes et au paiement des amendes, notamment pour les actionnaires majoritaires et siégeant au conseil d'administration, c'est-à-dire impliqués dans la conduite des affaires de l'entreprise répréhensible.

Toutefois, il se peut que les gains indûment captés ont été réinvestis et non épargnés ou redistribués aux actionnaires : le calcul du juste montant des paiements se complexifie. Le surplus indu a peut-être servi à accroître l'efficacité de l'entreprise et le

bien-être collectif via l'investissement. Il conviendrait donc de prendre en compte cet élément pour obtenir une juste appréciation de la situation créée par la politique de l'entreprise dans l'utilisation de ses fonds indûment perçus. Une entreprise monopolistique ayant fortement investi doit-elle être traitée de la même façon qu'une entreprise ayant capté du surplus pour le redistribuer ou l'épargner ?

#### IV. L'intégration de la probabilité d'être condamné dans le calcul de la sanction

Le montant des reversements liés à la sanction tels que mentionnés précédemment, n'incorpore pas la probabilité d'être pris et

effectivement sanctionné. En effet, les sanctions proposées précédemment sont efficaces si et seulement si l'entreprise est effectivement prise et condamnée. A contrario, pour une entreprise qui est sûre de ne pas se faire prendre, aucune sanction quel qu'en soit le montant n'aura de vertu dissuasive.

L'adoption d'un comportement anticoncurrentiel par une entreprise dépend donc étroitement de la probabilité d'être découverte par les autorités de concurrence. Cette probabilité devrait être incluse dans une politique de sanction qui se veut efficace.

Le calcul est théoriquement simple : il suffit de diviser le montant de la sanction par la probabilité d'être condamné. Si les entreprises se font prendre une fois sur deux

(probabilité de 0,5), le montant de l'amende calculé selon le mécanisme décrit ci-dessus doit alors être multiplié par deux. Plus la probabilité de se faire prendre est faible (elle tend vers zéro), plus le montant effectif de la sanction devrait être élevé. En effet, on peut considérer que, dès lors que la probabilité de se faire prendre est inférieure à 1 (on ne se fait donc pas prendre à tous les coups), une entreprise peut adopter sciemment un comportement abusif en intégrant cette probabilité. Si la politique de sanction se veut réellement répressive et dissuasive, elle se doit donc d'inclure cette probabilité : son montant est alors supérieur au montant calculé précédemment.

Ce mécanisme reste très théorique. L'évaluation de la probabilité, on le perçoit bien, est ardue, voire impossible. Mais le seul fait que le phénomène existe impose, sans doute, qu'il soit pris en compte si l'on désire une sanction efficace.

#### **V. Les mécanismes contractuels d'augmentation de la probabilité : la dénonciation**

**A**u lieu de jouer sur la probabilité en accroissant les mécanismes de contrôle des autorités concurrentielles, il peut être plus efficace de faire en sorte que les agents perçoivent l'efficacité de mécanismes qui conduiraient à les découvrir. Le plus simple consiste, notamment dans le cadre des ententes, à favoriser la dénonciation voire à la rémunérer.

Cartels et ententes sont souvent instables, car ils mêlent petites et grandes entreprises

présentant en outre des structures de coûts et des capacités de production hétérogènes. Dans un contexte d'hétérogénéité des membres du cartel, la maximisation des profits joints ne permet jamais d'aboutir à une situation contentant tout le monde. Les plus petits gagnent en général moins que les grands dans un cartel. S'ils sont « rémunérés », en n'étant pas sanctionnés par exemple par les autorités de concurrence, dans la mesure où ils ont désigné les contrevenants, ils peuvent avoir intérêt à dénoncer le cartel. S'ils sont « rémunérés », seuls leurs anciens partenaires du cartel seront sanctionnés, ces derniers seront donc affaiblis permettant aux petits de pouvoir mieux s'imposer ultérieurement sur le marché. Un tel mécanisme profite donc a priori aux moins bien lotis au sein du cartel. La dénonciation est ainsi susceptible de jouer le rôle d'un auxiliaire de la justice dans le droit de la concurrence. Mais, si l'on suppose que l'entreprise reste rationnelle, le gain lié à la dénonciation doit être supérieur aux gains engendrés par le mutisme.

L'efficacité des mécanismes de dénonciation se formalise ainsi fort bien dans le cadre de la théorie des jeux (dilemme du prisonnier). On pourrait ainsi même calculer le montant minimal qu'il serait nécessaire de proposer a posteriori à une entreprise pour avoir effectivement dénoncé des pratiques répréhensibles. La question posée serait alors faut-il non seulement exempter l'entreprise qui dénonce mais en outre la récompenser pour rendre le mécanisme encore plus efficace ? Le montant de la récompense serait bien évidemment acquitté, au titre des

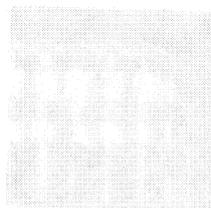
sanctions, par l'entreprise ou les entreprises dénoncées.

On sait que la limite de ces mécanismes économiques théoriques réside dans les déviations de comportement qui conduiraient à des délations inconsidérées, à des double-jeu, etc. Leur éventuelle adoption mériterait donc d'être prudente et réservée à des cas bien précis.

#### **VI. Au-delà de la sanction pécuniaire, le jeu sur la taille des entreprises et les structures de marché**

**L**es mécanismes de sanction évoqués jusqu'à présent se sont focalisés sur la restauration des surplus au sein du marché et de l'économie. La sanction est-elle suffisante ? On peut en effet considérer que la sanction ne vient que pour corriger l'effet et non la cause du comportement anticoncurrentiel. En d'autres termes, pour faire cesser un comportement monopolistique, ne vaudrait-il pas mieux empêcher a priori la formation du monopole (interdiction ou restrictions d'opérations de fusion et d'acquisition) ou bien le démanteler s'il est déjà constitué.

La relation entre le niveau de concentration d'un marché et l'intensité concurrentielle au sein d'un marché ne repose sur aucun fondement théorique réellement stable. La théorie du duopole en constitue l'exemple le plus symptomatique : le comportement adopté par les entreprises repose essentiellement sur leur comportement, et la même structure peut produire le pire du point de vue concurrentiel (la maximisation des profits joints par un cartel) ou le meilleur, c'est-à-



dire une guerre des prix exacerbée (duopole dit « à la Bertrand »).

Sanctionner une entreprise en la démantelant donc en réduisant d'autorité sa taille sur le marché constitue pour le moins une sanction radicale, est-elle pour autant efficace ?

Si le démantèlement conduit à la perte d'économies d'échelle et d'économies d'envergure, les gains potentiels à long terme liés à une structure de marché plus atomisée peuvent d'abord se traduire par des pertes certaines d'efficacité et de bien-être collectif à court terme.

Par ailleurs, la dimension géographique des marchés doit être bien prise en considération. Si réduire la taille d'une entreprise aboutit à la rendre plus petite que ses homologues étrangères, il n'est pas sûr que la réduction de taille ou le désinvestissement soient réellement efficaces.

Il nous semble donc que les sanctions aboutissant au démantèlement d'entreprise ne peuvent être qu'exceptionnelles : l'expérience américaine en atteste. Mais dispose-t-on réellement en Europe d'entreprises dont la puissance puisse être comparée à celle d'un A.T.T. ou d'un Microsoft sur leur marché respectif ?

### En guise de conclusion...

Ce bref exposé sur une approche économique de l'efficacité de la répression en matière concurrentielle montre que les textes juridiques ont de toute évidence intégré certains principes de base quant à la

rationalité et au calcul des sanctions.

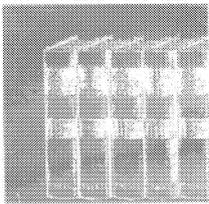
Dans l'univers théorique dans lequel nous avons situé cet exposé, les principes économiques et les modalités de calcul associées des sanctions semblent évidents et simples. Nous avons néanmoins pris soin de pointer, aux détours des raisonnements, les difficultés à transposer ces principes théoriques en règles applicables concrètement aux acteurs concernés. Dans ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, la théorie économique, par son caractère très normatif, sait montrer l'objectif à atteindre, toutefois elle n'est pas nécessairement efficace pour indiquer le chemin à suivre pour y aboutir...

L'écart observable entre les quelques principes économiques mis en avant dans cet exposé et les textes juridiques en vigueur s'agissant des sanctions en matière concurrentielle relève nous semble-t-il plus de cette explication que d'une ignorance ou d'une volonté du législateur de ne pas rechercher la répression efficace en matière concurrentielle.

Il n'en demeure pas moins que certaines réflexions économiques pourraient trouver plus d'écho dans les textes juridiques : garanties quant aux dommages versés aux victimes, rémunération de la dénonciation, action directe sur les structures de marché et la taille des entreprises, etc..

Significativement, les États-Unis, qui disposent d'une expérience beaucoup plus longue et beaucoup plus riche en matière de concurrence que les pays européens, ont su intégrer des dispositions répondant à ces questions. Une version euro-

péenne de ces dispositions serait sans doute un moyen utile d'accroître l'efficacité répressive des décisions en matière concurrentielle dans le seul but de dissuader les entreprises de recourir à de telles pratiques.



## L'EFFICACITÉ CURATIVE DES DÉCISIONS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Notre travail quotidien en tant qu'avocat est de convaincre les autorités de concurrence, nationales ou communautaires de l'absence d'atteinte à la concurrence. Pourtant, étudier l'efficacité curative des décisions en matière de concurrence, c'est aussi, exception à la règle, admettre le mal (au moins sous toutes réserves et par hypothèse de travail).

Les décisions en matière d'ententes ayant déjà été analysées dans l'exposé de M. le Rapporteur Général, nous nous cantonnerons à l'étude des décisions en matière de contrôle des concentrations. Il y a peu d'enseignement à tirer des décisions simplement positives d'autorisation, où il n'existe pas de mal à traiter, ainsi que des décisions négatives d'interdiction, pour lesquelles on ne saura pas si le remède a été pire que le mal, puisque le docteur a tué le malade. Nous nous concentrerons donc sur l'efficacité des « remèdes », c'est-à-dire des engagements et charges imposés aux parties et conditionnant l'autorisation (et donc la mise en œuvre) de l'opération de concentration.

Ainsi précisés les contours de notre propos, il reste à définir ce qu'il faut entendre par curatif en matière de remède à un projet de concentration incompatible, en l'état, avec le droit de la concurrence. Nous n'envisagerons que l'hypothèse d'un contrôle qui prévoit un traitement *ex ante* des concentrations, par le biais d'un système de notification obligatoire, prévu aux États-Unis depuis 1976 et, en Europe, depuis l'entrée en vigueur du Règlement communautaire en 1990. Un remède sera curatif s'il permet soit de diminuer le niveau de concentration de

l'offre de façon durable, soit de créer un contrepois face à la nouvelle entité émergeant de la concentration. Plusieurs types de remèdes sont utilisés, selon le marché en cause, l'organisation des parties, les types d'atteinte à la concurrence : des engagements dits structurels, contractuels ou encore comportementaux. Ces derniers font figure de solution complémentaire ou de secours, lorsqu'une action sur la structure même du marché en cause est impraticable, tant ils sont difficiles et coûteux à mettre en œuvre et bien moins efficaces.

Nous partirons d'un constat très positif : nous savons que les remèdes marchent. Ce constat se fonde sur une étude exhaustive menée aux États-Unis et sur un bilan plus intuitif au niveau européen.

### 1. Le cas des États-Unis

La Federal Trade Commission (F.T.C.) a publié en août 1999 un rapport intitulé : « A Study of the Commission's Divestiture Process », résultat d'une étude de toutes les décisions de désinvestissement rendues entre 1990 et 1994 par l'autorité de contrôle américaine. Ce rapport analyse les facteurs de réussite des désinvestissements et formule quelques recommandations pour assurer une plus grande efficacité des décisions futures.

Les conclusions de ce rapport sont intéressantes : une large majorité des désinvestissements ordonnés par la F.T.C. ont été des succès. Ils ont permis de maintenir, et parfois même de renforcer, le niveau de concurrence sur les marchés en cause en créant

des concurrents viables, en augmentant les volumes de production, en maintenant ou diminuant le niveau des prix ou en introduisant de nouveaux produits.

Ainsi, 75 % des désinvestissements analysés se sont avérés être des succès, créant des opérateurs viables sur le marché en cause. La taille ou l'organisation de l'entité cédée est une condition majeure du succès de l'opération. En effet, il est intéressant de noter que le taux de réussite s'élève à 86 % pour la cession d'une branche complète d'activité, alors qu'il n'est que de 60 % pour les ventes d'actifs isolés.

La F.T.C. s'est aussi intéressée aux causes d'échec des autres décisions. Deux raisons principales émergent de leur étude, tenant à la situation de l'acquéreur et au comportement du vendeur.

Une première cause d'échec tient au déficit informationnel que supporte l'acquéreur, non seulement au moment de l'achat (quant au type d'actifs nécessaires au bon fonctionnement de l'activité ou à leur qualité), mais surtout dans la gestion de sa nouvelle acquisition, en termes de savoir-faire et de courbe d'apprentissage. Ce déséquilibre s'exprime lors de la négociation dans les conditions, notamment financières, que le vendeur parvient à imposer, aidé en cela par l'effet pervers des enchères auxquelles se livrent parfois les parties intéressées.

L'acquéreur doit également faire face à de nombreux désavantages structurels qui affaiblissent son pouvoir de marché, comme la perte des économies d'échelle et d'envergure délogées par l'entité cédée (ce risque étant réduit en cas d'acquisition d'une branche complète

d'activité) ou encore la relation de dépendance vis-à-vis du vendeur qui peut naître de contraintes d'approvisionnement.

Certains comportements stratégiques des vendeurs, qui d'après la F.T.C. tentent d'éviter la naissance d'un concurrent puissant, empêchent aussi la réussite du désinvestissement, en s'attachant au potentiel concurrentiel des actifs cédés de trois façons. Ils s'attachent souvent à définir le plus étroitement possible l'objet de l'engagement de cession qui, comme nous l'avons vu, conditionne souvent sa réussite, ou proposent à la F.T.C. des acquéreurs au faible potentiel concurrentiel. Il arriverait aussi que le vendeur instaure une coopération avec l'acquéreur, notamment s'ils sont liés par des licences de propriété intellectuelle ou des contrats d'approvisionnement, de manière à garder une influence voire un contrôle sur les actifs cédés et empêcher l'acquéreur de développer librement son activité. Ce type de comportement est un obstacle sur le plan concurrentiel dans 78 % des cas.

Sur la base de ces conclusions, la F.T.C. a présenté les lignes directrices sur lesquelles elle entend fonder ses futures analyses en matière de désinvestissement. Celles-ci sont principalement axées sur le rééquilibrage du déficit informationnel et la mise en place de systèmes internes d'incitation des vendeurs.

Pour faciliter la réussite commerciale de l'acquéreur après son acquisition, la F.T.C. souhaite avant tout assurer sa pleine information en lui donnant le temps nécessaire à des audits approfondis afin d'analyser son niveau d'engagement et ses capacités, notamment financières, par le

biais d'un plan d'affaires (*business plan*) détaillé. La F.T.C. entend également faciliter le transfert du savoir-faire du vendeur à l'acquéreur en garantissant à ce dernier un droit au transfert de technologies, à une assistance technique et au transfert d'employés qualifiés.

La F.T.C. cherche à combattre l'instinct naturel du vendeur qui le pousse à rechercher un futur adversaire inefficace par des incitations pécuniaires : elle propose par exemple la cession obligatoire, par le vendeur, d'actifs stratégiques plus larges que ceux qui sont strictement nécessaires pour résoudre le problème concurrentiel posé (les « joyaux de la couronne ») dans le cas où le vendeur ne réussit pas, dans le temps et les conditions voulues, à réaliser le désinvestissement minimum nécessaire, ou encore des clauses d'indemnisation dans les contrats d'approvisionnement entre vendeur et acquéreur pour prévenir toute tentative de mauvaise exécution. La F.T.C. recommande surtout de nommer un auditeur indépendant (*auditor trustee*) qui, grâce à son savoir technique et son accès illimité à l'information de la part des deux parties, saura mieux qu'elle surveiller le déroulement des négociations et arbitrer les éventuels conflits, permettant ainsi de compenser le déséquilibre informationnel dont pâtit l'acquéreur.

La F.T.C. nous indique que la procédure doit, elle aussi, être améliorée. Cela passe par la réduction de la période de désinvestissement qui, de douze mois habituels, était passée à quinze, et doit maintenant se limiter à six mois. La F.T.C. insiste aussi sur une identification « par avance » d'un acquéreur potentiel (pendant l'analyse

de compatibilité du projet de concentration), ce qui permet d'accélérer le processus de désinvestissement et d'éviter ainsi une diminution de la valeur des biens cédés.

Ce travail d'évaluation global mené par la F.T.C. n'a pas son équivalent en Europe où le contrôle des concentrations est, il est vrai, beaucoup plus récent et la pratique des remèdes moins réglementée.

## 2. Le cas européen

La même réflexion a cependant été partiellement conduite et les enseignements tirés de la pratique de la Commission européenne et de l'expérience américaine sont traduits dans une proposition de communication sur les remèdes en matière de concentration.

En 1998, la Commission a commandé la réalisation par une équipe de consultants externes d'une évaluation de sa pratique des remèdes en matière de concentrations mais aussi d'ententes et de positions dominantes. Par son ampleur plus limitée et la nature de l'analyse effectuée, cette étude se distingue nettement de l'étude de la F.T.C., quatre opérations de concentration seulement ayant été examinées de manière approfondie et deux seulement prévoyant des engagements de désinvestissement. Le résultat était positif dans les deux cas, dont la célèbre décision Nestlé-Perrier du 22 juillet 1992.

Pour mémoire, il s'agissait du rachat par Nestlé à B.S.N. (aujourd'hui Danone) de la source Perrier, qui devait être suivi par la revente à B.S.N. de la source Volvic. L'analyse de la Commission prévoyait la création d'une position dominante individuelle au profit de Nestlé ou

collective au profit de Nestlé et B.S.N. Afin de prévenir ce risque, la Commission a exigé que soit créé un « troisième pôle », soit par l'entrée sur le marché en cause d'un concurrent viable, soit par l'augmentation de capacité d'un concurrent existant. C'est cette deuxième solution qui a été retenue, et Nestlé a donc cédé à Castel une partie des marques de l'ancien groupe Perrier (notamment Vichy et Thonon) et de sa capacité de production. L'étude a, semble-t-il, conclu au succès de ce désinvestissement, les prix ayant eu tendance à baisser par Castel et d'un retour de la concurrence constaté sur le marché.

L'autre cas est la décision Du Pont/I.C.I. du 30 septembre 1992. L'opération consistait dans le rachat par Du Pont des activités d'I.C.I. dans le secteur du nylon. Sur le marché des fibres de nylon pour tapis, cette opération permettait à Du Pont d'acquiescer une position qualifiée de dominante par la Commission, dans la mesure où la part du marché combinée de Du Pont et d'I.C.I. représentait le double de celle détenue par son plus proche concurrent, et où ces deux entreprises devançaient leurs concurrents en terme de qualité et de développement technologique. Compte tenu de ces éléments et d'autres éléments analysés dans la décision, la Commission a conclu qu'il était raisonnable de penser que la position de Du Pont serait de nature à le mettre en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents et de ses clients notamment.

La Commission s'est alors efforcée d'imposer des engagements susceptibles de mettre une entreprise tierce à même de remplacer partiellement

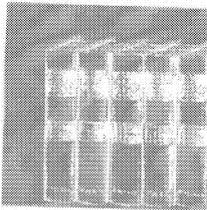
I.C.I. en tant que fournisseur de fibres de nylon grâce à la mise à disposition par Du Pont d'une réserve de capacité de production assortie de transferts de technologie et de savoir-faire. En pratique, ces engagements ont permis de répondre au problème de concurrence identifié lors de la procédure.

La Commission a enfin étudié l'impact de l'opération D.M.V. dans le domaine des tubes en acier inox où l'analyse des parties s'est trouvée, dans ses conclusions, confirmée (absence de désinvestissement).

Fort de son expérience et des enseignements américains, la Commission a publié sur son site internet une proposition de communication sur les engagements en matière de contrôle des concentrations. La Commission distingue deux objectifs en matière d'engagements : dès que cela est possible, l'engagement proposé doit permettre de restaurer la concurrence efficace existant avant la concentration ; sinon, il doit permettre de contrebalancer l'augmentation de pouvoir de marché résultant de la concentration de manière à effacer tout problème de concurrence. La Commission exprime sa préférence pour des remèdes à long terme, au premier rang desquels elle place les désinvestissements qui ne nécessitent aucune mesure de surveillance, contrairement à certaines solutions alternatives qui ne peuvent être envisagées qu'à titre exceptionnel (par exemple, résolution d'accords d'exclusivité, accès aux infrastructures et aux technologies). Si elle affirme aussi la nécessité de mettre en œuvre rapidement les engagements, elle ne s'engage pour le moment sur aucune durée maximum.

La Commission donne également quelques indications sur les conditions qu'elle considère propices à un désinvestissement réussi. L'acquéreur (approuvé par la Commission) doit ainsi satisfaire un certain nombre de « standards » : être un concurrent, actuel ou potentiel, viable, indépendant et possédant les ressources financières et l'expertise nécessaires au développement de l'activité cédée, qui sera de préférence une branche complète d'activité plutôt que des actifs isolés. La Commission préconise aussi la mise en place d'une protection « intérimaire » de l'activité cédée pendant la période de désinvestissement afin de garantir son indépendance et sa viabilité économique et concurrentielle. Le recours à un tiers indépendant des parties (*trustee*) est enfin le plus souvent imposé afin de superviser voire d'assurer, aux noms des parties, la mise en œuvre des engagements. Les ressemblances avec les recommandations de la F.T.C. suite à son rapport sont frappantes, même si le travail d'évaluation et de suivi au niveau communautaire n'a pas encore atteint le même stade de maturité (il n'y a pas de « bureau des remèdes » au sein de la D.G. compétente).

La F.T.C. et la Commission européenne semblent donc prêtes à faire face à la vague actuelle de concentrations qui suscite des propositions de désinvestissement de plus en plus complexes et sophistiquées. Le rôle des parties reste toutefois primordial et conditionne pour beaucoup l'efficacité des remèdes en matière de concentrations.



# L'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS DANS L'ESPACE

LAURENCE IDOT

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

1. À une époque où l'on ne cesse de parler de globalisation, de mondialisation, il paraît indispensable de s'interroger sur l'efficacité dans l'espace des décisions en matière de concurrence.

Mais à titre préliminaire, il est nécessaire d'apporter quelques précisions sur la signification des termes. Si l'on se reporte à la terminologie proposée par M.-A. Frison-Roche (1), dans les relations internationales, efficacité est avant tout synonyme d'effectivité. Quant au mot « décisions » en droit de la concurrence, il peut être utilisé dans un sens large ou dans un sens étroit suivant que l'on raisonne par rapport à toutes les instances susceptibles d'appliquer le droit de la concurrence ou uniquement par rapport aux autorités spécialisées. En matière de contrôle des concentrations, ces dernières sont les seules à détenir le pouvoir de décision, mais il n'en est pas de même en droit des pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où les juridictions de droit commun, tant étatiques qu'arbitrales, jouent un rôle non négligeable, puisqu'elles sont les seules habilitées à tirer les conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle.

2. Si, dans une conception large des « décisions », sont englobés les jugements et arrêts, voire les sentences, émanant de ces juridictions de droit commun, force est de constater que la question de l'efficacité dans l'espace ne soulève pas pour ces derniers de difficultés spécifiques. D'une part, les jugements et arrêts émanant des juridictions civiles et commerciales, les sentences arbitrales, peuvent être reconnus

et exécutés dans un État autre que celui où ils ont été rendus, sous réserve de respecter la procédure bien connue en droit international privé de l'exequatur. D'autre part, le régime de l'exequatur n'obéit pas à des conditions spécifiques en droit de la concurrence.

Pour les jugements et arrêts, seront par conséquent applicables dans les rapports intra-communautaires et à l'intérieur de l'E.E.E. les conventions de Bruxelles ou de Lugano (2), dans les rapports avec des États tiers, d'éventuelles conventions bilatérales et, en l'absence de convention, les règles de droit commun telles qu'élaborées par la jurisprudence de la Cour de cassation (3). C'est également une procédure d'exequatur qui sera applicable aux sentences arbitrales, la Convention de New York de 1958 étant très souvent en Europe écartée au profit d'un droit national plus favorable, comme c'est le cas en particulier en France (4).

La seule réserve à apporter concerne les jugements et arrêts émanant de juridictions administratives (5) pour lesquels ces procédures d'exequatur n'existent pas. Toutefois, en raison des hypothèses dans lesquelles ces juridictions interviennent, la question de l'efficacité de leurs décisions hors du territoire national ne se pose pas en pratique.

3. Les données sont quelque peu différentes pour les décisions au sens strict qui émanent des autorités spécialisées, lesquelles sont toujours en Europe des autorités administratives. La portée de ces décisions est par nature limitée au territoire national ou, pour la Commis-

sion, communautaire (6) et les conventions précédemment évoquées ne trouvent pas à s'appliquer (7). Or, à une époque où les entreprises développent leurs activités sur de multiples marchés, il est à craindre que la portée territoriale limitée de ces décisions mette en cause l'efficacité du contrôle.

4. En pratique, l'efficacité du contrôle dans l'espace dépend en premier lieu de la possibilité qu'a l'autorité d'appliquer son droit à des situations qui débordent le cadre de son territoire, qui présentent des éléments d'extranéité. En amont, l'efficacité est liée au champ d'application territorial de la règle, à l'étendue de la revendication de compétence de la norme, à la compétence législative, ce qui correspond à ce que les anglo-saxons résument sous la formule « jurisdiction to prescribe ».

Mais l'efficacité de la décision va dépendre en second lieu de la possibilité qu'a l'autorité spécialisée de mettre en œuvre effectivement le contrôle, d'exercer sa compétence dite d'exécution. C'est alors la « jurisdiction to enforce » qui est en cause.

5. Il ne paraît pas nécessaire d'approfondir le premier aspect, le préalable, d'une part parce que les données sont bien connues, d'autre part, parce qu'il n'y a pas eu d'évolution significative (8). Tous les droits de la concurrence, et cela est vrai tant en droit français que communautaire, utilisent le même élément de rattachement pour déterminer leur champ d'application dans l'espace, la localisation de l'effet anticoncurrentiel sur le marché. Ce critère particulièrement souple est incontestablement de nature à contribuer à l'effica-

(1) V. supra, rapport introductif.

(2) V. not., indépendamment des ouvrages de droit international privé, H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano — Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1996.

(3) Sur tous ces points, *Encycl. Dalloz Droit international ; Jur.-Cl. Droit international*.

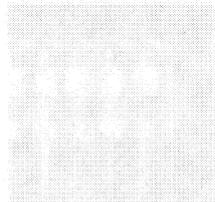
(4) V. not., B. Goldman, Ph. Fouchard, E. Gaillard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

(5) Les solutions sont identiques dans l'hypothèse où des juridictions pénales interviennent, comme c'est le cas en France, pour les pratiques restrictives pénalement sanctionnées du titre IV de l'ordonnance.

(6) Sur la consistance du territoire communautaire, v. A. Rigaux, *V<sup>o</sup> Territoire in Encycl. Dalloz Droit communautaire*.

(7) Pour un rappel de cette évidence, décembre 1992, D. 68 du Conseil de la concurrence, 6<sup>e</sup> rapport pour l'année 1992, annexe 75.

(8) La littérature anglo-saxonne est pléthorique sur ce thème ; en français, L. Idot, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse Paris II, 1981, 2 vol. ; E. Friedel-Souchu, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, Paris, L.G.D.J., 1994, coll. bibl. de droit international, t. 109. Pour une synthèse récente, L. Idot, *L'internationalisation du droit de la concurrence*, in colloque de Lyon, 15 octobre 1999, *Cah. dr. int.* 2000, n<sup>o</sup> 3.



## L'EFFICACITÉ DES DÉCISIONS

L'efficacité des décisions dans l'espace communautaire

est, communautaire (1) et les conventions préétablies entre États de l'Union européenne (2). Or, la notion de territoire est en fait une fiction juridique qui ne correspond pas à la réalité géographique. Les frontières nationales sont en fait des lignes imaginaires qui ne sont pas toujours respectées. Il est à craindre que la notion de territoire limitée de ces décisions mène en cause l'efficacité du contrôle.

En fait, l'efficacité du contrôle dans l'espace communautaire dépend en premier lieu de la possibilité pour l'autorité compétente de déterminer le territoire sur lequel le contrôle de son territoire, par conséquent, est exercé. L'efficacité du contrôle dépend donc de la portée de son territoire. L'efficacité du contrôle dépend donc de la portée de son territoire. L'efficacité du contrôle dépend donc de la portée de son territoire.

- (9) V. not., en français, E. Friedel-Souchu, préc., sp. n° 66-67.
- (10) C.J.C.E., 27 septembre 1988, aff. jointes 89, 104, 116, 117, 125 à 129/85, Rec., p. 5193, R.T.D.Eur., 1989, 341, note L. Idot, J.D.I., 1989, 432, obs. M.-A. Hermite.
- (11) V. par ex., décembre 1997, D. 01, Les Tonneleries de Bourgogne, 11<sup>e</sup> rapport pour l'année 1997, annexe 8 ; décembre 1997, D. 37, Tekimex, 11<sup>e</sup> rapport, préc., annexe 44 ; décembre 1998, D. 24, 12<sup>e</sup> rapport pour l'année 1998, annexe 31 ; décembre 1999, D. 52, B.O.C.C.R.F. n° 17 du 14 octobre 1999.
- (12) L. Idot, V<sup>o</sup> Concentrations, Encycl. Dalloz Droit communautaire, sp. n° 67 pour des exemples en droit communautaire, et n° 70 pour des exemples en droit français.
- (13) T.P.I., 11 mars 1999, Gencor, aff. T. 202/96, Rec., p. II-753 ; addé, L. Idot, Le Tribunal et le contrôle des concentrations : à propos des arrêts Gencor et Generali de mars 1999, Europe, mai 1999, chron. 6, sp. n° 12 et s.
- (14) La portée du contrôle peut être variable suivant que la notion de groupe est, ou non, prise en considération.
- (15) V. not., Le contrôle..., préc., t. I, sp. n° 431 et s.
- (16) V. not., la bibliographie citée in Le contrôle...
- (17) C'est, en effet, l'un des apports majeurs de la réforme engagée à la suite du Livre blanc de la Commission sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 C.E. de juin 1999.

ité des décisions puisqu'il permet d'appréhender un grand nombre de situations. Deux brèves observations peuvent néanmoins être faites.

Première observation : les autorités de concurrence peuvent avoir une conception plus ou moins large de ce critère a priori identique. Les autorités américaines ont, c'est bien connu, une conception plus souple du critère tout simplement parce qu'il suffit que le commerce extérieur des États-Unis soit affecté pour que le Sherman Act soit applicable. Sont, en effet, transposés dans les relations internationales les critères de compétence qui sont utilisés pour déterminer la compétence de la législation fédérale. Pour limiter cette revendication de compétence parfois excessive, des modifications ont toutefois été apportées en 1982 par le Foreign Trade Antitrust Improvements Act (9). En Europe, l'approche a toujours été plus restrictive en raison non seulement de la formulation même des textes qui ne visent que les effets sur le marché intérieur et non sur le commerce extérieur, mais également de l'attitude des autorités de concurrence. En matière de pratiques anticoncurrentielles, la Cour de justice a été réticente à se contenter de la seule localisation des effets sur le marché commun, comme l'a illustré l'arrêt Pâte de Bois en septembre 1988 (10). Une même attitude réservée peut être constatée dans la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence (11).

Deuxième observation : le développement du contrôle des concentrations a quelque peu modifié l'analyse traditionnelle dans la mesure où

tous les contrôles sont subordonnés au franchissement de seuils, qui ne font que confirmer et renforcer l'existence d'effets potentiels sur le marché visé. Qu'ils soient exprimés en chiffre d'affaires ou en parts de marché, ces seuils ont toujours un lien direct avec le territoire de l'autorité de contrôle. Les règles sont applicables dès lors que les seuils sont franchis indépendamment de la nationalité des entreprises en cause. Les exemples sont nombreux tant dans la pratique communautaire que française (12). En mars 1999, dans l'arrêt Gencor-Lonhro, le Tribunal de première instance a admis la légitimité du procédé au regard des principes de droit international public (13). On notera seulement que la portée extra-territoriale du contrôle peut dépendre de la manière dont sont calculés les seuils et définies les entreprises concernées par l'opération de concentration (14).

6. En termes d'efficacité, les difficultés ne se situent pas à ce niveau mais au second stade du raisonnement. La règle peut être applicable ; encore faut-il la mettre en œuvre, en particulier dans l'hypothèse où l'une des entreprises en cause est étrangère par rapport à l'autorité de contrôle. C'est une question classique qui se pose dans tous les systèmes juridiques et qui doit être résolue par rapport aux principes de droit international. La réponse est universelle : l'on se heurte à la territorialité du pouvoir de contrainte, à la territorialité de l'imperium (15).

S'interroger sur l'efficacité dans l'espace conduit par conséquent à essayer de répondre à deux questions. En l'état actuel, le principe de territorialité est-il réellement

un obstacle à l'efficacité des décisions des autorités de concurrence (I) ? Quels sont les moyens dont nous disposons pour lever les éventuelles difficultés rencontrées (II) ?

## I. La réalité des obstacles

7. La mise en œuvre des droits de la concurrence dans les échanges internationaux est dominée depuis toujours par une distinction traditionnelle entre *jurisdictio* et *imperium*, entre le pouvoir de dire le droit et le pouvoir d'appliquer effectivement la mesure sous contrainte, qui a donné lieu à une littérature abondante parmi les internationalistes (16). En réalité, les difficultés ne sont pas aussi importantes qu'on le pense de prime abord et pas exactement de même nature suivant que l'on raisonne sur le droit des pratiques anticoncurrentielles ou sur le contrôle des concentrations.

Il n'en demeure pas moins que la territorialité du pouvoir de contrainte peut affecter l'efficacité de la décision de deux manières : en amont, elle limite les pouvoirs d'investigation de l'autorité de contrôle et par là même conditionne le principe et le contenu de la décision (A) ; en aval, elle peut mettre en échec son exécution (B).

### A. Les obstacles en amont

8. Ils sont plus importants en droit des pratiques anticoncurrentielles, où hormis le cas particulier des notifications à fin d'exemption en droit communautaire, système condamné à terme (17), le contrôle intervient *ex post* (1.), qu'en matière de contrôle des concentrations, où le contrôle est essentiellement *ex ante*, le projet de loi sur les régula-

tions économiques alignant le système français sur les autres droits (2.).

### 1. Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

9. Dans les contrôles *ex post*, la territorialité du pouvoir de contrainte prend toute sa portée dès le stade de l'enquête et de l'instruction. Les autorités de contrôle ne peuvent recourir aux moyens d'investigation qui leur sont reconnus par la loi, enquêtes ou vérifications, que sur leur territoire (18). Les règles de droit communautaire illustrent parfaitement l'emprise très forte du principe de territorialité puisqu'en cas de résistance de l'entreprise, les agents de la Commission sont obligés de demander l'assistance des autorités nationales (19).

10. Cela étant, les autorités de contrôle ne sont pas dépourvues de toute emprise sur les entreprises qui ne sont pas implantées sur leur territoire. En premier lieu, il existe de multiples autres sources d'informations et en particulier celles transmises par les tiers, les plaignants. En second lieu, si elles ne peuvent enquêter sur place, aucun principe de droit international ne les empêche de demander des renseignements aux entreprises suspectées de pratiques anticoncurrentielles. La Commission utilise de manière courante ce procédé, dont on estime qu'il relève de la *jurisdictio*, ce qui a pour conséquence pratique qu'il n'est pas contestable en tant que tel, l'entreprise sollicitée étant libre ou non de répondre (20). Elle l'utilise encore plus systématiquement en matière de contrôle des concentrations.

### 2. Le contrôle des concentrations

11. Le contrôle des concentrations a quelque peu modifié l'analyse traditionnelle. Ces contrôles sont, en effet, fondés sur des notifications à l'occasion desquelles les entreprises fournissent les masses d'information nécessaires à la prise de décision. Les notifications, même provenant d'entreprises étrangères, sont opérées de manière volontaire, la première tâche du conseil dans les opérations de grande envergure étant de vérifier quels sont les contrôles applicables et les notifications à effectuer. Certes, le défaut de notification, de même que la fourniture de renseignements inexacts ou incomplets, ne sont pas à exclure, mais il est rare que les entreprises prennent de tels risques, car elles savent qu'elles s'exposent à des sanctions (21) et risquent de se voir fermer l'accès au marché.

12. En tout état de cause, seule l'exécution d'une décision qui infligerait des amendes pour défaut de notification ou fourniture de renseignements inexacts serait affectée par la territorialité du pouvoir de contrainte. Les données ne seraient alors pas différentes de celles que l'on rencontre pour l'exécution de la décision principale.

### B. Les obstacles en aval

13. Toute décision en matière de concurrence a une portée limitée au territoire de l'autorité qui l'a adoptée, mais là encore, le développement des contrôles des concentrations a modifié les raisonnements habituels.

### 1. En matière de pratiques anticoncurrentielles

14. Les décisions qui prononcent des non-lieux, quel qu'en soit le motif, ou les décisions d'exemption en droit communautaire ne soulèvent pas de problèmes particulier au regard du droit international. La question de l'efficacité dans l'espace ne se pose que pour les décisions d'interdiction, moins pour la constatation de l'infraction qui relève là encore de la *jurisdictio* (22) que pour les sanctions qui accompagnent le plus souvent ce constat.

15. Pour les amendes, une distinction est traditionnellement opérée entre l'infliction de l'amende et son recouvrement. En effet, le pouvoir d'infliger l'amende relève également de la *jurisdictio*. En revanche, les mesures de recouvrement forcé ne peuvent intervenir que sur le territoire de l'autorité de contrôle (23).

Malgré cette limite territoriale évidente, force est de constater qu'il n'y a jamais eu de difficulté pratique, du moins en Europe, et que les entreprises extérieures ont toujours acquitté les amendes qui leur étaient infligées. Une précaution parfois utilisée par l'autorité de contrôle (du moins par la Commission) consiste néanmoins à prévoir une condamnation solidaire avec une entreprise communautaire (24).

16. Les difficultés sont plus importantes pour les injonctions, qui sont le plus souvent assorties d'astreintes précisément pour être efficaces (25). Il faut toutefois distinguer entre les injonctions de ne pas faire et les injonctions de faire.

Les injonctions de ne pas faire sont en général limitées au territoire de l'autorité de

(18) V. not., *Le contrôle...*, préc., t. I, sp. n° 436 et s.

(19) V. not. M.-C. Boutard-Labarde, *Enquêtes en vue de l'application des articles 85 et 86 C.E.E.*, Paris, F.E.D.U.C.I., 1992.

(20) V. not., *Le contrôle...*, préc., t. I, sp. n° 457 et s.

(21) V. par ex., en droit communautaire, les décisions de la Commission A.P. Moller (10 février 1999, J.O.C.E. n° L. 183 du 16 juillet 1999) et Samsung (16 juillet 1999, J.O.C.E. n° L. 225 du 26 août 1999).

(22) V. not., *Le contrôle...*, préc., t. I, sp. n° 512 et s.

(23) V. not., *Le contrôle...*, préc., t. I, sp. n° 518 et s.

(24) Cela avait été le cas dans l'affaire Zoja en 1972 (décision de la Commission du 14 décembre 1972, J.O.C.E. n° L. 299 du 31.12.1972).

(25) V. not., *Le contrôle...*, préc., t. I, sp. n° 533 et s.

contrôle et sont exécutées, sous réserve des obstacles que l'autorité de contrôle pourrait rencontrer dans le recouvrement forcé d'une somme infligée à l'issue de la liquidation d'une astreinte.

En revanche, le pouvoir d'ordonner certaines injonctions de faire à des entreprises étrangères a été plus débattu. Il suffit d'évoquer la vieille affaire Zoja en droit communautaire et l'injonction de livraison à l'encontre de la société américaine, laquelle au demeurant a été exécutée (26).

17. Quoi qu'il en soit, l'exécution des injonctions impliquant des actes en dehors du territoire de l'autorité de contrôle pose des problèmes identiques à ceux que l'on rencontre désormais fréquemment en matière de contrôle des concentrations.

## 2. En matière de contrôle des concentrations

18. En ce domaine, les données sont quelque peu différentes, car l'on est alors en présence de contrôles ex ante et l'objectif des entreprises est d'obtenir le « feu vert » pour réaliser l'opération projetée en toute sécurité juridique. Indépendamment des questions classiques qui se posent rarement en cette matière (recouvrement éventuel d'amendes pour non-respect d'une décision d'interdiction), deux difficultés spécifiques apparaissent.

19. Une première caractéristique est due au fait que de nombreuses décisions de compatibilité sont subordonnées au respect des engagements souscrits par les parties. Certains de ces engagements peuvent impliquer l'exécution d'actes ou d'abstentions en dehors du territoire de l'autorité de contrôle,

ce qui soulève une double difficulté (27). La première concerne la licéité de tels engagements à portée extra-territoriale. L'hypothèse n'est pas d'école ; l'on pense en particulier à la décision Boeing/Mac Donnell (28) et à la question de l'abandon des contrats d'exclusivité conclu par Boeing avec certaines compagnies aériennes américaines. La seconde difficulté est relative à la surveillance de l'exécution de tels engagements. L'autorité de contrôle peut imposer des obligations de rendre compte, mais il est possible de s'interroger sur ses moyens dans l'hypothèse où ils ne sont pas exécutés. La révocation de la décision, sanction normale (29), pourra-t-elle avoir lieu alors que l'opération est déjà réalisée à l'étranger ?

20. C'est précisément la difficulté d'intervenir a posteriori qui explique le caractère préalable du contrôle des concentrations, ce qui illustre la deuxième spécificité de la matière. Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, la décision d'interdiction vise un comportement. Il est donc tout à fait possible d'envisager une application distributive des différentes règles nationales. Un même comportement peut être toléré dans un pays et interdit dans un autre. En revanche, une telle application distributive est souvent difficile à mettre en œuvre en matière de concentrations.

Cela pose le problème de la portée des décisions d'interdiction dans le cas de méga-fusions. La décision la plus sévère l'emporte nécessairement sur les autres. En pratique, une seule décision d'interdiction peut remettre en cause une opération qui a par ailleurs obtenu le « feu vert ». Plusieurs exemples peuvent être cités en droit

communautaire. Ainsi, dans l'affaire Gencor-Lonhro (30) concernant une concentration intervenant entre deux entreprises sud-africaines et autorisée par les autorités sud-africaines, la décision d'interdiction de la Commission a empêché la réalisation de l'opération. À l'inverse, dans la récente affaire Air Liquide/B.O.C., la Commission a donné son feu vert, mais les parties ont renoncé à l'opération faute de pouvoir obtenir l'accord des autorités américaines à des conditions jugées satisfaisantes.

21. Ces quelques exemples illustrent bien la portée des obstacles territoriaux à l'efficacité des décisions. Comment dès lors les éliminer ou à tout le moins les réduire ?

## II. La levée des obstacles

22. Il est possible d'écarter d'emblée la solution qui consisterait en une application extra-territoriale de la législation. Bien que couramment utilisée, l'expression est juridiquement erronée. En effet, soit l'on raisonne sur la compétence législative, et les chefs de compétence ne pourront être fondés que sur des critères de nature territoriale, interprétés il est vrai de manière plus ou moins large ; soit l'on raisonne sur la compétence d'exécution, et l'on se heurtera nécessairement à la territorialité du pouvoir de contrainte.

Les solutions se trouvent ailleurs. Elles consistent soit à élaborer une législation supranationale (A), soit à développer la coopération internationale entre autorités de concurrence (B).

(26) C.J.C.E., 6 mars 1974, aff. 6 et 7/73, Rec., p. 223.

(27) L. Idot, *Les engagements en droit de la concurrence*, Rev. conc. cons., Droits et marchés, 1998 n° 106, et Cah. Dr. Eur., 1999, n° 5/6, p. 569, sp. n° 59 et s.

(28) Décision de la Commission du 30 juillet 1997, J.O.C.E. n° L. 336 du 8 décembre 1997.

(29) V. not., *Les engagements...*, Cah. Dr. Eur., préc., sp. n° 70 et s.

(30) Décision de la Commission du 24 avril 1996, J.O.C.E. n° L. 11 du 14 janvier 1997.

## A. L'existence d'une législation supranationale

23. La première solution, législation supranationale est techniquement la plus satisfaisante. Elle est toutefois irréaliste au niveau mondial et ne peut intervenir que dans un cadre géographique limité, l'exemple du droit communautaire étant le plus typique.

La portée territoriale des règles communautaires ne cesse de s'étendre du fait bien sûr des élargissements successifs, mais également en raison de l'insertion systématique de règles reprenant les articles 81 et 82 C.E. dans les divers accords conclus avec des États tiers, accords d'association bien sûr, mais également autres accords de coopération (31).

24. Cela étant, il faut distinguer la portée territoriale de la règle communautaire de l'efficacité dans l'espace de la décision prise en application de la norme communautaire. En effet, tout dépend de l'autorité qui applique la règle communautaire, Commission ou autorité nationale. Tout dépend du point de savoir s'il y a application centralisée ou décentralisée des règles communes. Le système actuel, qui correspond à la première situation, est sur le point d'être abandonné en matière de pratiques anticoncurrentielles.

### 1. Le système actuel : l'application centralisée du droit communautaire

25. Lorsqu'il y a application centralisée par la Commission, la portée de la décision couvre nécessairement l'ensemble du territoire communautaire.

a) 26. L'on sait que c'est la règle en matière de contrôle

des concentrations de dimension communautaire puisque la Commission dispose, en principe, d'une compétence exclusive pour appliquer le règlement 4064/89 (32). Au-delà du territoire communautaire, la portée de la décision s'étend même dans la majorité des hypothèses à l'E.E.E. en application des règles de répartition des compétences prévues dans l'accord sur l'E.E.E. (33).

27. Dans le cas où par dérogation à ce principe, il y a renvoi en application de l'article 9 du règlement 4064/89 à une autorité nationale, la décision de l'autorité nationale est limitée à ce territoire. En pratique, la situation est toutefois plus complexe, dans la mesure où la Commission ne procède le plus souvent qu'à un renvoi partiel. Il semble alors difficile de dissocier les deux décisions ce qui peut conférer à la décision de l'autorité nationale une portée territoriale plus étendue que le seul marché interne. Toutefois, il faut bien voir que l'intervention de l'autorité nationale se traduira le plus souvent par des engagements supplémentaires, en général de cession d'actifs, qui seront exécutés sur le territoire de cette dernière.

b) 28. En matière de pratiques anticoncurrentielles, du fait de la compétence exclusive dont la Commission dispose pour l'application de l'article 81 § 3 C.E., les décisions d'exemption par ailleurs constitutives couvrent l'ensemble du territoire communautaire. Il en est de même des décisions d'interdiction.

29. En revanche, en l'état actuel, les décisions d'une autorité nationale qui applique le droit communautaire pour interdire la pratique sont limitées au territoire de l'État membre concerné. Il en

est de même du nouveau pouvoir conféré aux autorités nationales, à la suite de la réforme des restrictions verticales, de retirer à certaines conditions le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Il est bien spécifié que le retrait ne produira effet que sur le territoire de l'autorité nationale (34).

30. Par ailleurs, si la Commission et les autorités nationales agissent en liaison constante (35), les échanges d'information sont limités par la jurisprudence A.E.B. (36) et il n'existe pas de relations horizontales institutionnalisées entre les différentes autorités nationales. Ces solutions devraient toutefois être profondément modifiées dans les mois qui viennent à la suite du livre blanc sur la modernisation (37).

### 2. Le système futur : l'application décentralisée des articles 81 et 82 C.E.

31. Dans le futur règlement de procédure, la Commission abandonnera les deux piliers du système actuel d'exemption individuelle, à savoir sa compétence exclusive et la notification préalable obligatoire (38). Non seulement, les autorités nationales pourront continuer à adopter des décisions d'interdiction fondées sur les articles 81 § 1 et 82 C.E., mais elles pourront également prendre des décisions de non-infraction, notamment lorsqu'elles constateront que les conditions de l'article 81 § 3 C.E. sont remplies. Il est également prévu qu'à l'instar de la Commission, elles pourront adopter, comme variante aux décisions d'interdiction, des décisions avec engagements, ce qui est pour le moment impossible

(31) V. sur ce point, L'internationalisation du droit de la concurrence, préc., n° 43 et s.

(32) Article 21.1 du règlement 4064/89.

(33) Article 53, Accord E.E.E.

(34) Règlement (C.E.) n° 2790/1999 de la Commission, J.O.C.E. n° L. 336 du 29 décembre 1999, article 7.

(35) Règlement 17/62, article 10.

(36) C.J.C.E., 16 juillet 1992, aff. C. 67/91, Rec., p. I-4785.

(37) Le livre blanc a fait l'objet de multiples commentaires. On renverra principalement aux travaux du colloque du 26 mai 2000, organisé par les Cahiers de droit européen, à paraître dans cette dernière revue, et à ceux du séminaire organisé par C.D. Ehlermann, dans le cadre du centre Robert Schuman de l'European University Institute de Florence, les 2/3 juin 2000, disponibles sur le site Internet de l'Institut et à paraître. V. égal. C.D. Ehlermann, La modernisation de la politique antitrust de la C.E. : une révolution juridique et culturelle, Rev. droit U.E., 2000/1, p. 13.

(38) Règlement 17/62, article 4.1. Un projet de règlement d'application des articles 81 et 82 du Traité (COM (2000) 582 final), destiné à remplacer le règlement 17/62, a été diffusé par la Commission le 27 septembre 2000.

dans le système français actuel (39).

a) 32. Pour que cette application décentralisée soit efficace, la réforme repose sur la constitution d'un réseau entre la Commission et les diverses autorités nationales, ce qui suppose que toutes les autorités nationales soient habilitées à appliquer les règles communautaires de concurrence. Une étroite collaboration devra s'instaurer tant au niveau vertical, qu'au niveau horizontal.

33. L'un des objectifs du réseau sera de permettre l'allocation des cas à l'autorité la mieux placée pour en traiter, le système de répartition étant fondé notamment sur des critères territoriaux, comme le marché affecté, la localisation des preuves ou encore les effets attendus de la décision.

Parallèlement, pour éviter les procédures parallèles et permettre à l'autorité la mieux placée d'agir, les autorités devront notifier au réseau les actions entreprises et procéder à des échanges d'information.

b) 34. Au-delà de ces principes, un débat s'est instauré au niveau des experts sur la portée territoriale des décisions qui interviendront dans le cadre de ce système décentralisé.

Comme dans le passé, les décisions de la Commission, qu'il s'agisse de décisions d'interdiction ou de décisions avec engagements, auront une portée s'étendant à l'ensemble du territoire communautaire. Il en est de même des décisions de non-infraction.

En revanche, la Commission propose de limiter les effets dans l'espace des décisions des autorités nationales au

seul territoire national conformément à la règle habituelle, sous réserve des effets induits pour les décisions d'interdiction et les décisions avec engagements.

35. La discussion porte essentiellement sur la portée territoriale des décisions de non-infraction. Dans l'hypothèse où l'autorité nationale constatera que les conditions de l'article 81 § 3 C.E. sont remplies, certains réclament un effet communautaire en se prévalant du principe de reconnaissance mutuelle. La Commission semble hostile à une telle solution.

36. On peut y voir une limite à l'efficacité dans l'espace dans la décision. Cela n'est pas certain, car toutes ces solutions sont liées au fonctionnement d'un réseau entre les autorités nationales et la Commission. Il s'agit donc d'une application véritablement décentralisée de règles communes et non d'une simple coopération comme on la connaît au niveau international.

## B. Le développement de la coopération internationale

37. Cette coopération internationale entre autorités de concurrence est plus ancienne qu'on ne le croit. Qu'elle soit multilatérale au sein de l'O.C.D.E. (40) ou bilatérale, comme par exemple dans le cas des relations C.E./États-Unis (41) ou plus récemment C.E./Canada (42), qu'elle repose sur des instruments contraignants, de véritables accords internationaux ou de simples recommandations, elle ne cesse de se développer (43).

L'importance d'une action concertée en matière de concurrence est désormais reconnue tant au niveau international qu'au niveau

interne. En témoignent notamment les travaux engagés sur ce thème au sein de l'O.M.C., le groupe d'experts proposant l'adoption de principes communs et le développement d'outils de coopération analogues à ceux développés au sein de l'O.C.D.E. depuis plus de trente ans (44). En témoigne également en France le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques. L'article 46 du projet de loi transmis au Sénat prévoit notamment la possibilité pour le Conseil de la concurrence d'échanger des informations avec des autorités étrangères et de conclure des accords de coopération.

38. Plus que le contenu ou les instruments de cette coopération, la question qui nous intéresse ici est celle de savoir dans quelle mesure cette coopération internationale contribue à l'efficacité dans l'espace des décisions en matière de concurrence.

a) 39. L'efficacité peut être accrue en amont du fait des mécanismes de notification et d'échanges d'informations que tous ces instruments prévoient. Même si les échanges sont parfois limités du fait du nécessaire respect de certains principes en matière de confidentialité, ces contacts sont particulièrement utiles en particulier en matière de contrôle des concentrations pour essayer de parvenir à des solutions sinon identiques, du moins convergentes (45). Mais il paraît difficile d'aller plus loin car aucun État n'est prêt à abandonner ses prérogatives dans des domaines jugés sensibles.

b) 40. En revanche, en matière de pratiques anticoncurrentielles, où l'on interdit des comportements jugés nocifs pour la collectivité, un accord

(39) Ces précisions ont été apportées dans des « non papers » non divulgués. V. pour les autorités nationales, article 5 du projet de règlement précité ; pour la Commission, articles 7 à 10.

(40) V. en dernier lieu, O.C.D.E., C (95) 130 final sur les procédures de coopération, et O.C.D.E. (98) 35 final pour une action effective contre les ententes injustifiables.

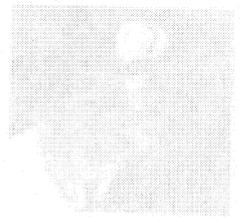
(41) Accord du 23 septembre 1991 repris en annexe à la décision 95/145/C.E./C.E.C.A. du Conseil et de la Commission du 10 avril 1995, J.O.C.E. n° L. 95 du 27 avril 1995 ; ce premier accord est complété par un second accord sur le principe de courtoisie dû active de 1998, en annexe à la décision 98/386/C.E./C.E.C.A. du Conseil et de la Commission du 29 mai 1998, J.O.C.E. n° L. 173 du 18 juin 1998.

(42) En annexe à la décision 1999/445/C.E./C.E.C.A. du Conseil et de la Commission du 29 avril 1999, J.O.C.E. n° L. 175 du 10 juillet 1999.

(43) Pour un bilan récent, v. L'internationalisation du droit de la concurrence, sp. nos 38 et s.

(44) Communication de la Commission du 17 juin 1996, doc. Com. (96) 284 final ; add. P. Arhel, Droit international de la concurrence : s'orienter-t-on vers des négociations ?, Rev. marché commun et Union européenne, 1999.84 et Droit international de la concurrence et coopération multilatérale, Petites Affiches n° 129 du 30 juin 1999.

(45) V. C. Montalcino, in Les engagements en droit de la concurrence, atelier précité du 3 juin 1998, Rev. conc. cons., droits et marchés, n° 106.



sur des principes de répartition des compétences peut être envisagé. C'est ainsi qu'ont été développés les principes de courtoisie passive et plus récemment de courtoisie active. Dans le premier cas, l'autorité de concurrence s'abstient de poursuivre des entreprises s'il s'avère que la mise en œuvre de ces règles risque de porter atteinte à des intérêts fon-

damentaux de l'autre État contractant. Dans le second, l'autorité de concurrence va demander à l'autorité de l'autre État contractant de poursuivre des pratiques anti-concurrentielles à l'encontre desquelles elle ne dispose pas de moyens suffisants pour agir (46).

41. En acceptant ces principes, les États et la Commu-

nauté reconnaissent non seulement que leurs décisions peuvent avoir des effets en dehors de leur territoire respectif, mais également que leur action peut être limitée et qu'une autre autorité est mieux placée pour agir. C'est un progrès sensible en faveur d'une application coordonnée des droits de la concurrence dont on peut espérer qu'elle s'intensifie à l'avenir.

(46) V. not., *L'internationalisation...*, préc., n° 41.

# Petites affiches

vous proposent ...

## LE DROIT DES AFFAIRES AU QUOTIDIEN :

**5 FOIS PAR SEMAINE**, les analyses et les chroniques des meilleurs spécialistes, les arrêts récents les plus importants commentés, l'actualité professionnelle.

+ Les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés.

Et, le lundi, le tableau hebdomadaire des adjudications immobilières.

+ **3 FOIS PAR AN**, les dossiers de l'Europe pour suivre les grands débats de la construction européenne.

**RÉGULIÈREMENT**, à l'occasion d'un événement, un numéro spécial vous permet de faire le point sur une question ou un débat juridique.

## LE CD ROM SEMESTRIEL = STOCKER, RETROUVER, IMPRIMER FACILEMENT :

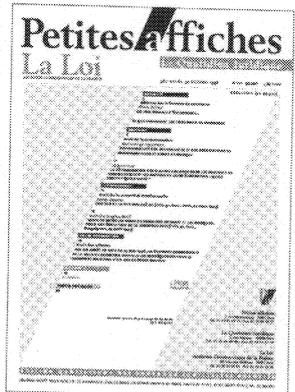
+ Le nouveau CD Rom rassemble les années 1994 à 1999, soit 5 278 articles écrits par près de 2 000 auteurs.

+ De plus, le CD Rom reprend l'ensemble des sommaires de jurisprudence du *Quotidien Juridique* publiés depuis Juillet 1993 jusqu'en Décembre 1998.

+ Le mode de recherche "full-text", et une ergonomie soignée permettent un accès facile et une exploitation fine des informations publiées.

êtes-vous abonné...?

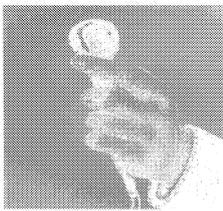
[www.petites-affiches.presse.fr](http://www.petites-affiches.presse.fr) : tous les jours sur internet, le Journal.



PCNH - 09/2000 GRAPHIK & S. DOMANCE

**Petites affiches**  
LES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

SERVICE DIFFUSION : 2, RUE MONTESQUIEU 75001 PARIS  
TÉL.: 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91  
e mail : diffusion@petites-affiches.presse.fr



## DÉBATS

— **Un intervenant** : Il me semblait que la coopération internationale en était au point mort à l'O.M.C. et à l'O.C.D.E. Les problèmes liés au dossier de l'A.M.I. ont entraîné, je crois, des dommages collatéraux. Il me semble aussi que les États-Unis sont devenus plus prudents qu'ils ne l'étaient. De toutes façons, les principes que vous avez exposés concernent plus les abus de position dominante. Je ne pense pas que nous nous orientons vers une plus forte coopération mondiale en matière de fusions.

— **Laurence Idot** : La coopération au sein de l'O.C.D.E. a toujours été importante, même si elle reste difficile à apprécier pour les observateurs extérieurs que nous sommes. S'agissant des travaux en cours, il est clair que la Commission européenne développe cette coopération. Un récent accord de partenariat avec l'Afrique du Sud comporte d'ailleurs des dispositions étoffées en matière de concurrence. On y trouve même le principe de courtoisie active. S'agissant de la seconde partie de votre intervention, il est clair que les données ne sont pas les mêmes dans le domaine du contrôle des concentrations. Seuls les échanges d'informations fonctionnent véritablement. Dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le caractère nocif allant de soi et les interdictions pouvant être appliquées, il est possible de cumuler les interdictions ou de mettre en branle les principes de courtoisie. Cependant, je n'ai pas connaissance d'exemple de courtoisie active.

— **Antoine Winckler** : Indépendamment du cadre juridique, une loi supranationale en matière de concurrence n'est effectivement pas à l'ordre du jour. En revanche, du point de vue pratique, le degré de coopération entre autorités de concurrence, en particulier entre la Commission et les autorités américaines, est élevé. C'est vrai pour les ententes. Nous pouvons prendre l'exemple des systèmes de réservation pour les lignes aériennes, cas dans lequel les États-Unis ont demandé à l'Europe de se saisir de l'affaire et ont laissé la Commission européenne agir. C'est vrai également pour les concentrations. Les praticiens du droit sont régulièrement confrontés à des dossiers dans lesquels la Commission, en cas d'opération des deux côtés de l'Atlantique, demande systématiquement une suspension des dispositions de confidentialité pour permettre aux autorités de procéder à des échanges. Inversement, dans le dossier Boeing-Mac Donnell Douglas, la Commission a décidé, à la suite d'une demande des États-Unis, de ne pas prendre en compte dans son étude concurrentielle les aspects militaires liés au constructeur Mac Donnell Douglas.

— **Noël Diricq** : Je confirme ce qui vient d'être dit. Entre les autorités de concurrence, les échanges ne sont pas rares, y compris pour ce qui est du contrôle des concentrations.

S'agissant de l'O.M.C., il est clair que nous avons pu avoir le sentiment d'un coup d'arrêt après une renaissance du sujet au milieu des années 90. Mais ce coup d'arrêt n'est que relatif. Le ralentissement auquel nous avons assisté n'est pas seulement dû au contexte général, il découle également des approximations propres aux premières tentatives datant des années 1996-1999. Ce chantier de concurrence à l'échelon mondial n'a probablement pas été fondé dans les mêmes termes, par tous et au même moment. Je pense que des espoirs irréalistes ont été entretenus. Les événements de Seattle s'apparentent finalement à une dissipation de mirages. On peut souhaiter que l'O.M.C. renoue avec ces questions, mais sur des bases mieux définies.

— **Un intervenant** : Le montant théorique des sanctions en matière d'entente est de 5 % en droit français (article 13 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986). Le montant moyen se situe plutôt en dessous de 0,5 %. La marge est donc considérable. Dans une conception de droit non théologique, il faut s'en féliciter. Néanmoins, dans le projet sur les nouvelles régulations économiques, le plafond devrait être porté à 10 %. Pour les entreprises étrangères présentes en France, l'assiette ne sera plus limitée au

chiffre d'affaires en France mais au chiffre d'affaires dans le monde. Estimez-vous qu'il existe une corrélation entre la théorie et la pratique ? La modification de la règle aura-t-elle une conséquence mécanique sur le montant moyen des sanctions ? Quid, en définitive, de la diffusion d'un message pédagogique en la matière ?

— **Patrick Hubert** : Si la bonne sanction fondée sur les diverses approches que nous avons les uns et les autres essayé de développer tout à l'heure débouche sur un montant équivalent à 1 % du chiffre d'affaires, il n'y a là rien de scandaleux. Le taux de 5 % n'est pas un objectif en soi. Il n'est qu'un plafond.

Il n'en demeure pas moins que vous avez raison de vous interroger. Le Conseil de la concurrence a certainement connu par le passé une phase pédagogique que j'estime parfaitement réussie. Puis il aborde une phase plus répressive. Le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques peut éventuellement être considéré comme une sorte de message adressé par le législateur à l'autorité de la concurrence pour passer plus franchement de l'une à l'autre. Actuellement, le Conseil de la concurrence réfléchit à ce thème.

À mon sens, les principes pénaux s'appliquant aux sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence, il n'y a pas de rétroactivité possible d'une loi pénale plus sévère. Je ne pense pas que le Conseil puisse sanctionner des pratiques antérieures à la nouvelle loi, à hauteur de 10 % du chiffre d'affaires.

— **Marie-Anne Frison-Roche** : Ces systèmes « auto-observés » pratiquent une pédagogie tout azimut. En effet, je crois que les législateurs veulent adresser un message voire une leçon aux autorités de marchés afin que ces dernières se montrent plus sévères dans les sanctions qu'elles infligent. Nous aurions pu nous inspirer de ce qui se fait dans le domaine financier, domaine dans lequel le principe de proportionnalité n'est pas exactement formulé comme tel, en particulier quant aux sommes encourues. Il me semble qu'il existe un plafond calculé en chiffre d'affaires, mais susceptible d'être dépassé selon le critère du multiple des profits. Cela permet de rapatrier la perspective des surplus dans le problème des plafonds.

De la même façon, je vous rappelle que la loi sur les nouvelles régulations économiques prévoit expressément la récidive. En ce sens, le législateur légitime ce qui a été fait en pratique lors d'affaires d'ententes sur des marchés publics au cours desquels la récidive avait été prise en considération. Des avocats avaient estimé qu'une telle prise en considération n'était pas conforme aux principes généraux de la procédure pénale.

J'ajoute que nous aurions pu souhaiter que le calcul inverse pour le risque de la découverte soit intégré aux principes de proportionnalité. Nous aurions donc pu donner lieu à une palette plus vaste, mais au prix de méthodes multicritères de calcul des sanctions, souvent incertaines.

Enfin, s'agissant de l'obscurité sous laquelle se dissimulent les pratiques anticoncurrentielles, je crois que cela démontre un effet pédagogique. Il n'est pas certain que cela soit un succès pédagogique. Nous sommes dans l'incapacité de déterminer si l'effet pédagogique consiste à faire cesser la pratique condamnée ou à inciter les entreprises délictueuses à se montrer plus retorses. Moins les pratiques sont visibles, plus les entreprises ont acquis l'art de tricher et plus la prise en considération des risques de découverte dans les calculs de proportionnalité devient nécessaire.

— **Laurent Benzoni** : On vient d'évoquer le passage d'un seuil théorique de 5 % à un seuil théorique de 10 %. D'un point de vue économique, cette notion de seuil n'a pas de sens. Le seuil fixé est un seuil « politique ». Le changement de seuil est donc bien un changement politique.

— **Un intervenant** : Hormis quelques cas pathologiques de fraude à la loi, je constate tout de même que le nouveau système suppose des sanctions de l'ordre de 1 pour 1.000, ce qui pédagogiquement ne va pas sans poser problème. En outre, en l'absence

de rétroactivité du fait de l'adoption de principes de droit pénal, peut-on encore parler de plafond dès lors que le plafond de la sanction s'étale de 1 à 1.000 ?

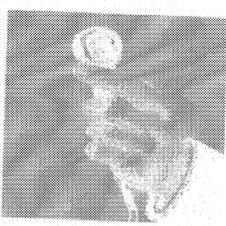
— **Marie-Anne Frison-Roche** : Vous contestez l'effet pédagogique des sanctions. Il faut alors prévoir des procédés pédagogiques cumulés au mécanisme des sanctions, c'est-à-dire prendre acte que, pour de nombreuses raisons, les sanctions n'ont pas d'effet dissuasif. Pallier cela consiste à cumuler les sanctions pécuniaires et à stigmatiser les pratiques frauduleuses. C'est ainsi que cela fonctionne dans le domaine des affaires financières : les autorités stigmatisent les comportements déviants afin de réduire la crédibilité de l'entreprise et l'on revient à un droit pénal d'ancien régime dans lequel on jette l'opprobre de manière publique. On parvient alors à mêler des sanctions pécuniaires limitées et une réelle efficacité de dissuasion.

— **Olivier d'Ormesson, avocat** : Le droit de la concurrence prévoit des sanctions importantes sous forme d'amendes. Toutefois, il me paraît symptomatique que l'on n'ait pas évoqué le caractère dissuasif des dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence. Les Américains, eux, les appliquent avec beaucoup d'efficacité bien que dans un contexte réglementaire différent. En Europe, la Commission comme la Cour de justice poussent les acteurs vers ce système. Or, le bilan dressé par les tribunaux nationaux est consternant. Le total des dommages et intérêts accordés en France pour violation du droit de la concurrence est proprement ridicule. Reconnaissez-vous l'inefficacité des tribunaux dans l'application de ce principe ? Existe-t-il des mesures permettant d'accroître son efficacité ?

— **Un intervenant** : Je ne pense pas que les tribunaux de droit commun soient totalement inefficaces. En revanche, ils manquent incontestablement d'expérience en matière de sanctions de ce type. Un mouvement est en train de se créer avec la re-formulation des règlements communautaires et le projet de loi sur les nouvelles réglementations économiques. L'objectif prioritaire, à savoir la recherche d'une compétence accrue, n'est pas celui que M<sup>e</sup> d'Ormesson souhaite voir mis en œuvre, mais indirectement il se pourrait fort que les dommages et intérêts deviennent enfin une sanction de premier plan.

— **Un intervenant** : Je m'associe à ces propos. Vous savez que le Conseil de la concurrence dispose de l'article 26 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 permettant aux juridictions de l'interroger. Cet instrument est très utilisé par les juges d'instruction, mais quasiment jamais par les tribunaux civils et commerciaux.

Si nous voulions mettre en œuvre la compensation des transferts et la compensation de l'atteinte au bien-être collectif, il faudrait que la première démarche soit prise en charge par des tribunaux identifiant les victimes et les indemnisant. Nous n'en sommes pas là.



## CLÔTURE

**A**pporter une conclusion aux interventions de cette journée me paraît bien ambitieux. Celles-ci ont donné naissance à une profusion de réflexions, d'enseignements et de nouvelles questions. Je ne peux donc tirer comme conclusion autre chose que quelques impressions personnelles. Les orateurs sont parvenus à rendre attrayant un sujet pourtant technique et austère. En effet, réfléchir à l'efficacité du droit implique assez vite que l'on interroge le fondement et la finalité du droit. Cela intéresse naturellement le débat. Mais le résultat tient aussi beaucoup aux efforts de synthèse dont nos intervenants ont su faire preuve. Qu'ils en soient remerciés.

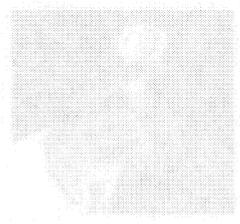
La vision traditionnelle consistant à distinguer efficacité préventive et efficacité curative doit être corrigée. Il manque un troisième terme à l'analyse. Ajoutons donc l'idée d'une efficacité répressive. Elle ne se confond pas avec l'efficacité curative car celle-ci peut être non répressive et parce que l'efficacité répressive ne trouve pas entièrement son intérêt dans l'efficacité curative. Dès lors que sont posés ces différents termes, on clarifie le débat et l'on s'aperçoit que les enjeux auxquels nous sommes confrontés sont d'une acuité inégale. Le défi majeur est en réalité celui de l'efficacité préventive, plus précisément dans une partie du volet préventif.

L'arsenal curatif qui vise à faire disparaître une situation a fait la preuve de son efficacité et de son adaptation. On ne peut pas en dire autant du préventif. Encore faut-il distinguer les différents aspects des mesures préventives. Nous n'avons pas évoqué le régime d'autorisation préalable. Nous n'avons pas évoqué l'action de l'administration du côté des acheteurs publics. Nous n'avons pas montré ce qu'une autorité de la concurrence réagissant rapidement avec des mesures appropriées peut avoir de préventif.

Certes, nous avons davantage insisté sur le caractère structurel de l'action préventive que constitue le contrôle des concentrations. Dans ce domaine, nous visons le perfectionnement de l'outil de contrôle des concentrations. Aux États-Unis, en Europe et en France, pour un coût collectif réduit, cet instrument fonctionne. Il n'est toutefois pas dénué de problèmes. Des améliorations sont à apporter. Nous comptons d'ailleurs améliorer le système français afin que le marché soit mis en situation de se défendre contre la nocivité de certaines opérations de concentration. L'action préventive que constitue ce contrôle n'est cependant pas dénuée d'ambiguïté dans le sens où ses objectifs sont encore un peu flous. J'en veux pour preuve le léger décalage existant entre les objectifs du Traité et ceux de la loi française, c'est-à-dire de l'ordonnance de 1986. Or, l'efficacité se juge en fonction de l'adéquation à tel ou tel objectif. Des mouvements de concentrations importants peuvent être mal appréhendés et poser problème à la collectivité en termes de fonctionnement optimal de l'économie pour peu que le contrôle s'assigne pour seul objectif d'empêcher l'apparition de positions dominantes. L'objectif du contrôle de concentration est-il d'assurer un optimum ou d'éviter les aberrations ? Cela ne revient pas au même.

Mais à mon sens, ce problème n'a pas la même acuité que celui de l'efficacité préventive des mécanismes répressifs. En ce domaine, il nous reste beaucoup de travail à accomplir. Chacun des intervenants, à sa manière, l'a indiqué.

Lorsque l'on aborde le répressif dissuasif, on passe enfin de l'individuel à l'universel, des cas d'espèce à l'économiquement efficace. C'est parce que le répressif a une vertu d'exemplarité qu'il permet de traiter globalement une question économique. Comme on ne peut envisager de traîner tous les opérateurs devant les autorités de concurrence, le répressif doit se montrer exemplaire si l'on souhaite donc que le droit de la concurrence ait vraiment une efficacité au regard de l'ensemble de l'économie.



J'ajoute que la réforme du règlement n° 17 va faire basculer tout un pan des activités de l'autorité de concurrence de l'*ex ante* à l'*ex post* et donc au répressif. Il convient de s'interroger sur ce mouvement.

Parce que le régime de sanctions et son application pratique n'ont pas encore trouvé le « la », nous avons le sentiment que la portée pédagogique du répressif est encore balbutiante. Certes, nous avons appris aux ententes à se sophistiquer et c'est une forme d'efficacité. Nous avons permis aux juristes d'entreprises de développer de nouveaux savoir-faire. A une époque où l'on recherche de la valeur ajoutée, en voilà une indéniable. J'en citerai une autre : nous avons favorisé le respect des droits de l'Homme. En effet, les débuts de l'efficacité répressive du droit de la concurrence ont suscité une réaction intéressante : tout un appareil jurisprudentiel et législatif s'est mis en place, avec l'objectif affiché de défendre les droits de l'homme. Il est d'ailleurs parvenu à bloquer plus d'une procédure.

Mais comme l'a fort bien dit Patrick Hubert, il est certain que les comportements pathologiques ont régressé. L'action du Conseil de la concurrence, venant après celle de la Commission de la concurrence, ont fait reculer des comportements « archaïques et latins » que personne ne regrettera. Il n'empêche que nous sommes encore loin du compte. Dans certains secteurs professionnels, nous savons que lesdits comportements demeurent bien présents. Ce sont d'ailleurs ces secteurs-là qui sont les plus sensibles à la dimension pénale des affaires.

Nous devons souhaiter que les moyens propres au droit de la concurrence développent leurs vertus pédagogiques. C'est l'un des buts que s'est fixés le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques. Avec le dispositif de clémence et les nouveaux systèmes de calcul des amendes, c'est de l'avenir même du système concurrentiel qu'il est question.

**Noël DIRICQ**

Chef du service de la régulation et de la sécurité, D.G.C.C.R.F.