

UNIVERSITE GALATASARAY
Institut des Sciences Sociales
Département de Droit de l'Union Européenne

**Les Aspects Communs et Différents des Droit de la Concurrence
Américain et Européen**

A.Cenk KESKİN

Directeur de Recherche : Doç.Dr.İşıl KARAKAŞ

Mémoire pour l'obtention du DEA du Droit de l'Union Européenne

Septembre, 2003

Université : Université Galatasaray
Institut : Institut des Sciences Sociales
Département : Droit de l'Union Européenne
Programme : Droit de l'Union Européenne
Directeur de recherche : Doç.Dr.İşıl KARAKAŞ
Diplôme sollicité- Date : DEA –Fevrier 2004

ABSTRACT

LES ASPECTS COMMUNS ET DIFFERENTS DES DROIT DE LA CONCURRENCE AMERICAIN ET EUROPEEN

A.Cenk KESKİN

La relation économique entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union Européenne est une des plus importantes mesures de l'économie internationale. Les réformes structurelles aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne vont dans la même direction, mais il n'y a pas de doute que l'Union Européenne accuse un retard par rapport aux Etats-Unis. Ceci est dû à une approche différente quant au rôle du marché, qui trouve ses racines dans une perception différente du rôle social et culturel de l'économie en Europe. Donc il sera utile, de comparer les lois et les systèmes juridiques ainsi que leurs institutions qui régissent la régulation concurrentielle pour apprécier les ressemblances, les différences et le processus de rapprochement progressif qui pourra terminer par un droit de la concurrence internationale unique.

Mots-Clés : Concurrence, monopole, abus de la position dominante, atteinte à la concurrence, concentrations, entente horizontale, entente vertical

Code d'enregistrement :

University : Galatasaray University
Institute : Institute of Social Sciences
Science Program : Public Law
Program : European Union Law
Supervisor : Ass. Prof. Dr.İşıl KARAKAŞ
Degree awarded and date : MA- September 2004

ABSTRACT

COMMON AND DIFFERENT ASPECTS OF AMERICAN AND EUROPEAN COMPETITION LAWS

A.Cenk KESKİN

The economical relation between United States and European Union is one of the most important measures for International Economics. Structural reforms in the United States and European Union goes in the same direction but eventually European Union is delayed comparing to United States. This delay is due to an different approach of market, having its seeds in a different perception of social and cultural aspects of economy in Europe. So it may be useful to compare the law and juridical systems as well as their regulatory institutions for discovering similarities, differences and the processes of harmonization which might end up as an unique international competition law.

Keywords : Competition, monopoly, abuse of dominant position, restraint of commerce, concentrations, vertical agreements, horizontal agreements

Science Code :

Üniversite	: Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Departman	: Kamu Hukuku
Program	: Avrupa Birliği Hukuku
Tez danışmanı	: Doç.Dr.İşıl KARAKAŞ
Tez türü ve tarihi	: Yüksek Lisans- Eylül 2004

ÖZET

AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU İLE AMERİKAN REKABET HUKUKUNUN ORTAK VE FARKLI YANLARI

A.Cenk KESKİN

Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki ekonomik ilişki Uluslararası ekonomik ilişkilerin en önemlilerinde birini oluşturmaktadır. Globalleşmenin bir sonucu olarak her iki tarafta gerçekleştirilen kurumsal reformlar aynı yönde gerçekleşse de Avrupa, Amerika'ya oranla birçok konuda geç kalmıştır . Bunun temelinde yatan neden piyasa ekonomisinin rolü hakkında Avrupa'nın farklı bir soyso-kültürel bakış açısıdır. Uluslararası rekabet hukukunun oluşmasına doğru ilerleyen çağımızda bu iki farklı rekabet hukuku sistemini ve kurumlarının farklı ve benzer yanlarını incelemek bu açıdan önemlidir.

Anahtar kelimeler : Rekabet, tekel, hakim durumun kötüye kullanılması, rekabete aykırılık, yoğunlaşmalar, dikey anlaşmalar, yatay anlaşmalar

Bilim Dalı sayısal kodu :

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE - LES ASPECTS GENERAUX DE DEUX SYSTEMES DU DROIT DE LA CONCURRENCE : LE CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL

Chapitre I – Le droit de la concurrence américaine : Aspects Généraux

Section I- Le chemin vers l'adoption du *Sherman Act*

Section II- Les textes élaborés par le Congrès

Sous-Section I - *Interstate Commerce Act* de 1887

Sous-Section II - *Sherman Act* de 1890

Sous-Section III - *Clayton Act* de 1914

Sous-Section IV - *Federal Trade Commission Act* de 1914

Section III - La conception américaine moderne des ententes

Sous-Section I - La notion

Sous-Section II - La norme de la règle de raison

A - L'atteinte à la concurrence

B - La justification d'efficience

C - La nécessité raisonnable

D - L'effet Net

Sous-Section III - L'illégalité *per se*

Section IV - L'examen des concentrations aux États-Unis

Sous-Section I - Le cadre Institutionnel

Sous-Section II - Le processus d'examen des concentrations

A- Les parties responsables de la notification

B - Les opérations faisant objet de la notification

C - Les opérations exemptées

D - La procédure de notification

E - Les critères d'appréciation

1. La définition du marché pertinent

2. Les effets anti-concurrentiels potentiels

3. Les barrières à l'entrée sur le marché

4. Le critère des gains en efficience

5. « *Failing Firm Defense* »

Sous-Section III – Le champ d’application

Section V- Les Institutions American Antitrust

Sous-Section I - Department of Justice (Executive)

Sous-Section II - Federal Trade Commission (Administrative)

Sous-Section III - La coordination des activités de la FTC et de la division antitrust

Sous-Section IV – Les autres Institutions

Section VI – Les mécanismes du contrôle

Sous-Section I - Les mécanismes du contrôle privé

Sous-Section II - Les mécanismes du contrôle public

A - Poursuite criminelle

B - Dommages-intérêts

C - Injonctions et Ordonnance de dessaisissement

D - Jugement par consentement

E - Ordonnance de cesser et de s’abstenir

F - Sanction civile en cas de désobéissance de cesser et d’abstenir

G - Ordonnance temporaire de ne pas faire ou injonction provisoire obtenu par FTC

Chapitre II – Les règles de droit de la concurrence européenne :

Les règles applicables aux entreprises

Section I - Les ententes

Sous-Section I - La prohibition des ententes entre les entreprises

A- La notion d’entreprise

B - La notion d’entente

1- L’accord

2- La décision d’association d’entreprise

3- La pratique concertée

4- L’évolution récente

Sous-Section II - Les Conditions d’application

A - Affectation de commerce entre les Etats membres

B - Atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché commun

C - Caractère sensible

Sous-Section III - Les dérogations

Section II - L'abus de position dominante

Sous-Section I - Le Principe

Sous-Section II - Les Conditions d'application

A- Le marché en cause

1 - Le marché géographique

2 - Le marché de produit ou de service

3 - Les barrières à l'entrée sur le marché

B - L'existence d'une position dominante

C - L'exploitation abusive

1 - L'abus de comportement

2 - L'abus de structure

Sous-Section III – L'obligation des entreprises de partager les ressources essentielles

Sous-Section IV - L'absence de dérogation

Section III – Les concentrations

Sous-Section I - L'évolution du droit communautaire des concentrations

Sous-Section II - Le champ d'application du règlement

A- La notion d'opération de concentration

1- Fusions

2- Acquisition du contrôle

3- La création d'une entreprise commune

4- Exceptions

B- La dimension communautaire

Sous-Section III – Appréciation des opérations de concentration

A- Détermination du marché en cause

1- Le marché géographique

2 - Le marché de produits en cause

B - L'appréciation de la concentration sur le fond

VIII

- 1- Le concept de position dominante
- 2- L'existence d'une concurrence potentielle
- 3- Les positions dominantes individuelles, collectives ou oligopolistiques
- 4- Entrave significative à une concurrence effective
- 5- La théorie de l'entreprise défaillante
« *Failing firm defense* »

Sous-Section IV - L'évolution récente

Section IV – Les mécanismes du contrôle

Sous-Section I - Les instances Communautaires

- A - La Commission
- B - Le tribunal de Premier Instance
- C - La Cour de Justice

Sous-Section II - Les instances nationales

- A - Les autorités nationales de la concurrence des Etats Membres
- B - Les tribunaux des Etats membres
- C - Coopération internationale

DEUXIEME PARTIE – L'EVALUATION DE DEUX SYSTEMES

Chapitre I – Points Communs

Section I- Art.81 (ex 85) du TCE et Sherman One Violation

Sous-Section I – L'atteinte à la concurrence

Sous-Section II – La concurrence efficace « *workable competition* »

Sous-Section III – La preuve d'une pratique concertée

Section II- Art.82 (ex 86) du TCE et Sherman 2 Claim

Section III- Les politiques de mise en œuvre des sanctions

Sous – Section I – Les politiques de l'Union européenne

- A- La politique de la Commission en matières d'amendes antitrust
- B- La Communication sur les mesures de clémence

Sous – Section II – Les politiques des Etats-Unis

A – Justice Department

B – Federal Trade Commission

Section IV- L'application extraterritoriale

Sous-Section I – Les solutions juridiques

Sous-Section II – Les solutions politiques

Section V- Les critères d'appréciations similaires dans le domaine des fusions et des acquisitions.

Sous – Section I – La divergence terminologique

Sous – Section II – Les méthodes d'analyses similaires

Chapitre II – Points Distincts

Section I- Les approches différentes dans le domaine de "restriction du commerce"

Sous – Section I – Le droit américain

Sous – Section II – Le droit communautaire

Section II- Restrictions verticales

Sous – Section I – L'évolution américaine

A – L'arrêt *US v. Arnold Schwinn and Co.*

B – L'arrêt *Continental TV Inc. V. GTE Sylvania Inc*

C – La circulaire du Département de Justice

Sous – Section II – L'évolution communautaire

A – Le souci de l'intégration de marché unique

B - La réglementation communautaire dans la matière

1 –La définition de la Commission

2- Les lignes directrices

3 – Les étapes de l'appréciation
communautaire

Section III- Différentes théories et analyses économiques

Sous – Section I – Le droit de la concurrence et les théories économiques

Sous – Section II – Les théories américaines

A – Les théories de l'Ecole de Harvard

B – Les théories de l'Ecole de Chicago

C – La théorie moderne de l'Ecole de Post Chicago

Sous – Section III – L'approche européenne

Section IV- L'environnement légal différent et ses conséquences.

Section V- Les critères d'appréciations différentes dans le domaine des fusions et des acquisitions.

Sous– Section I – La procédure de *preliminary decision* américain

Sous – Section II – Le contrôle de la légalité européenne

Sous – Section III – Les fusionnements transatlantiques

Section VI- Analyse distincte de joint-ventures et alliances stratégiques

Sous –Section I – L'approche européenne

Sous –Section II – L'approche américaine

Section VII- Adjudication de dépens des frais de justice

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

Il paraît qu'en fonction des époques, la concurrence n'a pas toujours revêtu le même sens. En 1707 Pierre de Boisguilbert¹ a déjà réfléchi sur la notion de concurrence. Plusieurs dizaines d'années plus tard, François Quesnay louait les effets de la concurrence laquelle permettrait, selon lui, de réconcilier les intérêts égoïstes par l'organisation d'une saine rivalité². Entre 1838 et 1920, Augustin Cournot³, l'école néoclassique et Alfred Marshall⁴ ont une approche plus scientifique de l'économie politique, la concurrence est l'outil qui permet de déterminer des prix normaux, à condition de ne pas se trouver dans un environnement monopolistique.

Au cours des années 1930 la concurrence en référence à des marchés devenus abstraits. La concurrence devient imparfaite par J. Robinson et avec J.M. Clark, elle devient praticable. Puis en 1980 Walter Baur a proposé la notion de marchés contestables.⁵ Un nouveau chapitre est ainsi ouvert.

Une variété des concepts et des besoins a provoqué des différents résultats dans des différents pays. Déjà en 1889 Etats-Unis d'Amérique avait doté d'une loi antitrust interdisant des ententes anti-concurrentielles et des tentatives de monopolisation, fruit d'une politique économique progressiste.

L'Europe morcelée, chaque pays sur le continent a développé son propre droit de la concurrence à côté. Avec l'établissement de bases communes de développement économique par le Traité de Rome une loi communautaire

¹ DAIRE Eugène, "Dissertation sur la nature de la richesse", Guillaumin, Paris 1843, p.158

² QUESNAY François, "Observations sur le droit naturel des hommes réunis en société" Journal de l'agriculture, du commerce et des finances- Tome II première partie, 4-35, septembre 1765. Pour le texte consultez www.eumed.net/cursecon/textos/quesnay-observations.htm

³ Cour de Justice fait appelle dans l'affaire GE Honeywell aux principes posés par le fameux ouvrage « Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses » de Cournot à voir DMITRIEV V.K., "The Theory of Competition of Augustine Cournot", Economic Essays on Value, Competition and Utility, Cambridge University Press, 1974, pp. 97-178

⁴ BRUE S.L., The Evolution of Economic Thought, (sixth édition), New York : Dryden Press, 2000

⁵ Le marché d'un bien ou d'un service est contestable si d'une part, l'entrée sur ce marché est complètement libre et, d'autre part, la sortie de ce marché se fait sans coût. Pour une étude plus détaillée voir : SAMUELSON A., Les grandes courants de la pensée économique, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1985

de la concurrence ayant l'effet direct est devenue indispensable pour le bon fonctionnement du marché Unique Européen.

L'Europe aurait pu choisir de fonder son système de la concurrence sur l'exemple américaine. Principalement sur les principes de *la concurrence-condition*⁶ et sur *la règle de raison*⁷, constituant en effet, la caractéristique majeure du droit antitrust américain. Mais le droit communautaire n'a pas pris pour modèle la concurrence américaine, peut être à cause de sa propre idée générale de concurrence en formation déjà en 1890⁸.

Pour autant, le concept de concurrence n'est pas défini par les traités communautaires. La concurrence, au sens communautaire de ce terme, ne poursuit, en réalité, ni les objectifs de la concurrence pure⁹, ni ceux poursuivis par la concurrence parfaite¹⁰. Elle vise à garantir la protection sérieuse des opérateurs économiques et des consommateurs par un ensemble de règles du jeu commercial qui prohibent un certain nombre de pratiques déloyales.

En outre, la politique européenne de la concurrence doit empêcher les gouvernements des États membres de fausser les règles du jeu au moyen de discriminations en faveur d'entreprises publiques ou d'aides aux entreprises du secteur privé. Malheureusement, la grandeur des sujets traités nous a obligé de limiter nos recherches aux règles applicables aux entreprises donc les aides d'Etat sont restés en dehors notre recherche.

⁶ Sur le fondement du Sherman Act de 1890, la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique a bâti la théorie de la concurrence condition. En Amérique, le principe de libre concurrence était et demeure perçu comme la condition de tout progrès économique. A la fin des années 1970, la Cour Suprême déclarer que « (...) *la libre concurrence produira non seulement les prix les plus bas mais aussi les meilleures marchandises et les meilleurs services. L'affirmation que la concurrence est la meilleure méthode de répartition des ressources dans un marché libre reconnaît que tous les éléments d'un contrat, la qualité, le service, la sécurité, la durabilité, et non pas seulement le coût immédiat, sont affectés favorablement par la libre opportunité de choisir parmi les offres alternatives* » Continental TV Inc. V GTE Sylvania Inc. 433 US 36 (1977), Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc (BMI) 441 US 1 (1979)

⁷ La doctrine antitrust qui prévoit un méthode d'interprétation pour les ententes et monopoles, toutefois prohibant les pratiques commerciales illégales.

⁸ GERBER David. Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus, Clarendon Press, Oxford, 1998, p.6

⁹ Régime dans lequel les prix sont fixés hors de l'action des opérateurs, par une sorte de loi naturelle du marché

¹⁰ Régime dans lequel les prix résultent d'une complète information à chaque opérateur

L'ouverture croissante des frontières enlève beaucoup d'intérêt à l'étude de droit de la concurrence d'un seul pays. Donc, dans notre étude, nous avons essayé d'effectuer une comparaison entre les plus grands systèmes du droit de la concurrence. En faisant cela, on a constaté un mouvement d'élaboration des règlements, des lois antitrusts et l'incitation des Etats à ouvrir à la concurrence divers secteurs où celle-ci n'existait pas en raison particulière de monopoles étatiques dans l'ensemble du monde. Donc il nous paraît, encore une fois utile, de comparer les lois et les systèmes juridiques ainsi que leurs institutions qui régissent la régulation concurrentielle pour apprécier les ressemblances, les différences et le processus de rapprochement progressif qui pourra terminer par un droit de la concurrence internationale unique.



PREMIERE PARTIE - LES ASPECTS GENERAUX DE DEUX SYSTEMES DU DROIT DE LA CONCURRENCE : LE CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL

Chapitre I – Le droit de la concurrence américaine : Aspects Généraux

Section I- Le chemin vers l'adoption du *Sherman Act*

Dès la fin du Moyen Age, les juridictions anglaises ont considéré que la liberté de commerce devait être protégée à priori. Les individus ne pouvaient en aucune manière limiter leur liberté d'action sur le marché sauf si certaines conditions sont remplies. Les juges de *Common Law* ont déterminé cette approche à l'occasion de l'affaire « Mitchell v. Reynolds »¹¹ de 1711.

En l'espèce, le défendeur avait donné en location une boulangerie pour une durée de cinq ans et il s'engagea à ne pas exercer le métier de boulanger dans le même quartier pendant la durée du bail contre la somme de 50 livres. A l'époque, cette obligation avait été considérée comme valable car la restriction fût volontaire, qu'elle fût limitée dans l'espace et elle eût une contre partie.

Dès l'apparition des premiers colons, les Etats-Unis ont été placés sous l'autorité de la *Common Law* anglaise. Par la suite, le système de *Common Law* s'est imposé sur tout le territoire, lorsque celui-ci est devenu indépendant de l'ancienne métropole, à la fin du XVIII^e siècle¹². Le développement industriel des Etats-Unis a entraîné la multiplication des entreprises, ainsi que l'apparition de véritables ententes. Désormais, les tribunaux avaient à traiter de la légalité d'accords, de partage de marché, de répartition territoriale et de fixation de prix¹³. Globalement, ces ententes ont été annulées par les tribunaux sans tenir compte de leur caractère

¹¹ Cité par BORK Robert H. "Ancillary Restraints and the Sherman Act", 15 ABA Antitrust Section 211 (1959), pp.213-214

¹² FASQUELLE Daniel, Droit américain et droit communautaire des ententes, GLN Joly Editions, 1993, pp.15-16

¹³ RAHL James. , "Conspiracy and the Anti-Trust Laws ", Illinois Law Review Ill., 1950, p.745

éventuellement raisonnable¹⁴. Ainsi à la veille du vote du *Sherman Act* les tribunaux américains avaient adopté une position très hostile aux ententes¹⁵.

Après la Guerre Civile, les Etats-Unis ont connu un développement considérable très largement dû à la terminaison de l'infrastructure du pays¹⁶. Les chefs d'entreprise ont eu la nécessité de se grouper afin de contrôler d'importantes industries. Comme les ententes classiques ont été sévèrement poursuivies par les tribunaux de *Common Law*, ils ont choisi une autre méthode qui consistait à créer des *trusts*¹⁷. Ces derniers ont eu un succès considérable et bientôt toutes les branches de l'industrie ont été touchées. Un mouvement populiste s'éleva contre la formation de gros trusts jouissant d'une énorme puissance économique et dirigée par les capitaines de la révolution industrielle américaine¹⁸.

A la fin des années 1880, la pression était très forte. Le principe du vote d'une loi antitrust avait été intégré dans les programmes de tous les partis politiques importants¹⁹.

Section II – Les textes élaborés par le Congrès

Sous-Section I - *Interstate Commerce Act* de 1887

Le congrès avait été invité par la Cour Suprême de légiférer en matière, car le commerce inter-étatique était en question²⁰. La première loi fédérale en matière de la concurrence a été adoptée en 1887, surnommé *Interstate Commerce Act*²¹. Ce texte fut conçu pour lutter contre les discriminations

¹⁴ FASQUELLE Daniel, op.cit, p.17

¹⁵ Ibid. p, 18

¹⁶ FOER Albert A.- LANDE Robert H., "The evolution of United States Antitrust Law : The past, present, and (possible) future.", 16 *Nihon University Comparative Law* (1999), pp 149-172

¹⁷ A l'origine le trust était une création de *common law* remontant à l'époque où le chevalier partant pour la croisade confiait sa fortune à un ami, *le trustee*. Ce terme a pris un sens nouveau qu'à partir de 1879, avec la création du *Standart Oil Trust*, regroupant jusqu'à 95% de la production de pétrole. Les entreprises remettent les actions représentant leur capital à la plus puissants d'entre elle. Cette dernière pouvait exercer tous les droits d'un propriétaire sur les titres d'ensemble des participants. Ibid pp. , 20-21

¹⁸ LEVASSEUR Alain, *Droit des Etats-Unis*, Edition Dalloz, Paris, 1994, p. 275

¹⁹ FASQUELLE Daniel, op.cit, p. 22

²⁰ *Wasbasch St Louis & Pacific Railway Co. V. Illinois State*, 118 US 557 (1885)

²¹ MATCHETTE Robert B, *Guide to Federal Records in the National Archives of the United States.*, National Archives and Records Administration, Washington, DC, 1996.

injustes dans les tarifs appliqués par les compagnies de chemin de fer. La loi était un moyen de protéger ces mêmes compagnies des pressions qu'exerçaient les trusts afin d'obtenir un traitement favorable. Ce texte était important à trois points de vue. Tout d'abord, il s'agissait de la première intervention du pouvoir fédéral à l'effet de réglementer dans un secteur l'activité des entreprises privées. Ensuite, cette loi mettait en place le premier organe gouvernemental régulateur de l'économie privée qu'aient connu les Etats-Unis : l'*Interstate Commerce Commission*. Enfin, il faut remarquer que le texte utilisait la notion de « tarifs raisonnables », ce qui sera à l'origine d'une certaine confusion²².

Sous-Section II - *Sherman Act* de 1890

L'*Interstate Commerce Act* était un texte limité dans sa portée, il fallait une législation plus générale qui concernerait l'ensemble des questions relatives à la concurrence. Les membres du Sénat et de la Chambre des Représentants se saisirent de la question en 1890. La préparation et l'adoption du texte furent réalisées avec une rapidité considérable et la loi a été promulguée le 2 juillet 1890²³.

Le *Sherman Act* en énonce deux interdictions fondamentales, en harmonisant les droits des Etats fédérés sous une seule loi fédérale. D'abord, la section 1 interdit tout contrat d'accord ou d'entente qui vise le bon fonctionnement du commerce en proclamant :

« Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec les pays étrangers, sont illégaux... »²⁴

²² FASQUELLE Daniel, op.cit, p.23

²³ Sherman Antitrust Act "An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies" Public law n° 190, US Statutes at large, Vol. 26 pp. 209-210, 15 US Code Section §1-7 Stat 206

²⁴ Ibid " Every contract, in combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal..."

Ensuite, interdit à la section 2 toute situation de monopole, tentative de création d'un monopole et accord ou entente tendant à créer un monopole en déclarant :

« Toute personne qui monopolisera, tentera de monopoliser, ou participera à une association ou une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes en vue de monopoliser une partie quelconque des échanges ou du commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec les pays étrangers se rendre coupable d'une infraction... »²⁵

La grande innovation du *Sherman Act* était de modification du système des sanctions de la *Common Law* par trois voies d'action : Première voie est l'action au criminel avec pour résultat amende et prison. En plus, par cette voie de l'action le tribunal peut désormais saisir des marchandises ayant fait l'objet d'activités réprimées par la loi. Deuxième voie est l'action publique en équité. Et enfin la troisième est la voie de l'action privée qui permet à obtenir le triple du montant de la réparation du préjudice subi.²⁶

Il est possible de considérer cette réglementation comme un *restatement* car ce texte n'avait pas la prétention de modifier les fondements du droit de la concurrence tel qu'il était appliqué à l'époque aux Etats-Unis. En revanche la grande portée de ce texte était de faire passer la *Common Law* dans l'orbite des tribunaux fédéraux²⁷.

La terminologie du *Sherman Act* étant assez vague, la tâche de remplir les notions vides de sens incombait aux juges. La Cour Suprême a rendu deux décisions fameuses en 1911. Ces sont les arrêts de « *Standart Oil of New Jersey v. US*²⁸ » et de « *US v. American Tobacco*²⁹ »

²⁵ Ibid " Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony..."

²⁶ Ibid. p.25

²⁷ FASQUELLE Daniel, op.cit, p.26

²⁸ *Standart Oil Co. (N.J.) v U.S.*, 221 US 1 (1911): La justice ordonnait le démantèlement de la Standard Oil, le plus important groupe américain de l'époque. Créée en 1878 par John Rockefeller, la compagnie a pris, peu à peu, le contrôle de toutes les raffineries du pays, étranglant ses concurrents au passage. Le trust a contrôlé jusqu'à 84 % du pétrole raffiné aux Etats-Unis, 66 % de la distribution d'essence et a noué des ententes avec les groupes de chemin de fer, les transports maritimes plus ou moins sous sa coupe.

Dans la première affaire, le juge White a annoncé qu'il y avait une lacune concernant la définition du terme « restriction du commerce ». Il fallait établir une règle ou un principe d'interprétation pour savoir quelles restrictions de concurrence doivent être interdites.

Dans l'affaire « American Tobacco », le juge White a développé sa pensée et posa une nouvelle version de la règle de raison³⁰. Cette nouvelle version a pris le nom de « méthode du bilan concurrentiel » qui peut être définie comme « une méthode d'analyse destinée à établir pour chaque convention située dans son contexte réel, un bilan de ses effets anti et pro-concurrentiels ³¹ ». La méthode cherchait de savoir si la concurrence était réellement atteinte ou pas. L'arrêt « Board of Trade of Chicago v. US »³² a renforcé l'idée déjà émise par le juge White, selon laquelle toute limitation à la liberté du commerce n'est pas forcément interdite³³.

Sous-Section III - Clayton Act de 1914

D'une part, très peu de moyens budgétaires accordés par les présidents républicains au ministère de la Justice pour que ce dernier puisse poursuivre les restrictions concurrentielles³⁴, et les critiques adressées au *Sherman Act* et à l'arrêt *Standart Oil* ³⁵d'autre part, provoquèrent une réaction du Congrès qui fût renforcé la législation fédérale antitrust. En plus, *Sherman Act* avait confié seule au juge sa mise en application sans avoir constituer une autorité d'exécution administrative.

Première réaction du Congrès face à la situation était l'adoption du *Clayton Act*³⁶ en 1914. En résumé, la loi vise ; la pratique des prix discriminatoires sauf s'ils sont justifiés par le besoin de faire face à la concurrence ou s'ils

²⁹ U.S. v. American Tobacco, 221 US 106 (1911)

³⁰ JOLIET (R). , The Rule of Reason in Antitrust Law, Faculté de Droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, p.30

³¹ KOVAR Robert., "Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison", RTDE 1987, p.237

³² 246 US 231 (1918)

³³ JOLIET (R). , op.cit,p.37

³⁴ FASQUELLE Daniel, op.cit, p.27

³⁵ LEVASSEUR Alain, op.cit, p.278

³⁶ Clayton Act, 15 U.S.C., §§ 12-27

reflètent le coût revient ; Les contrats liés et clauses d'approvisionnement exclusif ; les fusions et les acquisitions dans la mesure de restriction de la concurrence et les conseils d'administration entrecroisés ayant un effet anti-concurrentiel possible³⁷.

La section 7 de la Loi Clayton est le principal texte fédéral en matière de droit de la concurrence s'appliquant aux fusions. Donc les pratiques de concentration des sociétés par le biais desquels il est possible de monopoliser le marché. Cette loi dont son champ d'application était étendu par le *Celler Kefauver Act* de 1950 prévoit que :

« Nulle personne engagée dans le commerce ou dans toute activité commerciale ne saurait acquérir directement ou indirectement tout ou partie des actions ou des actifs d'une autre personne..., lorsque s'agissant d'une ligne de produits ou de toute activité affectant le commerce dans tout ou partie du marché, l'effet de l'acquisition serait soit d'amoindrir substantiellement la concurrence soit de tendre à la création d'un monopole. »³⁸

La section 3 du *Clayton Act* traite des contrats de vente et des accords de distribution. Cette même section interdit aussi les contrats liés tombant sous le coup de la *Sherman Act*, section 1³⁹.

Sous-Section IV - *Federal Trade Commission Act* de 1914

Le second texte de la loi adopté en 1914 a été le *Federal Trade Commission Act*⁴⁰ amendé en 1938 et 1975. La section 5 de cette loi interdit pratique de concurrence déloyale. Cette section ne recouvre non seulement toutes les activités visées par les lois Sherman et Clayton mais aussi toute pratique anti-concurrentielle que la *Federal Trade Commission* peut estimer

³⁷ LEVASSEUR Alain, op.cit, p.279

³⁸ Clayton Act, 15 U.S.C., § 18, " No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. "

³⁹ Ibid. §13

⁴⁰ 38 Stat. 717 (1914) ; 15 U.S.C. § 41-58

déloyale⁴¹. C'est pourquoi cette loi est considérée comme la loi bouche trou du droit de la concurrence comblant les lacunes laissées par les autres textes de lois⁴².

Section III - La conception américaine moderne des ententes horizontales

Sous-Section I - Notion

Le libellé large et catégorique de la section 1 du Sherman Act, si on l'interprétait littéralement, condamnerait tous les contrats ayant des incidences sur le commerce interétatique. C'est pour cette raison que la Cour Suprême des États-Unis l'a interprété de telle sorte que seules soient interdites les ententes qui restreignent déraisonnablement les conditions de la concurrence. Ainsi que l'a établi la jurisprudence américaine, la collaboration entre concurrents constituant une infraction à la section 1 comporte donc trois éléments : D'abord il doit y avoir un contrat, une coalition ou une entente entre deux concurrents ou plus; ensuite l'entente doit avoir des incidences sur le commerce Inter-États ou international et finalement l'entente doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre déraisonnablement le commerce⁴³.

Dans une poursuite criminelle fondée sur la section 1, il faut en outre prouver une intention spécifique. En revanche, dans une affaire civile, une intention anti-concurrentielle ne suffit pas en soi à établir une violation de la concurrence, mais une intention proconcurrentielle n'empêchera pas nécessairement non plus de conclure à l'existence d'une violation. Toutefois, des preuves extrinsèques de l'intention peuvent aider à évaluer la puissance commerciale, la probabilité du préjudice à la concurrence et les justifications proconcurrentielles invoquées dans un examen fondé sur la règle de la raison lorsque les effets de l'entente sont par ailleurs ambigus.

⁴¹ MALHERBE Jacques, Pratiques du Commerce : Concurrence Tome IV, Université Catholique de Louvain, 2001, p.851

⁴² LEVASSEUR Alain, op.cit, p.280

⁴³ Sherman Antitrust Act , op.cit , Section §1-7

Le droit américain a établi trois catégories d'ententes horizontales : les ententes illégales *per se*, les ententes relevant de la règle de la raison et les ententes légales *per se*. En général, l'illégalité *per se* s'applique aux ententes appartenant à l'une des catégories jurisprudentielles d'ententes qui sont d'office réputée anti-concurrentielle et donc sommairement déclarées illégales. De même pour les ententes légales *per se*. Les ententes relevant de la règle de la raison sont celles qui sont considérées comme potentiellement proconcurrentielles et qui sont donc examinées suivant la norme de la règle de la raison, selon laquelle il faut démontrer, pour éviter la déclaration d'illégalité, que l'accord visé a des effets proconcurrentiels incontestables dans le marché pertinent⁴⁴.

Sous-Section II - La norme de la règle de la raison

Les tribunaux américains se sont progressivement rendu compte qu'en réalité il n'était pas possible d'interdire toute pratique ayant pour effet de réduire la concurrence la portée du *Sherman Act* est d'ailleurs très large puisqu'il interdit toute « restriction du commerce ».

Donc ils ont inventé la règle de la raison qui est la règle de base servant à évaluer le « caractère raisonnable » en conséquent, la légalité d'ententes entre concurrents.

Comme nous l'avons vu, l'examen factuel que requiert la règle de la raison vise à déterminer si, tout compte fait, l'accord en cause favorise ou supprime la concurrence. En pratique, il faut effectuer jusqu'à quatre examens différents⁴⁵.

A. L'atteinte à la concurrence :

Les tribunaux se demandent d'abord si l'entente porte atteinte à la concurrence. C'est alors à la partie demanderesse d'établir que l'entente causera vraisemblablement un préjudice à la concurrence. La réduction de la production, réelle ou probable, est généralement le critère qui sert à mesurer

⁴⁴ www.usdoj.gov

⁴⁵ Robert S. RUSSELL, Adam F. FANAKI, Davit D. AKMAN, "Modification de l'art.45 de la loi sur la concurrence " Industrie Canada, Bureau de la Concurrence, 30.12.2001

l'atteinte à la concurrence, mais celui de la puissance commerciale peut lui être substitué en raison des difficultés inhérentes que comporte l'évaluation des effets qu'une entente a sur la production. Les lignes directrices conjointes énumèrent quatre facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de l'atteinte à la concurrence : la nature de l'entente, la capacité et la motivation des participants à se livrer concurrence de façon indépendante, et les conditions du marché.

B. La justification d'efficience

Il appartient à la partie défenderesse d'établir que l'entente en cause est justifiée parce qu'elle entraîne des gains en efficience. Par exemple, une entente peut permettre à des concurrents dont les capacités et les ressources diffèrent d'agir de concert ou collectivement pour offrir des produits ou des services moins coûteux ou plus intéressants pour les consommateurs ou pour les mettre en marché plus rapidement qu'ils ne le pourraient sans collaboration.

Selon les lignes directrices conjointes, il doit s'agir de gains en efficience constatables, c'est-à-dire vérifiables, par opposition à des gains vagues ou hypothétiques qui ne résultent pas de réductions anti-concurrentielles de la production ou des services et qui ne peuvent se réaliser par d'autres moyens pratiques ayant des effets anti-concurrentiels substantiellement moindres. Lorsque la justification d'efficience alléguée est manifestement invraisemblable, l'entente sera sommairement déclarée illégale.

La portée et les limites de l'examen relatif à la justification d'efficience ne sont pas établies avec certitude. L'analyse porte-t-elle sur la seule efficience économique ou fait-elle intervenir des facteurs non économiques? Dans l'affaire *Professional Engineers*⁴⁶, la Cour Suprême a semblé restreindre l'analyse de la justification à l'examen des effets de l'entente sur la concurrence, ce qui a amené des auteurs à affirmer que les facteurs non économiques n'intervenaient pas dans cette analyse. D'autres auteurs, par

⁴⁶ National Society of Professional Engineers v US (S Ct 1978) 229

contre, ont fait valoir que la Cour n'a indiqué précisément si les préoccupations sociales sont pertinentes pour juger de la validité de restrictions horizontales.

C. La nécessité raisonnable

Lorsque la partie défenderesse a réussi à démontrer l'existence d'une justification d'efficience plausible, les tribunaux passent à la troisième étape de l'analyse fondée sur la règle de la raison. La partie défenderesse doit alors établir que la justification est raisonnablement nécessaire. Notons toutefois que la jurisprudence n'est pas fixée sur les critères applicables à la détermination du caractère nécessaire ou non d'une restriction⁴⁷.

Selon les lignes directrices conjointes, la preuve requise n'est pas que la restriction est « essentielle ». Par contre, lorsqu'il est possible en pratique de réaliser une intégration entraînant des gains en efficience analogues ou comparables « par des moyens nettement moins restrictifs », l'entente en cause n'est pas jugée « raisonnablement nécessaire ». Les Lignes directrices conjointes indiquent aussi que le contexte du marché, la durée de l'entente et la mesure dans laquelle l'entente est conçue pour décourager les conduites opportunistes pouvant en bout de ligne diminuer les gains en efficience promis influenceront également sur l'appréciation du caractère raisonnable de la nécessité.

D. L'effet net

La dernière étape de l'analyse fondée sur la règle de la raison telle qu'elle est décrite dans les lignes directrices conjointes consiste à comparer la probabilité des gains en efficience constatables ou de l'atteinte à la concurrence ainsi que leur importance respective, afin de déterminer quels effets globaux réels ou probables l'entente aura sur la concurrence dans le marché pertinent. Ce sont principalement les effets réels ou à court terme qui comptent ici. Bien que des avantages différés puissent être également pris

⁴⁷ Robert S. RUSSELL, Adam F. FANAKI, Davit D. AKMAN, op.cit.

en considération, les lignes directrices conjointes indiquent que ce facteur pèse moins parce qu'il est moins immédiat et plus difficile à prédire⁴⁸.

Sous-Section III - L'illégalité *per se*

Le droit américain considère certaines ententes comme déraisonnables *per se* et, partant, illégales en vertu de section 1 du Sherman Act. La jurisprudence⁴⁹ en est venue à établir, avec l'expérience, que lorsqu'il a été démontré qu'un type particulier d'entente est manifestement anti-concurrentiel et qu'il est le plus souvent ne s'agit que d'un moyen de restreindre la production et d'augmenter les prix, l'entente sera péremptoirement présumée illégale sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner son effet net sur la concurrence; l'objet commercial qu'elle est censée poursuivre; ou ses possibles justifications non économiques⁵⁰.

De façon générale, sont ainsi péremptoirement interdites les ententes de fixation des prix⁵¹ ou de la production, les ententes de répartition de territoires ou de clientèles ou de boycottage de clientèles ou de fournisseurs⁵² et des ventes liées⁵³

Le simple fait de consentir à fixer des prix suffit à engager la responsabilité. L'objet ou les effets commerciaux d'une entente de ce type n'interviennent d'aucune façon dans l'examen sommaire de l'illégalité *per se*.

L'analyse *per se* a trois conséquences : la fiabilité économique, la facilité d'administration pour les tribunaux et la prévisibilité. L'illégalité *per se* procède de l'opinion selon laquelle la théorie économique relative, par exemple, à la fixation des prix est suffisamment étoffée pour qu'il ne soit pas

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ *"Selon le droit américain antitrust, certains accords sont considérés comme des obstacles déraisonnables au commerce au motif qu'ils préjudicient presque invariablement à la concurrence avec des prix plus élevés et une réduction de la production sans aucun avantage compétitif pour les racheter", Arizona c. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982)*

⁵⁰ FASQUELLE Daniel, op.cit, p.74

⁵¹ Ibid.

⁵² Northwest Wholesale Stationers c. Pacific Stationery & Printing Co., 105 S. Ct. 2613 (1985)

⁵³ Jefferson Parish Hospital Dist. N°2 c. Hyde, 466 U.S., (1984)

nécessaire d'examiner les effets positifs d'ententes particulières. De la même façon, les règles *per se* découlent également de la conclusion voulant que la probabilité d'atteinte à la concurrence soit tellement élevée et la probabilité d'avantages proconcurrentiels tellement faible pour certaines catégories d'ententes, qu'il est légitime de renoncer au long et coûteux examen fondé sur la règle de la raison. Enfin, dans l'hypothèse où l'entente interdite se prête à une définition claire, les règles *per se* traduisent en outre l'opinion voulant qu'elles accroissent la cohérence et la prévisibilité des mesures d'application de la législation ainsi que de la jurisprudence antitrust.

Dans les années 1980 et 1990, toutefois, la théorie économique relative à la plupart des catégories d'ententes illégales *per se* a fait l'objet de sérieuses critiques qui, en ébranlant le fondement de la fiabilité économique, ont inévitablement mis à mal celui de la facilité d'administration et de la prévisibilité, étant donné les interrelations entre les trois raisons d'être. Seules les règles interdisant les cartels ont échappé à une contestation sérieuse. Il en est résulté l'abandon par la Cour suprême et pas les Cours de circuit, de la stricte application des règles *per se* à certaines catégories d'ententes habituellement réputées produire des effets nécessairement illégaux, dont les ventes liées, les ententes de fixation de prix, de répartition de clientèles ou de marchés ou de boycottage⁵⁴.

Les décisions judiciaires récentes relatives à la règle *per se* en matière de fixation des prix illustrent bien cette tendance. Sous le régime de la *Sherman Act*, une association d'intérêts ayant pour objet ou pour effet d'augmenter, de réduire, de fixer ou de stabiliser le prix d'un produit est illégale *per se*. La règle *per se* interdisant la fixation des prix, telle qu'elle a été établie et appliquée au cours des années par la Cour suprême, vise les ententes relatives aux prix maximum comme aux prix minimum, les ententes comportant des modalités influant sur les prix, les ententes sur les prix finaux, les ententes visant à obliger des tiers à hausser leurs prix et même

⁵⁴ Ibid.

les ententes qui ne portent qu'indirectement atteinte à la liberté d'établissement des prix⁵⁵.

Toutefois, la règle classique interdisant les associations d'intérêts qui, au sens littéral, haussent, réduisent, fixent ou stabilisent les prix n'est plus d'application aussi générale. Dans l'arrêt *Broadcast Music*⁵⁶, la Cour suprême a abandonné la stricte règle *per se* et, en reconnaissant que des ententes qui "fixent" des prix, au sens littéral, peuvent être légales dans certaines circonstances, en particulier, lorsqu'elles découlent d'une activité conjointe légitime a établi une distinction entre les « ententes de fixation de prix » et la « fixation de prix *per se* ».

La conception actuelle de la fixation des prix repose sur la distinction entre les restrictions « manifestes », c'est à dire les ententes entre concurrents qui ne sont pas raisonnablement nécessaires à une véritable collaboration ou à une opération productive et les restrictions « accessoires » représentant les ententes qui contribuent à la réalisation d'une opération commerciale valide et qui créent par là des « gains en efficience par intégration ». Les restrictions manifestes sont illégales *per se* et peuvent donner lieu à une condamnation sommaire, tandis que les restrictions accessoires font l'objet d'une évaluation selon la règle de la raison, qui tient compte de la définition du marché et de la puissance commerciale⁵⁷.

Si les participants à une opération d'intégration économique générant des gains en efficience concluent une entente raisonnablement liée à l'opération et raisonnablement nécessaire à la réalisation des avantages proconcurrentiels, l'entente sera examinée sous le régime de la règle de la raison même si elle appartient à une catégorie d'ententes qui pourraient autrement être jugées illégales *per se*.

L'opération générant des gains en efficience est définie que dans une opération, les participants collaborent à l'accomplissement au moyen d'une coentreprise entièrement créée par la collaboration ou par l'un ou plusieurs

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ *Broadcast Music Inc. V. Columbia Broadcasting System Inc (BMI)*, op.cit.

⁵⁷ Robert S. RUSSELL, Adam F. FANAKI, Davit D.AKMAN, "Modification de l'art.45 de la loi sur la concurrence " Industrie Canada, Bureau de la Concurrence, 30.12.2001

des participants ou par des tiers agissant au nom d'autres participants d'une ou de plusieurs fonctions économiques, comme la production, la distribution, la commercialisation, les achats ou la recherche et le développement et, ce faisant, procurent des avantages réels ou potentiels aux consommateurs, en élargissant la production, en réduisant les prix, en augmentant la qualité ou le service ou en innovant.

Généralement, les participants mettent en commun, contractuellement ou autrement, des capitaux, des techniques ou d'autres éléments d'actifs complémentaires importants pour créer des avantages proconcurrentiels qu'ils ne pourraient obtenir séparément.

L'opération d'intégration doit être propre à générer de façon plausible des avantages concurrentiels constatables au sens de l'analyse des gains en efficience.

Section IV - L'examen des concentrations aux États-Unis

L'application de la loi en matière d'examen des fusionnements, est une activité complexe aux États-Unis. Les fusionnements peuvent être considérés illégaux en vertu de la section 7 de la *Clayton Act* de 1914 lorsqu'ils risquent de réduire sensiblement la concurrence.

Afin de faciliter la mise en œuvre de cette disposition les projets de prise de participation ou d'acquisition d'actifs dépassant certains seuils sont soumis à une obligation de notification préalable en vertu de la *Hart-Scott-Rodino Act de 1976*⁵⁸. Ici, il faut souligner qu'à la différence du système communautaire ensemble des fusions et acquisitions ainsi que les constitutions d'entreprises communes entrent toutes dans le champ d'application de la section 7 du *Clayton Act*.

Ce qui rend le système américain particulièrement complexe est que les fusionnements peuvent être contestés par la Division antitrust du ministère de la Justice, par la Federal Trade Commission, et en même temps par les procureurs généraux des États ainsi que les parties touchées par un

⁵⁸ Section 76(A) de la Clayton Act 15 U.S.C. 18a Title II

fusionnement. La jurisprudence est également compliquée du fait que la plupart des jugements sont rendus par des tribunaux de divers niveaux et de divers districts, lesquels ne sont pas toujours du même avis.

Sous-Section I – Le cadre institutionnel

Le modèle fédéral américain partage les compétences dans le domaine du droit de la concurrence entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés. Au niveau fédéral la mise en œuvre des lois fédérales en matière de la concurrence a été confiée à deux organes. Ces autorités fédérales américaines peuvent examiner un fusionnement en vertu de la *Clayton Act*, de la *Sherman Act* et de la *Federal Trade Commission Act*, dans la pratique, la FTC et le DOJ examinent les fusionnements en vertu de la *Clayton Act*.

En 1976, un programme fédéral de notification préalable des fusionnements a été instauré par le Titre II de la loi *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*. Toute notification relevant de cette dernière doit être adressée au DOJ ainsi qu'à la FTC qui sont chargés d'examiner et le cas échéant de procéder aux enquêtes et aux vérifications nécessaires. Il existe une différence primordiale entre les pouvoirs détenus par ces institutions, en cas d'investigation approfondie, le DOJ est obligé d'agir auprès des tribunaux fédéraux afin de faire constater l'existence d'une infraction. En revanche, la FTC dispose le pouvoir de prendre des décisions toutes seules.

Ces deux autorités examinent le même nombre de notifications dans 6 mois que la Commission affronte dans 8 ans⁵⁹.

Sous-Section II - Le processus d'examen des fusionnements

En Amérique, les parties sont obligées de notifier un fusionnement. Elles doivent présenter un formulaire de notification préalable et de rapport de fusionnement pour renseigner les autorités en matière d'application sur leurs entreprises.⁶⁰

⁵⁹ KAUPER Thomas, "Merger Control in the United States and the European Union Some Observations", St. John's Law Review Vol:74 2000, p.305

⁶⁰ *Introductory Guides to the Pre-Merger Notification Program*, Pre-Merger Notification Office, Federal Trade Commission, Guide II, janvier 1991

La notification doit être donnée à la fois au ministère de la Justice et à la FTC, qui se concertent alors pour déterminer lequel des deux devrait être compétent. Après la notification débute un délai d'attente de 30 jours au cours duquel le fusionnement ne peut pas être réalisé. Si les organismes jugent nécessaire de faire une enquête plus approfondie, ils peuvent demander des renseignements supplémentaires et un second délai peut être d'application. Une demande de renseignements supplémentaires vise généralement une grande quantité de renseignements, de sorte que le deuxième délai ne débute qu'après réception par l'organisme de toute l'information demandée. Le processus peut ainsi être retardé pour de longues périodes. La plupart des fusionnements sont autorisés avant une demande de renseignements supplémentaires.

Si l'organisme faisant enquête conclut que le fusionnement serait susceptible de réduire sensiblement la concurrence, il demande aux tribunaux de rendre une injonction. Pour le ministère de la Justice, le tribunal approprié est la Cour de district des États-Unis. Pour la FTC, c'est une cour fédérale.

A. Les parties responsables de la notification

En générale toutes les personnes physiques et les personnes morales rentrent dans le champ d'application de *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*.

En analysant des opérations on essaye de déterminer la société qui se trouve au sommet de la chaîne de contrôle.

La notion de contrôle signifie soit l'acquisition ou la détention de 50% ou plus des droits de vote d'une entité, soit le droit à 50% ou plus des profits ou des avoirs en cas de dissolution dans des entités ne disposant pas d'actions avec droit de vote, ou bien le droit contractuel de nommer 50% ou plus des administrateurs.

L'obligation de notifier appartient à la fois à l'acquéreur et à l'entité faisant l'objet de l'acquisition.

B. Les opérations faisant objet de la notification

Une notification est requise selon la taille des participants à l'opération ou selon la taille de l'opération elle-même.

Les dispositions et les règles figurant au Titre II de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 obligent les parties à notifier un fusionnement si l'une des parties a un chiffre d'affaires ou des éléments d'actif totalisant au moins 100 millions de dollars américains et si l'autre partie a un chiffre d'affaires ou des éléments d'actif totalisant au moins 10 millions de dollars américains.

Une opération doit être notifiée aussi, si en conséquence de la transaction, l'acquéreur devient propriétaire d'actions ou d'éléments d'actif de l'autre partie ayant une valeur supérieure de 15 millions de dollars ou, au moins 50% des actions d'une entreprise qui dispose, en tenant compte les entreprises qu'elle contrôle, d'un chiffre d'affaires annuel ou d'actifs au moins 25 millions de dollars.

Dans les transactions comportant l'acquisition d'actions, l'acquéreur doit indiquer lequel des seuils il entend atteindre ou dépasser. Le seuil de 15 millions de dollars ou bien 15 %, 25% ou 50% des actions de la société.

Ces critères sont applicables à la création d'une entreprise commune si les seuils précités sont atteints.

C. Les opérations exemptées

Il existe de nombreuses exceptions, certaines prévues dans la loi elle-même et d'autres établies par la FTC avec le consentement du DOJ⁶¹.

Les exemptions sont prévues pour : l'acquisition de certains biens intervenant dans le cours normal des affaires; l'acquisition d'actions dans un but unique d'investissement lorsque l'acquéreur ne détient pas plus de 10% des actions émises de la société après l'opération; les acquisitions qui ont

⁶¹ Par exemple, les fusionnements concernant des multinationales qui auront une incidence minimale aux États-Unis.

été placée hors du champ d'application du droit de la concurrence par une loi fédérale spéciale ou qui requièrent l'approbation d'autres autorités de contrôle ; les acquisitions dans les quelles l'acquéreur détient déjà 50% ou plus des actions de l'entité acquise.

Il existe aussi une autre catégorie d'exemptions où il n'y a pas un lien direct et suffisant avec les Etats-Unis. Les exemptions sont prévues pour l'acquisition par un acquéreur américain d'actifs situés en dehors des Etats-Unis est exemptée, sauf lorsque des ventes annuelles aux Etats-Unis d'un montant supérieur ou égale à 25 millions de dollars peuvent être imputées aux audits actifs. Un acquéreur américain peut aussi acquérir des actions d'une société étrangère sans devoir procéder à une notification, sauf lorsque la société étrangère détient des actifs aux Etats-Unis ayant une valeur comptable totale d'au moins 15 millions de dollars ou à réaliser des ventes aux Etats-Unis pour un montant égale ou supérieur à 25 millions des dollars ; l'acquisition par un acquéreur étranger d'actifs situés en dehors des Etats-Unis est exemptée, il est identique pour l'acquisition par un acquéreur étranger d'actions d'une société étrangère, qui ne confère le contrôle ni d'une société disposant d'actifs aux Etats-Unis d'une valeur comptable supérieure ou égale à 15 millions de dollars, ni d'une société américaine dont les ventes annuelles ou les actifs sont égaux ou supérieur à 25 millions de dollars ou ; une acquisition où tant l'acquéreur que la société acquise sont étrangers et où leurs actifs américains totaux et leurs ventes totales aux Etats-Unis sont tous deux inférieurs à 110 millions de dollars.

D. La procédure de notification

Le formulaire de notification est déposé au DOJ ainsi qu'à la FTC. Une taxe d'enregistrement de 45.000 dollars doit être payée par l'acquéreur.

Le formulaire doit définir brièvement l'opération et les participants. En annexe, les parties doivent attacher des preuves écrites de leurs accords, la répartition de leurs chiffres d'affaires, et des copies des rapports annuels des parties intéressées.

Il est assez courant de procéder à une notification sur la base de lettres d'intention dépourvues de force obligatoire.

L'opération est suspendue jusqu'à la décision rendue par ces autorités. Mais, le fait que les autorités de la concurrence n'aient pas intervenu lors de la notification, ne les empêchent nullement de participer à une action judiciaire ultérieurement.

La FTC et le DOJ effectuent une analyse préliminaire. Si l'opération évoque des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le droit de la concurrence, une seconde demande d'information plus détaillée est adressée aux parties par l'autorité chargée du dossier.

La seconde demande d'information convoque tous les documents internes relatifs à l'opération, à la concurrence sur le marché pertinent et aux relations avec des entreprises concurrentes.

Si l'administration est de l'opinion que l'opération ne pose aucun problème au regard du droit de la concurrence l'enquête se termine. Si tel n'est pas le cas une période longue d'enquête approfondie et détaillée commence. La procédure varie selon l'autorité décidée d'empêcher l'opération.

Si c'est le DOJ qui mène l'enquête, il doit tenter d'obtenir une ordonnance d'interdiction émanant d'un tribunal fédéral de première instance. Quant à la FTC, elle a le pouvoir d'ordonner provisoirement une injonction d'arrêter toute opération de fusionnement. Cette ordonnance peut faire l'objet d'un appel devant une commission de la FTC.

Les décisions au fond de la commission de la FTC ou le juge fédéral de première instance peuvent être contestées devant la Cour d'appel fédérale. Contre les décisions de cette dernière l'autorité compétente est la Cour Suprême des Etats-Unis.

Au cours de la période d'investigation l'autorité peut être convaincue que l'effet anti-concurrentiel d'une opération pourrait être évité par une cession partielle ou toute autre forme de réorganisation. Dans ce cas les parties peuvent choisir de négocier un *settlement*.

Les autorités peuvent exiger que les parties identifient dans une vente conditionnelle les actifs qu'ils vont céder. Si un acheteur n'a pas trouvé dans le délai reconnu un mandataire sera nommé aux frais du vendeur⁶².

E. Les critères d'appréciation

Ces critères d'appréciation sont établis par la jurisprudence et par les *Horizontal Merger Guidelines*. Ces derniers n'ont pas la force de loi mais constituent une source d'information essentielle pour les entreprises.

1- La définition du marché pertinent

La première étape de l'analyse est la définition du marché de produit et de marché géographique dans lequel l'opération aura lieu. Le marché consiste en des produits suffisamment substituables en fonction d'usage et de prix.

Pour effectuer une analyse du marché les *Horizontal Merger Guidelines* se concentre sur l'élasticité croisée de la demande. Cette méthode essaye d'expliquer l'attitude probable de la demande en cas de changement de prix. Le niveau de prix auquel les acheteurs tolèrent sans se livrant vers un produit alternatif détermine les limites du marché.

Une fois que les limites du marché ont défini il faut identifier des acteurs présents sur ce dernier. Car le degré de concentration d'un marché dépend du nombre d'entreprises actuellement présentes sur le marché pertinent mais aussi des entreprises qui pourraient potentiellement pénétrer ledit marché en cas d'augmentation du prix.

Selon les *Horizontal Merger Guidelines* le calcul de concentration par rapport aux parts de marché se fait à l'aide de l'indice *Herfindahl-Hirschmann*. L'indice est calculé en faisant la somme des parts des marchés élevées au carré de chaque participant. Un marché dont l'*Herfindahl-Hirschmann* est inférieur à 1000 est comme n'étant pas concentré, entre 1000 à 1800 comme

⁶² WINKLER A., BRUNET F., ENCAOUA D., COHEN-TANUGI L., SIRAGUSA M., La pratique communautaire du contrôle des concentrations : Analyse juridique, économique et comparative Europe, Etats-Unis, Japon, 2^e édition Département De Boeck Université, Bruxelles 1998, p.205

modérément concentré et au-delà comme fortement concentré. L'illégalité de l'opération se varie selon l'augmentation indiciaire de totalité du marché⁶³.

2- Les effets anti-concurrentiels potentiels

L'examen des effets endommagements potentiels d'une opération de concentration constitue la démarche suivant selon les *Horizontal Merger Guidelines*.

Ces effets anti-concurrentiels potentiels sont mesurés par rapport aux plusieurs facteurs.

D'abord, il faut clarifier le fait que le marché favorise les ententes entre entreprises en raison de l'homogénéité des produits en cause et de la facilité avec laquelle il est possible de détecter et de sanctionner les entreprises qui ne respecteraient pas un éventuel accord de cartel. Deuxièmement, il faut examiner la capacité d'une entreprise d'augmenter les prix solennellement. Ensuite il faut voir l'incapacité de concurrents de se développer compte tenu de la situation. Et dernièrement, il faut mesurer la puissance économique des acheteurs qui peuvent l'utiliser pour arrêter une augmentation de prix.

3- Les barrières à l'entrée sur le marché

Les barrières à l'entrée sur le marché fait une importante partie d'analyse prévue par les *Horizontal Merger Guidelines*.

Il est possible que les effets anti-concurrentiels d'une concentration puissent être compensés par des nouvelles entrées au marché pertinent. Dans ce cas il faut prouver d'abord qu'une entrée doit avoir un impact substantiel sur le marché dans les deux années à partir du moment où elle a décidé. Ensuite, il faut que l'entrée soit profitable sur la base des prix en vigueur avant l'opération de concentration donc les prix doivent rester stables ou abaisser par rapport au période précédent de l'opération de concentration. Finalement, il faut qu'une entrée doive avoir une ampleur et un caractère adéquat pour compenser les effets anti-concurrentiels de l'opération.

⁶³ Par exemple dans un marché de 3 entreprises ayant des parts de marché respectives de 50, 30, 20% *Herfindahl-Hirschmann* est $2500+900+400 = 3800$

4- Le critère des gains en efficience

L'interprétation de la section 7 du *Clayton Act* a varié au cours du temps. Dans les années 60, la Cour Suprême a appliqué une présomption structurelle selon laquelle il y avait restriction de la concurrence lorsqu'une opération augmentait la concentration sur le marché⁶⁴. Au cours des dernières années cette présomption a perdu son caractère absolu face au principe des efficience.

C'est un principe relevé de la jurisprudence et mentionnés dans les lignes directrices sur les fusionnements horizontaux. Le critère de concurrence utilisé aux États-Unis est celui de la réduction sensible de la concurrence ou d'une tendance au monopole, conformément à la section 7 de la *Clayton Act*.

Dans l'affaire *Brown Shoe Co*⁶⁵ les gains en efficience étaient considérés comme un facteur du problème de concurrence et le tribunal a bloqué le fusionnement malgré les faibles parts de marché en cause. La Cour avait conclu que le but de promouvoir la concurrence était mieux servi en soutenant de petites entreprises locales qu'en favorisant de plus grandes entreprises avec des coûts de revient plus faibles.

Ensuite, dans l'affaire *Procter & Gamble*⁶⁶, la Cour a affirmé que :

« Les économies possibles ne peuvent servir de défense face à l'illégalité. Le Congrès savait que certains fusionnements qui réduisent la concurrence peuvent aussi permettre des économies, mais il s'en est tenu à un équilibre en faveur de la protection de la concurrence. »

Cependant, dans un recours privé ultérieur, la Cour suprême a statué qu'un fusionnement ne peut pas être interdit uniquement parce qu'il crée des gains en efficience qui pourraient aider à augmenter la part de marché de l'entreprise fusionnée mais nuire à d'autres concurrents⁶⁷. La Cour a conclu

⁶⁴ Philadelphia National Bank 374 U.S. 321 (1963)

⁶⁵ Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962)

⁶⁶ FTC v. Procter & Gamble Co. 386 U.S. 568 (1967)

⁶⁷ Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc. 479 U.S. 104 (1986).

que même si l'entreprise fusionnée était dominante, il était dans l'intérêt des autres entreprises sur le marché de livrer une vigoureuse concurrence par les prix.

Cette conclusion se démarque de plusieurs décisions de la Commission européenne où un fusionnement produisant une dominance peut être interdite si la dominance permet à l'entreprise de baisser ses prix et éventuellement de pratiquer des prix déloyaux visant à évincer des concurrents du marché.

En 1968, peu après ces affaires, le ministère de la Justice a publié ses premières lignes directrices sur les fusionnements⁶⁸

Deux affaires de fusionnement des années 1970 qui ont rendu le processus d'examen des fusionnements moins structuré ont ainsi ouvert la voie à la défense fondée sur les gains en efficience. Dans l'affaire *General Dynamics*⁶⁹, la Cour suprême a conclu que des facteurs autres que la part de marché conditionnent la concurrence sur un marché, indiquant que des éléments comme les gains en efficience ainsi que les obstacles à l'entrée et d'autres facteurs peuvent jouer un grand rôle. Dans l'affaire *International Harvester*⁷⁰, le faible coût du capital dont bénéficiait l'entreprise acquéreuse permettrait à l'entreprise fusionnée, en même temps que la mise en commun de la technologie, de mieux livrer concurrence sur le marché. Avant l'acquisition, l'entreprise acquise était désavantagée au plan de la concurrence malgré sa technologie supérieure en raison du coût élevé qu'elle devait assumer pour son capital.

Au cours de cette période, dans certaines affaires ne concernant pas des fusionnements, les juges ont donné droit à une défense fondée sur les gains en efficience. En 1977 par exemple, la Cour suprême a autorisé les restrictions verticales qu'imposait *Sylvania*⁷¹ à ses distributeurs, reconnaissant que les restrictions amélioreraient l'aptitude du fabricant à

⁶⁸ Merger Guidelines (1968) du ministère de la Justice des États-Unis. Les gains en efficience sont mentionnés au §10.

⁶⁹ U.S. v. General Dynamics Co., 415 U.S. 486 (1974)

⁷⁰ U.S. v. International Harvester Co., 564 F.2d 769 (7th Cir. 1977).

⁷¹ Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc. 433 U.S. 36

assurer une distribution efficace. Ensuite, dans l'affaire *Broadcast Music*⁷² de 1979, la Cour a reconnu que certains accords limitant la concurrence entre entreprises rivales pouvaient être efficaces si elles aidaient les entreprises à offrir un nouveau produit ou service.

Les lignes directrices sur les fusionnements publiées en 1982 n'ont guère changé le paragraphe sur les gains en efficience. Les gains en efficience ne seraient pris en considération que dans des cas « extraordinaires »⁷³. Pour que les gains en efficience soient jugés pertinents, ils devaient être évidents, convaincants, importants, réalisés par d'autres entreprises dans l'industrie et impossibles à réaliser d'une façon moins anti-concurrentielle. En même temps, la FTC a déclaré que dans ses examens précédant une notification, elle prendrait en considération les gains en efficience mesurables dans les opérations lorsqu'il était amplement démontré que les économies de coûts compenseraient manifestement l'augmentation de la puissance commerciale.

Deux ans plus tard, le ministère de la Justice a révisé les lignes directrices de 1982 en apportant des changements plutôt importants en ce qui concerne les gains en efficience. Au lieu de considérer les gains en efficience comme une défense, les lignes directrices de 1984 en discutaient sous la rubrique consacrée aux effets sur la concurrence. Par conséquent, les gains en efficience devenaient un élément de l'analyse important pour déterminer si un fusionnement réduit sensiblement la concurrence. Cependant, il n'était toujours pas question que les économies de coûts puissent explicitement servir à contrebalancer des effets anti-concurrentiels. Les gains en efficience seraient pris en considération uniquement s'ils étaient évidents et convaincants et que le fusionnement était raisonnablement nécessaire pour réaliser les économies. C'était là un net changement d'orientation, rejetant la théorie plutôt axée sur l'école de pensée de Chicago en faveur de l'école de pensée de Harvard plus sensible aux gains en efficience. Même si la FTC n'a pas modifié ses lignes directrices en même temps que le ministère de la Justice, elle a emboîté le pas et les arguments fondés sur les gains en efficience ont été de plus en plus acceptés.

⁷² *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System*, op.cit.

⁷³ *Merger Guidelines* (1982) du ministère de la Justice des États-Unis, § 10.A.

Les tribunaux semblaient également disposés à accorder davantage d'attention aux gains en efficience. Dans l'affaire *University Health*⁷⁴, il a été conclu que les parties se fusionnant pouvaient invoquer des gains en efficience pour réfuter une accusation apparemment fondée du gouvernement.

L'affaire concernait un fusionnement entre deux hôpitaux sans but lucratif. Le tribunal a conclu que les parties n'avaient pas réussi à présenter une preuve suffisante quant à la façon dont les gains en efficience seraient créés et soutenus, et refusé d'autoriser le fusionnement. Le tribunal précisait que les gains en efficience devaient profiter à la concurrence et aux consommateurs.

En 1992, la FTC et le ministère de la Justice se sont concertés et ont publié leurs premières lignes directrices communes. La rubrique des gains en efficience est demeurée essentiellement inchangée sauf une importante exception indiquant que l'organisme ne prendrait pas en considération les gains en efficience à moins qu'ils ne soient démontrés de façon évidente et convaincante a été éliminée. Par conséquent, le critère de preuve a été abaissé et il est devenu plus facile de présenter des arguments fondés sur les gains en efficience.

En 1997, les lignes directrices ont été modifiées par l'ajout d'un chapitre distinct sur les gains en efficience⁷⁵. Les organismes ont soutenu que ces changements apportés à leurs lignes directrices en 1997 ne représentaient pas un changement de politique mais plutôt une explication plus complète du traitement qu'ils réservent aux gains en efficience. Les organismes prendraient en considérations les gains en efficience s'ils sont propres au fusionnement, si les gains en efficience sont vérifiables par les experts.

⁷⁴ FTC v. University Health, Inc. 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991).

⁷⁵ Horizontal Merger Guidelines (1997), ministère de la Justice et Federal Trade Commission, section 4

Les gains en efficience doivent être calculés en soustrayant les coûts du fusionnement et de la réalisation des gains en efficience invoqués.

Il n'est pas indispensable que les gains en efficience soient transférés aux consommateurs. Mais le bien-être des consommateurs doit être sauvegardé.

Sur ces points, la Cour Suprême a jugé que les gains en efficience étaient importants et qu'ils profiteraient en dernier ressort aux consommateurs. Le tribunal a accepté la réfutation de l'accusation apparemment fondée présentée par les parties au fusionnement, en raison du fait que les hôpitaux étaient des entités sans but lucratif et, par conséquent, qu'ils transféreraient probablement les économies de coûts aux consommateurs⁷⁶. En outre, les parties avaient conclu avec le procureur général de New York un accord affirmant qu'ils feraient profiter la communauté de toute économie de coûts d'importance qui serait réalisée. Le gouvernement avait dans ce cas soutenu que le fusionnement créerait un monopole, mais le tribunal a jugé que la définition de marché pertinent était trop restrictive.

Par contre, on peut probablement affirmer que les organismes et les tribunaux ne considèrent pas les gains en efficience comme contrepoids pour les effets anti-concurrentiels dans un calcul du surplus total. Dans chaque cas, il semblerait qu'il s'agit bien davantage de déterminer si l'accord ou la restriction produit en dernier ressort des avantages pour les consommateurs.

5- « *Failing Firm Defense* »⁷⁷

C'est une théorie pour justifier une concentration anti-concurrentielle. La justification n'est possible qu'en démontrant que l'entreprise en difficulté est incapable de faire face à ses obligations financières ; que l'entreprise ne peut pas poursuivre durablement ces activités malgré la protection des dispositions protectrices de droit de la faillite ; qu'il n'y a pas d'autres entrepreneurs moins anti-concurrentielles ; et que les actifs disparaîtront définitivement du marché si l'autorisation à la concentration n'est pas autorisée.

⁷⁶ U.S. v. Long Island Jewish Medical Center, 938 F. Supp. 121 (E.D.N.Y 1997).

⁷⁷ International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291, 302 (1930)

Cette théorie reflète les considérations politiques économiques et sociales comme soucis de protéger l'emploi et de maintenir des secteurs industriels en difficulté.

Il doit être assez intéressant pour certains auteurs américains de constater qu'il existe aussi des préoccupations populistes en droit de la concurrence américaine qu'il annonce dans chaque occasion que la concurrence est en but en soi.

Sous-Section III – Le champ d'application

Le droit de la concurrence américaine s'applique à toute concentration dont les effets anti-concurrentiels se produisent sur le marché américain.

Par contre, les tribunaux américains peuvent se déclarer incompétent pour des raisons d'un accord international. Car, il est assez fréquent qu'une même opération rentre dans le champ d'application des plusieurs juridictions nationales. Pour éviter un conflit de compétences et accroître la collaboration entre les autorités de concurrence un accord est signé entre la Communauté Européenne et les Etats-Unis⁷⁸.

Section V- Les Institutions American Antitrust

Depuis 1914 il existe deux agences fédérales qui veillent au bon fonctionnement de jeux de la concurrence aux Etats-Unis. L'*Antitrust Division* au sein du Département de Justice et le *Federal Trade Commission*. Les deux ont le pouvoir de faire enquête en cas d'infractions possibles à la concurrence, dans l'ensemble du pays et à l'étranger, lorsque ces infractions peuvent avoir une incidence directe sur la concurrence aux Etats-Unis. La raison de ce dualisme est purement historique. La structure établie en 1914 a été accompagnée par une structure institutionnelle⁷⁹.

⁷⁸ Agreement between the European Communities and the Gouvernement of the United States of America regarding the applications of their competition laws., 23.09.1991, JOCE L 132, 15.06.1995

⁷⁹ FOER Albert A.- LANDE Robert H., op.cit, pp. 149-172

Sous-Section I - Department of Justice⁸⁰ (Executive)

Le *Department of Justice*, qui appartient à l'appareil exécutif du gouvernement, est composé de divisions responsables de l'application de lois particulières. La division antitrust est composée de plusieurs sections, dirigées par des chefs de section et de plusieurs bureaux régionaux. L'*Antitrust Division* au sein du ministère de la justice joue un rôle actif dans la détermination de politique de concurrence menée par l'administration à cause de ces relations étroites avec le Président⁸¹.

Contrairement à la Commission fédérale du commerce, la Division antitrust s'occupe uniquement de l'enquête et de la poursuite. Elle n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance. Toutes les mesures de mise en application relèvent des tribunaux fédéraux⁸².

Sous-Section II - Federal Trade Commission – FTC⁸³ (Administrative)

La FTC est un organisme administratif indépendant dont les décisions en matière d'application dans les dossiers importants sont prises à la majorité des membres de la Commission. Son autonomie est parfois troublée par la pression appliquée de la part du Congrès car ce dernier dispose d'une autorité en matière budgétaire⁸⁴. Les pouvoirs de la FTC sont définis dans la Federal Trade Commission Act qui interdit la concurrence déloyale et la conduite ou les pratiques déloyales ou trompeuses, dans le commerce ou influant sur ce dernier. La loi oblige la FTC à agir pour empêcher des personnes, des sociétés de personnes ou des sociétés de recourir à une concurrence déloyale. L'examen des fusionnements est régi par la section 7 de la loi dite Clayton Act⁸⁵.

La Federal Trade Commission est composé de cinq personnes nommées par le Président des Etats-Unis avec l'accord et le consentement du Sénat. Les

⁸⁰ Ministère de la justice

⁸¹ Ibid.

⁸² Voir, www.strategis.ic.gc.ca

⁸³ La Commission fédérale du commerce

⁸⁴ FOER Albert A.- LANDE Robert H., op.cit., pp 149 -172

⁸⁵ Ibid

commissaires sont nommés pour une période de sept années⁸⁶. Lorsqu'un commissaire est incapable d'exercer ses fonctions jusqu'à la fin de son mandat de sept années, un successeur est désigné pour le reste de la période⁸⁷. Un trait particulier quant à la composition de cette Commission est que ne peuvent siéger plus de trois personnes membres d'un même parti politique⁸⁸.

Le président de la FTC est désigné par le président des États-Unis parmi les cinq commissaires. Chef de la direction de l'organisme, le président de la FTC a des pouvoirs et une autorité que n'ont pas les autres commissaires. Il est celui qui nomme le personnel, qui répartit la charge de travail et qui a la direction des dépenses. Les nominations à des postes importants de la FTC doivent être approuvées par les autres commissaires, mais le président est libre de pourvoir d'autres postes⁸⁹.

La Commission est formée de trois bureaux, à savoir : le Bureau de la concurrence (Bureau of Competition), le Bureau de l'économie (Bureau of Economics) et le Bureau de la protection du consommateur (Bureau of Consumer Protection). La Commission possède aussi des bureaux régionaux dans l'ensemble du pays. Le Bureau de la concurrence est le principal responsable de l'application des lois fédérales en matière antitrust et commerciale. Le Bureau de l'économie fournit un soutien important aux avocats du Bureau de la concurrence qui font enquête sur des fusionnements ou d'autres questions; il formule des recommandations à la Commission et il aide à préparer les auditions de dossiers en matière antitrust. En outre, les économistes du Bureau rédigent des rapports et des études sur des questions ayant rapport à la mission de la Commission, à savoir le maintien de la concurrence. Chacun des bureaux a un directeur qui relève directement du président de la FTC, et plusieurs directeurs adjoints qui supervisent les avocats et les économistes et qui sont chargés des opérations quotidiennes⁹⁰.

⁸⁶ MALHERBE Jacques, op.cit, p.852

⁸⁷ Ibid

⁸⁸ LEVASSEUR Alain, op.cit, p.281

⁸⁹ Voir, www.strategis.ic.gc.ca

⁹⁰ Ibid.

La FTC exerce des pouvoirs d'enquête, de poursuite et de décision⁹¹. Les pouvoirs de la Commission sont limités au prononcé d'injonctions de cesser toute activité déloyale, adressées aux parties en infraction à la section 5 du *Clayton Act*. Aucune personne privée n'est en droit d'intenter une action en justice pour faire respecter les dispositions de cette section 5. Il en résulte que, les seules actions possibles étant publiques, en fait, FTC dispose un pouvoir assez limité à cause de ses faibles ressources financières⁹².

La FTC peut aussi assurer le respect des interdictions énoncées dans le *Clayton Act*. Par contre, elle ne peut veiller à l'application des sections 1 et 2 du *Sherman Act*. Aujourd'hui, l'activité principale de la Commission consiste à évaluer les projets de fusions qui lui sont soumis conformément à la procédure de notification préalable requise par la section 7 du *Clayton Act*⁹³.

Sous-Section III – La coordination des activités de la FTC et de la division antitrust

La loi confère à la FTC et à la division antitrust une compétence concurrente pour l'application des sections 2, 3, 7 et 8 de la *Clayton Act*, et vu que l'interprétation judiciaire de la section 5 de la loi constitutive de la FTC autorise cette dernière à contester un acte susceptible de constituer également une infraction prévue par la *Sherman Act*⁹⁴, ce chevauchement exige la coordination des activités des deux organismes afin d'assurer la répartition optimale de leurs ressources et le traitement équitable des personnes faisant objet de leurs enquêtes.

La coordination entre les deux organismes a été décrite dans la section 7 de la *Sherman Act*. Traditionnellement, on évite la tenue d'enquêtes simultanées dans deux domaines. Premièrement, grâce à un accord de liaison, le ministère renvoie à la FTC toutes les affaires civiles relatives à l'application de la Robinson-Patman Act et, deuxièmement, la FTC renvoie automatiquement à la division les allégations de violation criminelle des lois

⁹¹ Ibid.

⁹² MALHERBE Jacques, op.cit, p.852

⁹³ LEVASSEUR Alain, op.cit

⁹⁴ Antitrust Division Manual, chapitre VII, p.1 ; www.usdoj.gov/atr

antitrusts, notamment celles portant sur la fixation des prix. Les deux organismes veillent à l'application des autres dispositions antitrusts, en particulier celles relatives aux enquêtes sur les fusionnements de manière concurrente.

La coordination est assurée au moyen de la « procédure de désignation » qui a été établie par un accord inter organismes afin de déterminer quel organisme est le plus apte à s'occuper d'une affaire en particulier. Le premier accord inter organismes est intervenu de manière non officielle en 1938 et, depuis 1948, il a été modifié et rendu officiel par la correspondance entre le procureur général adjoint responsable de la division antitrust et le président de la FTC. Le 2 décembre 1993, la FTC et le ministère de la Justice ont publié de concert des modalités de désignation d'un organisme pour la tenue d'une enquête. Elles énoncent notamment les critères qui permettent de résoudre les « affaires litigieuses » C'est-à-dire celles à l'égard desquelles les deux organismes ont présenté une demande de désignation. Le 23 mars 1995, la FTC et le ministère de la Justice ont annoncé conjointement l'amélioration du programme de préavis de fusionnement issu de la *Hart-Scott-Rodino Act*. Au nombre des mesures d'amélioration, mentionnons l'engagement des organismes à régler la question de la désignation dans les affaires où un tel préavis a été déposé au plus tard neuf jours ouvrables après ce dépôt⁹⁵.

Les organismes ont convenu d'obtenir chacun l'accord de l'autre dans les cas suivants : l'un d'eux propose d'enquêter relativement à une contravention éventuelle à la loi; l'un d'eux reçoit une demande de communication de ses intentions quant à l'application de la loi, c'est à dire, une lettre d'intention de la division ou un avis consultatif de la FTC.

Sous-Section IV – Les autres institutions

Selon la théorie de régulation si le système du marché libre ne fonctionne plus dans un secteur de l'économie, l'état prend des mesures nécessaires

⁹⁵ Ibid.

pour rétablir l'économie libre⁹⁶. C'est la raison pour laquelle il existe des agences régulatrices directes ou indirectes, propre au système américain. Les agences régulatrices directes comme *Interstate Commerce Commission*, *Civil Aeronautics Board* et *Federal Communications Commission* ont l'autorité de déterminer le prix, conditions de commerce ainsi que les conditions d'accès et de sortir d'un secteur. Quant aux agences régulatrices indirectes, ces sont les *States* ou le gouvernement fédéral qui agissent par l'intermédiaire des lois d'impôt ayant des effets différents sur des différentes industries. Les réglementations commerciales protégeant l'industrie nationale face à la compétition étrangère. Elles ont aussi l'effet de protection des consommateurs, de l'environnement et des travailleurs⁹⁷.

Section VI – Les mécanismes du contrôle

La loi antitrust américaine recourt à plusieurs types des sanctions en matière de contrôle des pratiques anti-concurrentielles. Une large majorité des actions antitrust prennent aux Etats-Unis la forme de procès civils. Comme la section 1 de la *Sherman Act* interdit les ententes restreignant les échanges ou le commerce entre des États ou avec des nations étrangères. Ceux qui contreviennent à cette disposition peuvent être poursuivis devant des tribunaux civils ou criminels.

Sous-Section I - Les mécanismes du contrôle privé

La section 4⁹⁸ de la *Clayton Act* attire de sommes substantielles pour les demandeurs.

Le ministère de la Justice ne s'est pas doté d'une politique officielle définissant dans quels cas il est préférable qu'une action privée suive son cours. Cependant, dans diverses déclarations publiques, il a précisé les types d'actions sur lesquels il entendait mettre l'accent. Au criminel, le ministère semble vouloir s'attaquer en priorité au truquage des offres, à la

⁹⁶ ASSIDON Elsa., *Les théories économiques du développement*, Repères, La Découverte, Paris, 2000

⁹⁷ FOER Albert A.- LANDE Robert H. ,op.cit., pp. 149-172

⁹⁸ « toute personne peut, en raison d'un préjudice ... causé par un acte interdit par la législation antitrust, intenter une action. (Afin d'obtenir le) triple des dommages subis...»

fixation des prix et aux activités de cartels internationaux. Au civil, il semble mettre l'accent sur les instances relatives à des activités ayant une grande visibilité, sauf le fusionnement, les instances qui créent des précédents juridiques de grande portée et celles qui ont une grande incidence sur les consommateurs⁹⁹.

La jurisprudence constante de la Cour Suprême dit que les sanctions en matière de concurrence doivent priver l'auteur de tout gain dont il aura bénéficié. Donc, une sanction intégrale peut très bien inclure la confiscation de tout gain pécuniaire ou tout bien que les parties auraient obtenu par des moyens illicites et la restitution de somme que les concurrents ou consommateurs lésés auraient perdu. En revanche, l'action civile intentée par la victime, vise le gain obtenu par l'auteur du dommage et la restitution des pertes subies de la victime. Dans cette perspective la section 4 du Clayton Act prévoit que toute personne qui subit une atteinte dans ses droits de propriété ou dans ses affaires, du fait de la violation d'une règle du droit de la concurrence, dispose d'un droit d'action, afin d'obtenir une somme équivalente à trois fois le montant des dommages dont elle a souffert.

Ces sont les dommages et intérêts triples mentionnées ci-dessus du droit américain antitrust. Ces dispositions amènent souvent le commentaire selon lequel l'Etat a voulu faire des citoyens des procureurs privés. Face à une pratique anti-concurrentielle, la victime se voit reconnaître un droit de poursuite.

En revanche l'attrait de sommes substantielles pour les demandeurs, les conséquences éventuellement ruineuses pour les défendeurs et le souci d'empêcher la double indemnisation des acheteurs et des consommateurs directs explique la définition restrictive retenue par les tribunaux quant à la qualité requise pour intenter un recours antitrust privé¹⁰⁰.

⁹⁹ Ministère de la justice des Etats-Unis, l'application des dispositions antitrust et les consommateurs; www.usdoj.gov/atr/public/div_stats

¹⁰⁰ Atlantic Richfield Co. V. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328, 334 (1990)

Selon la section 16¹⁰¹ de la *Clayton Act* une injonction provisoire ou permanente peut être obtenue en remplissant les conditions nécessaires énumérées par la loi.

Cependant, aucune disposition des présentes ne confère à une personne physique ou morale, ou à une association, sauf les États-Unis, le droit de présenter une requête en injonction visant un transporteur public relevant de la compétence de la Surface Transportation Board suivant la partie IV du titre 49. Dans toute action fondée sur la présente disposition, le demandeur qui a substantiellement gain de cause se voit adjuger par le tribunal les dépens de la poursuite, y compris un montant raisonnable au titre des honoraires d'avocat.

La *Clayton Act* oblige le demandeur de procurer le cautionnement nécessaire pour couvrir les dommages susceptibles d'être infligés si une injonction injustifiée est accordée et s'il existe d'un risque immédiat de perte ou de préjudice irréparable.

L'Act n'autorise pas l'octroi d'une injonction au bénéfice du public en général. Le demandeur doit en effet établir qu'il est exposé à un préjudice particulier qui diffère de celui auquel est exposé le public en général¹⁰².

En plus les lois antitrusts américaines reconnaissent un droit au recours collectif. Un tel recours doit être intenté si les conditions de l'article 23¹⁰³ des règles fédérales de procédure civile¹⁰⁴ sont remplies.

¹⁰¹ Section 16 déclare qu'« une personne physique ou morale, ou une association, peut s'adresser à une cour des États-Unis ayant compétence à l'égard des parties pour obtenir une injonction lorsqu'une infraction prévue par les dispositions antitrusts l'expose à une perte ou à un préjudice, suivant les mêmes conditions et les mêmes principes en fonction desquels une injonction est accordée par une cour statuant en *equity* pour contrer un comportement susceptible de causer une perte ou un préjudice, conformément aux règles applicables à une telle procédure, moyennant la signature du cautionnement exigé pour couvrir les dommages susceptibles d'être infligés si une injonction injustifiée est accordée et une preuve de l'existence d'un risque immédiat de perte ou de préjudice irréparable, une injonction provisoire peut être décernée. »

¹⁰² *Revere Camera Co. V. Eastman Kodak Co.*, 81 F. Supp. 325, 331 (N.D III.1948)

¹⁰³ L'article 23 prévoit qu'« Un ou plusieurs membres d'un groupe de personnes ne peuvent poursuivre ou être poursuivis en tant que représentants du groupe dans sa totalité que si les conditions suivantes sont remplies :

- 1) le groupe comprend trop de membres pour que la réunion des actions soit réalisable;
- 2) il existe des questions de droit ou de fait commun à tous les membres du groupe;

Les questions de droit ou de fait qui sont communes à tous les membres du groupe doivent être trop nombreux pour qu'une réunion d'actions soit possible. En outre, les membres désignés doivent formuler des allégations ou invoquer des moyens de défense qui sont représentatifs de ceux du groupe et être en mesure de défendre les intérêts du groupe.

De plus, la partie qui demande l'autorisation d'intenter un recours collectif doit intenter des recours distincts comporte le risque que des jugements contradictoires soient rendus ou statuer sur des recours individuels comporte le risque de statuer sur les intérêts de tiers.

Il convient de décerner une injonction ou de rendre un jugement déclaratoire relativement au groupe, car la partie adverse a agi pour des motifs généralement applicables au groupe.

Il est admis que les questions communes de droit ou de fait l'emportent sur les questions particulières, et le recours collectif est le moyen le plus équitable et le plus efficace de trancher le litige¹⁰⁵.

En théorie, les États-Unis pourraient intenter une action *parens patriae* pour le compte de tous les citoyens américains auxquels la contravention aux lois antitrusts a infligé un préjudice. Toutefois, en pratique, ils ne le font pas. Le point de vue de la division antitrust semble être que toute action civile ou criminelle qu'elle intente est au nom des citoyens des États-Unis¹⁰⁶.

Sous-Section II - Les mécanismes du contrôle public

A. Poursuite criminelle

Les poursuites criminelles sont habituellement engagées par la division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis sur le fondement de la *Sherman Antitrust Act*.

3) les allégations du ou des représentants ou leurs moyens de défense sont représentatifs des allégations du groupe ou de ses moyens de défense;

4) les représentants défendront convenablement les intérêts du groupe. »

¹⁰⁴ 7 F.R..Civ.P.23

¹⁰⁵ Ibid

¹⁰⁶ Federal Trade Commission Act, op. cit. art.31 à 53

Les poursuites criminelles relevant exclusivement du Département de la justice ne sont intentées que pour les infractions *per se* classiques. Il s'agit alors d'actes criminels rendant leurs auteurs passibles d'amendes maximales de 10 millions de dollars, si ce sont des personnes morales et de 350 000 \$ dans le cas des autres défendeurs. Les personnes physiques peuvent également être condamnées à une peine maximale d'emprisonnement de trois ans¹⁰⁷.

B. Dommages-intérêts

Suivant la section 4(A) de la *Clayton Act*, l'État fédéral peut demander l'indemnisation du préjudice réel infligé à l'un de ses biens ou de ses entreprises par la violation des dispositions antitrusts.

C. Injonction et ordonnance de dessaisissement

La section 15 de la *Clayton Act* permet en outre de demander une injonction. Pendant longtemps la procédure fédérale d'obtention d'une injonction a été considérée, en substance, comme une poursuite publique comportant une sanction non pas criminelle, mais civile, et visant la défense de l'intérêt public, de même que la réparation et la prévention de tout préjudice public¹⁰⁸. Elle n'a pas la même fonction que le recours privé en injonction, dont la portée est plus étroite. En conséquence, la mesure corrective obtenue par les États-Unis peut englober une ordonnance d'accomplir un acte donné pour rétablir la concurrence, y compris le dessaisissement ou l'aliénation d'une partie de l'entreprise, la dissolution d'une entreprise ou la cessation de ses activités, en totalité ou en partie, le partage d'une entreprise en deux entités indépendantes ou plus ou la concession d'une licence obligatoire en matière de propriété intellectuelle.

D. Jugement par consentement

La très grande majorité des instances civiles engagées par la division antitrust a été réglée au moyen d'un jugement rendu avec le consentement

¹⁰⁷ Sherman Antitrust Act ; 15 U.S.C. §§ 1-7

¹⁰⁸ Hartford-Empire Co. v. United States, 323 U.S. 386 p.441 (1945)

des parties sans qu'aucun témoin n'ait été entendu et qu'aucune question en litige n'ait été examinée au préalable.

Le phénomène s'explique principalement par la section 5 (a) de la *Clayton Act*, qui dispose qu'un jugement par consentement rendu avant l'audition de tout témoignage ne constitue pas une preuve *prima facie* opposable au défendeur aux fins d'une action consécutive en dommages-intérêts triplés. Comme une action en dommages-intérêts triplés est souvent intentée après que les États-Unis ont exercé un recours antitrust et eu gain de cause, le jugement par consentement est une option intéressante pour la partie défenderesse.

Un jugement par consentement peut être modifié par le tribunal en raison d'un changement de circonstances. Il renferme généralement une clause selon laquelle le tribunal demeure compétent pour entendre une demande présentée par les États-Unis afin d'obtenir la modification du jugement ou son exécution

E. Ordonnance de cesser et de s'abstenir

Il incombe notamment à la Federal Trade Commission de faire obstacle, au moyen d'une action civile, à la concurrence déloyale qui, de surcroît, contrevient aux lois antitrusts¹⁰⁹. En matière civile, ses attributions chevauchent souvent celles de la division antitrust du ministère de la Justice.

La plainte de la FTC en vue de l'obtention d'une ordonnance de cesser et de s'abstenir est entendue initialement par un juge de la FTC statuant en droit administratif. Un délai de trente jours est accordé au défendeur pour déposer une réponse. Si aucune réponse n'est reçue avant l'expiration de ce délai ou que le défendeur ne conteste pas la plainte, le juge statuant en droit administratif rend sa décision. Lorsque la plainte est contestée, l'avocat de la FTC, auquel incombe le fardeau de la preuve, doit être immédiatement en mesure d'étayer ses allégations. Le juge tient une audience s'apparentant à l'instruction d'une demande, puis rend une décision initiale. Celle-ci peut être

¹⁰⁹ FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683, (1948)

réformée par la FTC, même si le juge est investi de tous les pouvoirs nécessaires pour exercer ses fonctions¹¹⁰.

L'ordonnance de cesser et de s'abstenir rendue par la FTC peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la cour d'appel des États-Unis compétente. Une demande en ce sens doit être présentée au plus tard soixante jours après la signification de l'ordonnance¹¹¹.

F. Sanction civile en cas de désobéissance à une ordonnance de cesser et de s'abstenir

La personne qui désobéit à une ordonnance définitive de cesser et de s'abstenir s'expose à une sanction civile infligée par une cour fédérale. En outre, le tribunal peut rendre une ordonnance de faire et ordonner toute autre mesure équitable de nature à assurer le respect de l'ordonnance¹¹².

G. Ordonnance temporaire de ne pas faire ou injonction provisoire obtenue par la FTC

La Commission peut tenter de faire interdire la violation réelle ou appréhendée des dispositions antitrust jusqu'à ce qu'elle dépose une plainte et que celle-ci soit rejetée... ou jusqu'à ce que l'ordonnance de la commission s'y rapportant devienne définitive¹¹³. Pour ce faire, la commission doit cependant saisir une cour de district des États-Unis d'une action visant l'interdiction de la violation des dispositions antitrusts. La cour peut rendre ordonnance de ne pas faire s'appliquant à court terme, puis une injonction provisoire, sans que la Commission n'ait à fournir un cautionnement¹¹⁴.

¹¹⁰ 16 C.F.R., art.,2.1 et 2.2

¹¹¹ Section 5 du Federal Trade Commission Law op.cit

¹¹² ibid, 5e et 5g

¹¹³ Ibid, 13b

¹¹⁴ ibid

Chapitre II – Les règles de fond de droit de la concurrence européenne

Le droit de la concurrence européenne vise la libre concurrence et une économie de marché ouvert et prévoit des règles ayant un effet direct s'adressant aux entreprises et aux Etats membres. Les règles communautaires de la concurrence s'appliquent à l'ensemble des activités économiques et le contrôle de respect est assuré par la Commission, par les autorités de concurrence des Etats membres, par le Tribunal de Premier Instance et par la Cour de Justice.

Section I - Les ententes

Sous-Section I - Prohibition des ententes entre les entreprises

L'article 81 § 1¹¹⁵ pose une interdiction très large est directement applicable dans l'ordre juridique des Etats membres¹¹⁶.

Selon le paragraphe 2 de même article, les accords, décisions ou pratiques incompatibles avec le paragraphe 1 sont frappés par la nullité de plein droit. Mais le paragraphe 3 prévoit la possibilité d'exempter certaines ententes de l'interdiction et de la nullité.

A. La notion d'entreprise :

L'article 81 TCE est destiné aux entreprises. Toutefois, le Traité de Rome ne définit nulle part la portée de cette notion. Il incombe aux institutions européennes chargées de l'application du droit communautaire de donner un sens à cette notion.

Dans l'un des ses premiers arrêts, la Cour de Justice considère que *« L'entreprise est constituée par une organisation unitaire des éléments personnels, matériels et immatériels, rattaché à un sujet juridiquement*

¹¹⁵ « Sont incompatibles avec le marché commun et interdit tout accord entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprise et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ...»

¹¹⁶ CJCE, aff. 127/73 BRT c/SABAM I, Rec. 1974, p.51

*autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé*¹¹⁷ ».

Depuis l'arrêt *Hofner*¹¹⁸ l'entreprise est définie au sens du droit de la concurrence, comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ».

Par conséquent, en droit communautaire de la concurrence il existe deux critères pour qu'il existe une entreprise. L'existence d'une activité économique et son exercice de façon indépendante.

Le but lucratif est entendu de façon très large, ce peut être faire des profits mais aussi faire des économies ou simplement une activité qui participe aux échanges économiques¹¹⁹.

Il ne peut exister d'entente ou de pratique concertée au sens du droit communautaire de la concurrence qu'entre des opérateurs économiques indépendants¹²⁰. Une entreprise est dite autonome lorsqu'elle poursuit une activité économique pour son propre compte et qu'elle a le pouvoir de déterminer de façon indépendante son comportement sur le marché¹²¹.

La question du degré d'indépendance se pose essentiellement à propos des groupes de sociétés et doit être examinée en fonction des circonstances de chaque espèce¹²².

A la fin des années soixante, la Commission s'est penchée sur ce problème. Dans une première décision, Elle a justifié l'inapplicabilité de l'article 81 (ex-article 85) TCE par l'absence de concurrence susceptible d'être restreinte

¹¹⁷ CJCE, aff. jointes, 17 et 20/61 du 13.7.1962, Klockner-Werke, Rec. 1962, p.618, 646

¹¹⁸ CJCE, aff., 41/9 du 23.4.1991, Hofner et Elser, Rec. 1991, p.1979

¹¹⁹ TERCINET Anne, Droit européen de la concurrence, Montchrestien, 2000, p.48

¹²⁰ Communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce, JOCE no.139, 24.12.1962

¹²¹ Ibid, p.49

¹²² DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, Droit communautaire matériel, Les Fondamentaux, Hachette 2001, p. 111

entre une filiale et la sociétaire d'un même group¹²³. Dans une deuxième décision¹²⁴, La Commission a toutefois opéré une distinction entre les relations internes et externes des filiales d'un group de sociétés.

La Cour de Justice a confirmé la pratique de la Commission dans l'affaire *Béguelin*¹²⁵ en précisant l'absence de toute idée d'entente entre une société mère et sa filiale dénuée d'autonomie de comportement sur le marché.

Le statut juridique est indifférent. Une personne physique peut être qualifiée d'entreprise. Les règles communautaires de concurrence s'appliquent aussi bien privées qu'aux entreprises publiques ; toutefois, ces derniers, lorsqu'elle assure la gestion d'un service d'intérêt économique générale, sont soumis à un régime particulier¹²⁶.

B. La notion d'entente :

La politique de concurrence telle que conçue par le Traité CE (art.2, 3 § 1 g et 4) exige que les entreprises définissent leur politique économique de manière autonome et ne la coordonnent pas entre elles¹²⁷. Le Traité de Rome a la tendance d'englober toutes les formes d'entente contenant une volonté de restreindre la concurrence entre plusieurs entreprises. Plus précisément l'article 81 § 1 TCE interdit toute collaboration consciente et volontaire entre des entreprises, en vue d'une action commune, susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres. Ce consensus peut prendre la forme d'un accord entre entreprises, d'une décision d'association d'entreprise ou encore d'une pratique concertée. En effet le juge communautaire et la Commission ont la tendance d'appliquer la notion d'infraction unique pour ces derniers.

¹²³ Décision de la Commission n° 69/195 du 18.6.1969, Christiani & Nielsen: JOCE, n° L 165/12, 165/ 14 du 5 juillet 1969.

¹²⁴ Décision de la Commission n° 70/332 du 30.6.1970, Kodak: JOCE, n° L 147/24, 147/25 165/ du 7 juillet 1970.

¹²⁵ CJCE, aff. 22/71 du 25.11.1971, Béguelin Import/G.L. Import Export, 25.11.1971

¹²⁶ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 111

¹²⁷ CJCE, Aff. 172/80 du 14.7.1981, Zuchener c/Bayerische Vereinsbank, Rec. 1981, p.2021

1. L'accord :

L'accord entre entreprise est une convention par laquelle deux ou plusieurs entreprises organisent leur comportement sur le marché en vue d'adopter une attitude concurrentielle déterminée¹²⁸. Il y a « accord » lorsque les parties ont abouti à un consensus ou un projet qui limite ou est de nature à limiter leur liberté commerciale en déterminant leur ligne d'action ou d'abstention d'action mutuelle sur le marché¹²⁹.

La forme d'un accord ne revêt aucune importance. Il peut être écrit ou oral¹³⁰ ou encore résulter du comportement effectif des partenaires¹³¹. De même, des *gentlemen's agreement* sont susceptibles d'encourir l'interdiction de l'article 81 lorsqu'ils prévoient des clauses qui constituent l'expression de la volonté commune des parties¹³². En outre, un accord inexécuté est également soumis à l'article 81 TCE, s'il représente une menace potentielle pour la concurrence¹³³.

Le critère déterminant pour la formation d'un accord est la limitation volontaire, réelle ou potentielle de l'autonomie d'action individuelle des parties à l'entente¹³⁴.

2. La décision d'association d'entreprise :

Ce qui est visé ici c'est l'expression fidèle de la volonté de l'association de coordonner le comportement de ses membres sur le marché¹³⁵. Un acte unilatéral ayant l'objet de ses membres de s'entendre. Une demande pour adopter un comportement faussant la concurrence.

¹²⁸ CJCA, aff. 41/69 du 15.7.1970, Chemiefarma, Rec.1970, p.661

¹²⁹ Décision de la Commission du 10.12.1990, Carbonate de soude-Solvay : JOCE n° L 152 du 15.6.1991

¹³⁰ CJCA, aff. 28/77 du 20.6.1978, Tepea, Rec. 1978, p.1391, § 41

¹³¹ CJCE, aff. 107/82 du 6.5.1982 AEG Telefunken, Rec.1983, p. 3151, §37-39

¹³² CJCE, Chemiefarma, op.cit §112

¹³³ Décision de la Commission n° 75/497 du 15 juillet 1975, Règles IFTRA pour les producteurs d'aluminium brut : JOCE n° L 228/3 du 29.8.1975

¹³⁴ Décision de la Commission n° 86/398 du 23 avril 1986, Polypropylène : JOCE n° L 230/1 du 18.8.1986

¹³⁵ CJCE, aff. 218/78 du 29.10.1980, Van Landewyck, Rec.1980, p.3125, § 86

La notion comprend toute sorte de décision à condition qu'elle soit contraignante pour ses membres¹³⁶. Mais il ne s'agit pas nécessairement d'un acte créateur d'obligation juridique¹³⁷. Il suffit qu'elles remplissent deux conditions cumulatives, être l'expression fidèle de la volonté des membres de l'association¹³⁸ et exercer une influence sur la concurrence entre les Etats membres¹³⁹.

La qualification du mode d'entente peut donner lieu à hésitation, puisque la pratique décisionnelle applique parfois la notion d'accords entre entreprises à des accords conclus par des associations professionnelles, en leur nom et pour le compte de leurs membres¹⁴⁰. Afin d'échapper à l'application à l'article 81 TCE, une association peut prétendre qu'une restriction du commerce découle de l'accord d'exécution conclu entre quelques membres de l'association, mais non d'une décision d'association elle-même¹⁴¹. Pour éviter une telle manœuvre, la Cour de Justice donne une portée très large à l'article 81 TCE¹⁴².

En règle générale, appartenance à une association signifie en accepter les règles et le comportement. A moins d'un acte de dissentiment, ceci vaut non seulement pour les activités prévues par les statuts de l'association, mais également pour les activités de fait de celle-ci¹⁴³. En revanche, l'imputation effective de la responsabilité semble plus rigoureuse. La Commission a en effet le devoir de prouver la participation effective de chaque entreprise inculpée à l'infraction sanctionnée¹⁴⁴: ni l'existence d'une responsabilité collective, ni celle d'une responsabilité objective étendue au-delà des actes commis par l'entreprise incriminée n'est acceptable¹⁴⁵.

La différence fondamentale entre un accord et une décision d'association d'entreprise réside dans le mode d'expression de la volonté des parties.

¹³⁶ CJCE, aff. 45/85 du 27.01.1987, *Verband der Sachversicherer*, Rec.1987, p.405, §32

¹³⁷ Décision de la Commission du 30.11.1994, *Ciment* : JOCE n° L 343 du 30.12.1994

¹³⁸ CJCE, *Verband der Sachversicherer*, op.cit, §32

¹³⁹ CJCE, aff. 71/74 du 15.5.1975, *Frubo/Commission*, Rec. 1975, p.563, §30

¹⁴⁰ Ibid

¹⁴¹ PIAGET Olivier, *La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2001, p.29

¹⁴² Ibid, p.27

¹⁴³ Décision de la Commission du 30.11.1994, *Ciment*, précitée, §44, ch.4

¹⁴⁴ PIAGET Olivier, op.cit.

¹⁴⁵ TPI, aff. 2/89 du 24.10.1991 *Petrofina/Commission*, Rec. 1991, p.1087, §254 à 256

Dans le premier cas, un concours de volontés individuelles provenant de plusieurs structures indépendantes se manifeste, alors que dans le second cas, une volonté collective s'exprime par l'intermédiaire d'un organe unique, désigné par l'association et directement subordonné à cette dernière¹⁴⁶.

Quant à la distinction entre la décision d'une association d'entreprise et une pratique concertée se manifeste dans le mode d'expression de la volonté des entreprises.

3. La pratique concertée :

La notion fut pour la première fois définie par la Cour dans l'affaire dite « des matières colorantes ¹⁴⁷ » en ce sens qu'il s'agit d'une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite. Dans la pratique concertée il y a la volonté, l'intention d'agir avec la certitude que les autres réagissent adéquatement mais au-delà de simple parallélisme. Par sa nature même, elle ne réunit pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants¹⁴⁸. En conséquence, la distinction entre un accord et une pratique concertée repose sur l'intensité de la collaboration des entreprises qui y participent¹⁴⁹.

La notion de pratique concertée implique un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de causalité entre ces deux éléments ¹⁵⁰. En revanche, elle n'implique pas nécessairement que le comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence ¹⁵¹. Selon la jurisprudence récente, sauf preuve contraire apportée par les parties, la concertation influence le comportement des parties sur le marché et permet de conclure que, sauf circonstances

¹⁴⁶ GOLDMAN B./ LYON-CAEN A./VOGEL L., Droit des affaires dans l'Union européenne, 2^e édition, Litec, Paris, 1998, p.363

¹⁴⁷ CJCE, aff. 48/69 du 14.7.1972, Impérial Chemical Industries (ICI) Ltd., Rec.1972, p.619, §64

¹⁴⁸ Ibid. §65

¹⁴⁹ PIAGET Olivier, op-cit., p.30

¹⁵⁰ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , Introduction au droit européen de la concurrence, Stämpfli Editions SA Berne, 2002, p.7

¹⁵¹ CJCE, aff. C-49/92 du 8.7.1999, Commission/ Anic Partecipazioni SpA, Rec.1999, p.4125, §117

exceptionnelles, l'existence de la concertation permet normalement de présumer l'existence de pratiques concertées¹⁵².

Mais il faut quand même relever que tout comportement parallèle, même conscient, n'implique pas une pratique concertée. La Cour énonce qu'un parallélisme de comportement ne peut être considéré comme apportant la preuve d'une concertation que si la concertation en constitue la seule explication plausible¹⁵³. La jurisprudence de la Cour de Justice, relayée par le Tribunal de première instance, impose que les présomptions ne soient utilisées qu'avec précaution¹⁵⁴.

La distinction entre la pratique concertée et l'association d'entreprise est tranchée ainsi : Dans une pratique concertée, la volonté de chaque entreprise s'exprime par le biais d'un comportement unilatéral, dont l'assemblage produit un effet collectif. En revanche, dans le cadre d'une association d'entreprises, les décisions sont prises conjointement par l'intermédiaire d'un organe prévue à cet effet et censé représenter la volonté collective des entreprises participant à l'association¹⁵⁵.

4. L'évolution récente :

L'article 81§1 du TCE prévoit que l'entente peut se réaliser selon trois formes cités ci-dessus. Avec l'apparition de la notion de l'infraction complexe ou unique, cette séparation est mise en cause.

La décision *Polypropylène*¹⁵⁶ de la Commission a fait l'usage du terme de l'infraction unique pour la première fois. Ensuite le Tribunal¹⁵⁷ d'abord et la Cour¹⁵⁸ ensuite, se détache de l'interprétation littérale de l'article 81§1 en faveur d'une lecture téléologique et encore plus économique en admettant ce nouveau concept.

¹⁵² TPI, Petrofina (polypropylène), op.cit, §214 à 216

¹⁵³ CJCE, aff. C-89, 125-129/85 du 27.9.1988, Ahlstrom (pâte de bois II), Rec.1988, p.5193, §71

¹⁵⁴ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 113

¹⁵⁵ PIAGET Olivier, op.cit., p.31

¹⁵⁶ Décision de la Commission du 23.04.1986, Polypropylène : JOCE n° L 230 du 18.8.1996, p.1

¹⁵⁷ TPI, aff. 295/94 du 14.5.1998, Carton Rec.1998, p.813, et 4/89 du 17.12.1991, Basf, Rec. 1991, II 1523, §244 à 246

¹⁵⁸ CJCE, Commission/ Anic Partecipazioni SpA, op.cit, §112, 113 et 132

La Commission désire abandonner le problème de la qualification dans l'une ou l'autre des trois formes prévues. Encouragée par le juge communautaire, elle semble dorénavant prête à franchir l'ultime étape vers l'abandon de la diversité de l'entente¹⁵⁹.

Cette tendance à analyser les comportements visés sous l'angle de l'infraction unique évolue donc nécessairement vers la notion globale¹⁶⁰ constituée par "l'entente"¹⁶¹. Suivant cette tendance, il suffit à la Commission de constater l'existence d'une concertation relevant de l'interdiction de l'article 81§1 TCE. Les entreprises quant à elles, doivent, afin de constater leur participation à l'infraction, apporter la preuve que les éléments constitutifs de l'infraction en cause ne sont pas remplis¹⁶².

Sous-Section II - Les conditions d'application

L'article 81 ne s'applique qu'aux comportements susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. C'est la volonté des rédacteurs du Traité qui a posé cette condition générale. Le critère d'applicabilité est ainsi constitué par la notion d'affectation¹⁶³. Cet article est un outil au service de la construction du Marché Unique, prévu à l'article 2 du TCE en ce qu'il prévient tout cloisonnement des marchés nationaux¹⁶⁴.

A. Affectation du commerce entre Etats membres

De façon générale, la notion d'atteinte au commerce entre Etats membres englobe tous les cas dans lesquels les échanges sont détournés de leur cours normal¹⁶⁵.

Une entente est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres si elle permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant la possibilité

¹⁵⁹ LIANOS Ioannis, "«La confusion des infractions» de l'article 81 § 1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique", RTDE 36 (2), avril-juin 2000, p.241

¹⁶⁰ Elément déterminant d'une entente est la manifestation d'un concours de volontés entre deux ou plusieurs opérateurs économiques de se comporter d'une manière déterminée.

¹⁶¹ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.9

¹⁶² CJCE, Commission/ Anic Partecipazioni SpA, op.cit, §126-136

¹⁶³ CJCE, aff. 22/78 du 31.5.1979 Hugin, Rec.1979, p.1869

¹⁶⁴ TERCINET Anne, op.cit, p.53

¹⁶⁵ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.10

d'exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres d'une manière à faire craindre qu'elle entrave la réalisation ou le bon fonctionnement d'un marché unique¹⁶⁶.

Pour aboutir à une telle conclusion il faut tenir en compte un ensemble des éléments de droit ou de fait. Ainsi, le critère de l'affectation a une interprétation extensive qui a été affirmé par la Cour de Justice en indiquant qu'il n'était pas nécessaire d'établir qu'il y a eu affectation, mais seulement que le comportement est susceptible d'avoir un tel effet¹⁶⁷.

L'affectation du commerce entre les Etats membres est présumée lorsque les produits font, ou feront probablement, l'objet du commerce entre Etats membres ou lorsque l'entente se réfère directement aux transactions internationales, spécialement si elle restreint les importations ou si les parties sont situées ou opèrent dans différents Etats membres¹⁶⁸.

Exceptionnellement une entente revêtant un caractère purement national peut aussi affecter le commerce entre les Etats membres. Pour cela l'entente doit avoir l'effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant l'interpénétration économique voulue par le Traité et assurant une protection à la production nationale¹⁶⁹. Et encore, il y a une véritable extension de l'applicabilité des dispositions communautaires du droit de la concurrence à des situations internes à un Etat lorsque le territoire de l'Etat en cause peut être considéré comme une partie substantielle du Marché Commun¹⁷⁰.

La notion d'affectation détermine la question de compétence, en matière de réglementation d'ententes en droit communautaire et s'applique également aux abus de position dominante et aux concentrations.

¹⁶⁶ CJCE, aff. C-219/95 du 17.7.1997 Ferrier Nord, Rec.1997, p.4411, §20

¹⁶⁷ CJCE, aff. 19/77 du 1.02.1978 Miller, Rec. 1978, p.131, §15

¹⁶⁸ CJCE, aff. jointes 100 à 103/80 du 7.6.1983 Musique Diffusion française, Rec.1983, p.1825, §83

¹⁶⁹ CJCE, aff. 8/72 du 17.10.1972 Vereeniging van Cementhandelaren, Rec. 1972, p.977, §29

¹⁷⁰ CJCE aff. 42/84 du 11.7.1985 Remia, Rec.1985, p.2545, §22

B. Atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché commun

Une entente n'est interdite que « si le but poursuivi ou l'effet obtenu est d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun », soit entre les seuls participants (concurrence interne), soit également à l'égard des tiers (concurrence externe)¹⁷¹. En pratique, la distinction n'est pas faite entre les termes ; c'est plutôt l'objectif défini à l'article 3(g) TCE qui est recherché : faire en sorte que se réalise « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée »¹⁷². Il faut admettre que l'interdiction à l'atteinte à la concurrence est valable sous quelque forme que soit.

Afin de déterminer l'objet d'une entente, la Cour de Justice se réfère à la volonté des parties dont l'accord est supposé refléter l'expression. Elle ne recherche toutefois pas la volonté réelle et subjective des parties, mais fonde son raisonnement sur une analyse des clauses de l'entente examinée, définies comme une conscience présumée des effets prévisibles de l'entente¹⁷³.

En l'absence d'objet anti-concurrentiel, une entente peut toujours être incriminée au titre des effets actuels ou potentiels¹⁷⁴.

Indépendamment de la détermination de l'objet ou de l'effet anti-concurrentiel, il peut être nécessaire dans certaines cas de s'interroger sur l'existence d'un lien de causalité entre l'accord, la décision ou la pratique concertée et la restriction de concurrence décelée sur le marché¹⁷⁵. La Cour de justice fait l'usage de principe de l'effet cumulatif, selon lequel un seul contrat ne serait pas suffisant pour créer un effet restrictif de concurrence, mais il faut la conclusion de plusieurs contrats similaires pour en avoir¹⁷⁶.

¹⁷¹ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.11

¹⁷² DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 113

¹⁷³ CJCE Affaires jointes 96, 102, 104, 105, 108, 110/82 du 8.11.1983 IAZ/Commission, Rec. 1983, p.3369, §25

¹⁷⁴ CJCE, aff. C-7/95 John Deere du 28.5.1998, Rec.1998, p.3111, §77

¹⁷⁵ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 115

¹⁷⁶ CJCE, aff. C-234/89 du 28.2.1991 Delimitis, Rec. 1991, p. I-935.

Quant à la localisation de l'effet anti-concurrentiel, elle doit se situer à l'intérieur du marché commun. Le fait qu'un grand nombre des participants à une entente illicite en aient leur siège en dehors de la Communauté ne limite en rien leur responsabilité, lorsque ces entreprises réalisent l'essentiel de leurs affaires dans la Communauté¹⁷⁷.

Il s'ensuit que le droit communautaire est applicable à une opération qui affecte les conditions du marché à l'intérieur de la Communauté indépendamment de fait de savoir si l'opérateur économique est ou non établi sur le territoire de l'un des Etats membres de la Communauté¹⁷⁸.

Une entente produisant entièrement ses effets dans des pays tiers échappe à l'interdiction de l'article¹⁷⁹.

C. Caractère sensible

Le Traité ne posant aucune condition s'agissant de l'intensité de l'affectation du commerce entre Etats membres et du jeu de la concurrence, logiquement les autorités communautaires ont déduit que les restrictions de concurrence doivent atteindre à certaine ampleur.

D'abord, le juge communautaire a imposé cette règle de *minimis non curat praetor* dans une affaire en indiquant qu'un accord conclu entre les participants occupant une faible position sur le marché des produits concernés n'affecte que légèrement le marché et par conséquent l'art 81 ne s'applique pas à ces accords¹⁸⁰. Il faut considérer que l'entente produit un effet sensible lorsque les parties détiennent plus de 5% du marché en question¹⁸¹. Par contre les accords entre les entreprises de grande taille, détenant moins de 5% peuvent constituer l'effet sensible¹⁸².

¹⁷⁷ Décision de la Commission du 13.7.1994 Carton, JOCE n°243, du 19.9.1994 p.1 §139

¹⁷⁸ CJCE, aff. 6/72 du 21.2.1973 Continental Can, Rec.1973, p.215, §14 à 17

¹⁷⁹ Décision de la Commission du 22.10.1964 DECA, JOCE n°173, p.2761

¹⁸⁰ CJCE, aff. 5/69 du 9.7.1969 Voelk/Vervaecke, Rec.1969, p.295, §7

¹⁸¹ CJCE, Miller op.cit, §9,10

¹⁸² Décision de la Commission du 28.11.1979 Floral, JOCE n° 39 1980 p.51

Ultérieurement, la Commission a utilisé les critères chiffres pour décider du caractère sensible ou non d'une restriction de concurrence¹⁸³. Selon cette dernière l'article 81 § 1 est en principe¹⁸⁴ inapplicable lorsque les parts de marché détenues par les entreprises participantes ne dépassent pas, sur aucune des marchés concernés le seuil de 10%, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant au même stade de la production ou de la commercialisation ; et le seuil de 15%, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant à des stades différents de l'économie. Pour les accords mixtes ou de qualification incertaine le seuil de 10% s'applique de nouveau.

Toutefois, le seuil ne s'applique pas pour certains types d'accords comme des accords horizontaux fixant les prix, limitant la production ou les ventes, répartissant les marchés ou les sources d'approvisionnement ou des accords verticaux fixant les prix de revente ou assurant à des entreprises participantes ou à des entreprises tierces une protection territoriale car l'atteinte à la concurrence est fortement présumée¹⁸⁵.

Il faut aussi signaler que la Commission reconnaît que les accords entre petites et moyennes entreprises, telles que définies dans l'annexe de la recommandation 96/280/CE¹⁸⁶ de la Commission sont rarement en mesure d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres.

Un autre point important pour la détermination du degré de concurrence praticable dans des circonstances données et atteintes effectivement portée à ladite concurrence, dans la mesure où la condition de l'effet sensible dépend des parts de marché des entreprises en cause il convient de déterminer au préalable le marché en cause¹⁸⁷. Ces critères de

¹⁸³ Communication de la Commission du 27.5.1970, JOCE n° C 64 du 2.6.1970 et du 9.12.1997, JOCE n° C 372 remplacée par la Communication concernant les accords d'importance mineure «*de minimis*» qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81§1 TCE, du 22.12.2001 JOCE n° C 368/07 p.13

¹⁸⁴ CJCE, aff. 100 à 103/80 du 7.6.1983 Pioneer Rec.1983, p. 1825; la Cour a négligé le seuil du chiffre d'affaire fixé par la Commission.

¹⁸⁵ Communication concernant les accords d'importance mineure «*de minimis*» qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81§1 TCE, JOCE n° C 372/1997, p.13, §9,11 et 12.

¹⁸⁶ JOCE L 107 du 30.4.1996, p.4. Cette recommandation va être révisée. Il est envisagé d'augmenter le seuil de chiffre d'affaire annuel de 40 millions d'euros à 50 millions d'euros et seuil de bilan annuel de 27 millions d'euro à 43 millions d'euros.

¹⁸⁷ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 115 et BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.14

détermination sont aussi applicables dans le cadre de l'article 82 et nous allons les examiner au chapitre suivant.

Sous-Section III - Les dérogations

Conformément à l'article 81 § 3¹⁸⁸, certaines ententes interdites par le paragraphe 1 peuvent bénéficier d'une exemption de l'interdiction et par conséquent échappe à la nullité¹⁸⁹.

L'exemption dépend avant tout de la mesure dans laquelle l'accord en question, à la lumière de sa teneur et de son objet, renforce ou affaiblit globalement la concurrence et aussi de la mesure dans laquelle il encourage ou empêche la réalisation des objectifs et missions générales de Communauté¹⁹⁰.

Il ressort de cet article que quatre conditions cumulatives doivent être remplies afin de bénéficier de l'exemption, de tel sort qu'il suffit que l'une des conditions fasse défaut pour que l'exemption doive être refusée¹⁹¹.

Les conditions pour accorder l'exemption exigent d'abord que l'entente contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. La Cour annonce sur ce sujet que l'amélioration des processus économiques requise pour l'octroi de l'exemption prévue à l'article 81 § 3, ne saurait être identifier à tous les avantages que les partenaires retirent de l'accord quant à leur activité, mais il convient d'apprécier les risques qu'une mesure fait peser contre la

¹⁸⁸ L'article 81 dispose en son paragraphe 3 que « ...les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises ; à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprise et à toute pratique concertée ou catégorie de pratique concertée

1. qui contribue à améliorer la production la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
2. tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans
 - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
 - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

¹⁸⁹ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.14

¹⁹⁰ Ibid

¹⁹¹ TPI, aff. T-17/93 du 15.7.1994 Matra Hachette, Rec.1994, p.II 595, §104

concurrence au regard des améliorations qui en résultent¹⁹². Cette amélioration doit notamment présenter des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients en résultant sur le plan de la concurrence¹⁹³.

Deuxièmement, l'entente en question doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Cette condition ne vise pas concrètement la collectivité en général mais les tiers par rapport à l'entente qui interviennent effectivement dans le circuit économique du produit ou du service en cause, à titre de producteur, travailleur, distributeur, consommateur, etc.¹⁹⁴. Le profit peut se traduire par une baisse de prix ou pour une amélioration de la qualité ou de la sécurité d'un produit ou d'un service ou encore par un élargissement du choix proposé ou l'efficacité d'un service après vente¹⁹⁵.

Troisièmement, il faut que l'entente n'impose pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs. Pour remplir cette condition, il faut établir que les atteintes à la concurrence résultant du projet sont proportionnées à la contribution de celui-ci au progrès économique et/ou technique ou à l'amélioration de la production et/ou de la distribution¹⁹⁶. Les clauses de protection territoriale absolue, dans les contrats de concession exclusive ne sont considérées indispensables pour atteindre les effets bénéfiques de l'accord¹⁹⁷.

Ensuite, l'entente ne doit pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. La Cour estime que les soucis des auteurs du Traité de conserver au marché, dans le cas où des restrictions de la concurrence sont admises, les possibilités d'une concurrence effective ou potentielle sont expressément précisés à l'article 81 paragraphe 3 du Traité¹⁹⁸. Les entreprises tierces doivent néanmoins avoir accès au marché envisagé.

¹⁹² CJCE, aff. 56 et 58/64 du 13.7.1966 Consten et Grundig, Rec.1966, pp.431 et 502

¹⁹³ MERCIER P. / MACH O. / GILLIERON H. / AFFOLTER S., Grands principes du droit de la concurrence, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles 1999, p.129

¹⁹⁴ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p 123

¹⁹⁵ Décision de la Commission du 10.12.1984 Eurochéque, JOCE n° L 35/1985, p.43.

¹⁹⁶ TPI, Matra Hachette SA, op.cit, § 135

¹⁹⁷ CJCE, aff. 258/78 du 8.6.1982 Nungesser et Eisele, Rec.1982, p.2015

¹⁹⁸ CJCE, Continental Can, op.cit, § 25

Les premiers deux conditions permettent à la Commission d'examiner l'entente dans une perspective relativement large qui peut permettre de retenir ses avantages actuels ou potentiels pour l'environnement, l'emploi, l'encouragement aux petits et moyennes entreprises¹⁹⁹. Mais encore, le paragraphe 3 de l'article 81 permet en générale d'harmoniser la politique de concurrence avec les autres politiques européennes.

Il existait jadis deux modalités possibles pour l'octroi d'exemptions. Mais le fameux règlement 17²⁰⁰ du Conseil, permettant à obtenir une exemption individuelle a été remplacée par un nouveau règlement²⁰¹ prévoyant un système d'exception légale et substituant le système d'autorisation préalable sur base de notification. Aujourd'hui les autorités nationales et la Commission peuvent toujours exercer un contrôle *a posteriori* sur la validité d'entente en cas de doute ou de contestation. Mais par conséquent, la procédure du contrôle *ex ante* sur la base de demande d'exemption individuelle a été abolie.

L'abolition du système d'autorisation permet en effet de décentraliser efficacement l'application du droit communautaire tant vers les autorités que vers les juridictions nationales.

Le règlement n° 17/62 mettait en place un système de contrôle centralisé selon lequel les ententes susceptibles de restreindre et d'affecter le commerce entre États membres devaient, pour bénéficier d'une exemption, être notifiées à la Commission. Cette compétence exclusive de la Commission pour l'autorisation d'accords restrictifs de la concurrence remplissant les conditions de l'article 81, paragraphe 3 du traité CE, a conduit les sociétés à notifier une multitude d'accords, ce qui a miné les efforts tendant à promouvoir une application rigoureuse et décentralisée des règles de concurrence.

¹⁹⁹ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p.123

²⁰⁰ JOCE 13 du 21.2.1962, p.204/62

²⁰¹ Règlement No 1/2003 du Conseil 16.12.2002, JOCE du 4.1.2003 L 1 p.1

Dans la perspective d'une Europe élargie, cette décentralisation est la condition *sine qua non* de l'application efficace des règles de concurrence²⁰².

Pourtant, le nouveau règlement sauvegarde le système d'exemption par catégorie. Ce système fonctionne en générale en deux étapes ; le Conseil confère à la Commission, la compétence d'arrêter des règlements d'exemptions et cette dernière déclare l'article 81 paragraphe 1 du traité inapplicable à des catégories d'accords, de décisions et des pratiques concertées. Si les bénéfices espérés de l'exemption par catégorie indiquée à l'article 81 paragraphe 3 du traité ne sont pas atteintes, la Commission ou les autorités de concurrence des Etats membres ont le pouvoir de retirer le règlement concernant²⁰³.

Section II - L'abus de position dominante

Sous-Section I – Le principe

L'article 82²⁰⁴ du TCE suit une liste non exhaustive des comportements susceptibles d'être qualifiés de pratiques abusives et il produit des effets directs dans les relations entre les particuliers en engendrant directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder²⁰⁵.

Il est claire que la rédaction de cet article a été inspirée par l'article 66 § 7 du traité CECA qui définissait la position dominante comme le fait pour l'entreprise de se soustraire à la concurrence dans une partie important du marché. En revanche, l'article 82 ne proposant pas de définition, il incombe à la Commission et à la Cour de remplir la notion d'abus de position dominante.

²⁰² Discours de Mario MONTI à Bruxelles, le 22 novembre 2002 sur « Les Reformes en cours en matière de concurrence mise en perspective. »

²⁰³ Règlement No 1/2003 du Conseil op.cit., article 29

²⁰⁴ L'article 82 du Traité prévoit qu' : « Est incompatible avec le marché commun et interdit dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. »

²⁰⁵ CJCE, aff. 127/73 BRT § 16 ; TPI aff. T-51/89 Tetra Pak § 42

Sous-Section II – Les conditions d’application

Pour qu’un comportement tombe sous le coup d’application de l’article 82, il faut remplir cumulativement certaines conditions qui sont examinées ci-dessous.

Par ailleurs, l’exigence relative à l’affectation du commerce entre les Etats membres²⁰⁶, commune aux articles 81 et 82, est souvent appliquée de la même manière en vertu de chacune des dispositions.

A. Le marché en cause

Pour apprécier si une entreprise est en position dominante sur un marché il y a lieu de déterminer d’abord le marché en cause tant au point de vue géographique tant au point de vue du produit et du service.

Cet examen permet de déterminer les concurrents actuels et potentiels de l’entreprise en question et d’autres contraintes qui peuvent peser sur l’exercice de sa puissance supposée sur le marché.

La Communication de la Commission précise sa technique d’appréciation du marché qui est identique pour les ententes et pour les concentrations d’entreprise²⁰⁷. Si les principes sont sensiblement les mêmes qu’en matière d’ententes, leur application conduit à des résultats différents. Par exemple, le marché d’une marque n’est pas pris en compte isolément, mais, au contraire, après appréciation de l’impact de la concurrence des autres marques²⁰⁸.

Il faut noter encore que l’article 82 TCE nécessite une analyse du marché en cause plus détaillé que l’article 81 TCE.

1. Le marché géographique

Il ne s’agit pas nécessairement de considérer l’ensemble du marché commun au vu de l’étendue du marché européen. Pour tomber sous l’application de

²⁰⁶ Cette notion a été examinée à la section I

²⁰⁷ Communication de la Commission du 9.12.1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE n° C 372/1997 p.5

²⁰⁸ *ibid*

l'article 82 TCE, il suffit que la position dominante existe dans une partie substantielle du marché commun.

La détermination de cette partie substantielle se fait, en prenant en considération la structure et le volume de la production et de la consommation dudit produit, ainsi que les habitudes et les possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs²⁰⁹. En conséquence, la partie substantielle du marché peut être limitée au territoire d'un seul Etat²¹⁰ ou le monde entier²¹¹.

Le cadre géographique est caractérisé par le fait qu'il constitue une zone de concurrence suffisamment homogène pour être distingué des zones voisines²¹². La Cour a défini le marché géographique comme le territoire sur lequel tous les opérateurs économiques se trouvent dans des conditions de concurrence similaires, en ce qui concerne, précisément, les produits concernés²¹³.

2. Le marché de produit ou de service

S'agissant des produits, le marché en cause couvre ensemble des produits substituables parce que les utilisateurs, les producteurs et la concurrence les font apparaître comme interchangeables²¹⁴. Une situation de position dominante ne peut exister qu'entre produits « substituables » ou « interchangeables ». Celui comprend tous les produits ou services qui ont pour l'objet de satisfaire une demande déterminée.

La notion de produits de substitution a développé notamment dans l'affaire de Continental Can²¹⁵. La Cour y a précisé que les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquelles ces produits seraient

²⁰⁹ CJCE, aff. jointes 40, 48/73 du 16.12.1975 Suiker Unie, Rec.1975, p.1663, § 371

²¹⁰ CJCE, aff. 322/81 du 9.11.1983 Michelin, Rec.1983, p.3461, § 28

²¹¹ XXIV^e Rapport de la Commission sur la politique de la concurrence, 1994 p.135

²¹² DUBOIS L. / BLUMANN C., Droit Communautaire Matériel, Montchrestien, Paris 1999, p.373

²¹³ TPI, aff. 83/91 du 6.10.1994 Tetra Pak International, Rec.1994, p.II 755, §91

²¹⁴ DUBOIS L. / BLUMANN C., Droit Communautaire Matériel, op.cit, p.373

²¹⁵ CJCE aff. 6/72 du 18.04.1975 Continental Can, Rec.1975, p.495, § 32

particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et serait peu interchangeables avec d'autres produits.

L'article 82 s'applique aussi au marché des services. Ce qui relève une certaine difficulté concernant l'application de logique des marchés de produits sur ce dernier. Il est souvent assez difficile de trancher les caractéristiques des services²¹⁶.

L'appréciation des marchés se fait selon des critères peu juridiques à savoir la teste de l'élasticité croisée de la demande et le test des caractéristiques particulières et des usages spécifiques.

Le premier test consiste en détermination, du point de vue de l'utilisateur, le degré auquel les ventes du produit (A) augmentent en réponse à l'augmentation du prix de vente du produit (B)²¹⁷. S'il y a un flux fort vers le produit (B), l'on en déduit que les deux produits font partie du même marché.

Quant au deuxième test, il s'agit de lister les spécificités des produits et leurs caractéristiques techniques, puis de les recouper²¹⁸. Le test sert à séparer les produits ou des services hautement spécialisés se trouvant dans un autre marché.

3. Les barrières à l'entrée sur le marché

Les parts de marché ne reflètent qu'imparfaitement le pouvoir d'une entreprise sur le marché. La situation se varie selon l'existence ou non de faibles barrières d'entrée au marché.

Contrairement au droit antitrust américaine, qui fait une analyse économique détaillée pour déterminer les barrières à l'entrée depuis longtemps, le droit européen ne l'utilise que tout récemment et seulement dans le cadre du contrôle des concentrations, mais non dans l'application d'article 82 TCE.

²¹⁶ Décision de la Commission du 20.12.1989, Service de courrier rapide, JOCE n° L 10 du 12.1.1990

²¹⁷ TERCINET Anne, op.cit, p.70

²¹⁸ Ibid

B. L'existence d'une position dominante

En tout premier lieu, la Commission a prononcé sur le sujet et elle a retenu une approche qui met l'accent sur une possibilité de comportement indépendant de l'entreprise en position dominante, en indiquant que les entreprises sont en position dominante lorsqu'elles ont une possibilité de comportements indépendants qui les met en mesure d'agir sans tenir notablement compte des concurrents, des acheteurs ou des fournisseurs²¹⁹.

La Cour de Justice confirma cette décision dans sa jurisprudence quelques années plus tard, en déclarant que la position dominante donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement de ses consommateurs²²⁰.

Le point commun de ces deux appréciations de la position dominante est celui de « comportements indépendants » qui permet d'apprécier l'existence d'une position dominante.

L'existence d'une position dominante résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui pris isolément, ne serait pas nécessairement déterminants²²¹. C'est la raison pour laquelle on utilise plusieurs critères cumulatifs pour conclure qu'il existe une situation de position dominante.

La part de marché détenue par l'entreprise constitue un indice important. Des parts de marché se situant entre 5 et 10% excluent sauf circonstances particulières l'existence d'une position dominante²²².

Des parts extrêmement importantes comme 70-85%, constituent par elles-mêmes, sauf conditions exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante²²³.

²¹⁹ Décision de la Commission du 9.12.1971, Continental Can, JOCE n° L.7/1972, p.25

²²⁰ CJCE, aff. 27/76 du 22.9.1976 United Brands, Rec.1976, p.1371, § 65

²²¹ TPI, aff. 30/89 du 12.12.1991 Hilti, Rec.1991, p.II 781, § 90

²²² CJCE, Metro I, op.cit, § 17

²²³ CJCE, Suiker Uni, op.cit § 379 et 380 ; TPI, Hilti, op.cit, § 92 et 93

Par contre, des parts tournants aux environs de 50% du marché nécessitent une analyse plus poussée de la position des sociétés concurrentes. S'il n'y a que deux autres entreprises sur le marché, leurs parts respectives sont suffisamment importantes pour garantir une concurrence équilibrée. Au contraire, si de nombreuses entreprises se partagent le reste du marché, il est clair que la société détenant 50% du marché est potentiellement en situation de position dominante²²⁴.

Un autre critère essentiel est le caractère durable dans le temps²²⁵. La possession d'une part de marché doit durer pendant un certain laps de temps.

Ces critères sont souvent combinés avec d'autres facteurs comme la capacité financière,²²⁶ l'avance technologique,²²⁷ la structure de l'entreprise²²⁸ etc.

A la différence d'une situation de monopole²²⁹, la position dominante n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence. Mais sa position permet à l'entreprise de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera sans et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice²³⁰. Cela fait que si la position dominante peut exister sans qu'il y ait monopole, l'existence de ce dernier est normalement constitutive de position dominante²³¹.

L'article 82 du Traité est susceptible de s'appliquer à des situations dans lesquelles plusieurs entreprises détiennent ensemble une position dominante sur le marché pertinent dont aucune ne la détiennent individuellement. La Commission a considéré dans une affaire que trois entreprises détenaient

²²⁴ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.28

²²⁵ CJCE, aff. 85/76 du 13.2.1979 Hoffmann-La Roche, Rec.1979, p.461, § 41

²²⁶ Art. 2 Règlement n° 4064/89 sur les concentrations d'entreprises

²²⁷ CJCE, Hoffmann-La Roche, op.cit, § 48

²²⁸ CJCE, United Brands, op.cit, § 67

²²⁹ Un monopole se définit comme une entreprise soustrait à toute concurrence sur un marché donné.

²³⁰ CJCE, Hoffman-La Roche, op.cit, § 38

²³¹ CJCE, aff. 30/87 du 4.5.1988 Bodson, Rec.1988, p.2478, § 13

une position dominante collective sur le marché italien de verre plat²³². Cependant la Cour, plus exigeante, considère que la position dominante collective ne peut être conclut qu'à la condition que les entreprises en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché²³³.

Le TPI a même admis dans une affaire, l'existence d'une position dominante collectif vertical, entre un producteur et certain des ses distributeurs²³⁴.

C. L'exploitation abusive

Il convient de préciser que la domination par une ou plusieurs entreprises est en elle-même licite au regard de l'article 82, mais « l'abus » découlant de cette situation privilégiée est réprimée. Donc il faut préciser la notion de l'exploitation abusive.

En droit communautaire nous constatons deux analyses de l'exploitation abusive d'une position dominante ; l'une s'attache aux comportements et l'autre plutôt aux structures.

1. L'abus de comportement

L'abus peut résulter d'un comportement sur le marché afin d'obtenir des avantages qui ne pourraient pas l'être en cas de concurrence suffisamment efficace²³⁵.

D'ailleurs un examen de liste²³⁶ de l'abus de position dominante à l'art 82 TCE nous indique qu'il s'agit d'un comportement à l'égard des partenaires commerciaux, anormal par rapport à ce qui devrait se produire dans un régime de concurrence effective²³⁷.

²³² Décision de la Commission du 7.12.1988, Verre plat, JOCE n° L 33 du 4 février 1989

²³³ TPI, aff. jointes 68, 77 et 78/89 Società Italiana Vetro § 358

²³⁴ TPI, aff. 228/97 Irish Sugar et confirmée par l'arrêt de la CJCE aff.497/99 P

²³⁵ GAVALDA C. / PARLEANI G., Droit des affaires de l'Union européenne, Editions Litec, 4^e édition, Paris 2002, p.391

²³⁶ L'article cite comme exemple : fixation de prix ou autres conditions inéquitables ; limitation de la production, des débouchés ou du développement technique ; discrimination entre les partenaires commerciaux ; insertion dans les contrats de prestations qui n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

²³⁷ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit., p.119

2. L'abus de structure

Pourtant la Cour a adopté une conception objective, en excluant la notion de faute²³⁸. Elle déclare que la notion d'exploitation abusive est une notion objective, qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou développement de cette concurrence²³⁹.

L'abus de position dominante se manifeste lorsque l'entreprise en situation de domination modifie les conditions structurelles de la concurrence²⁴⁰.

Sous-Section III – L'obligation des entreprises de partager les ressources essentielles.

La théorie des "*essential facilities*" est une théorie initialement développée aux Etats-Unis mais qui connaît, aujourd'hui, un certain impact dans la pratique européenne, tant au niveau jurisprudentiel que dans le cadre de certaines directives²⁴¹.

La Commission européenne a défini cette situation dans sa décision *Sea Containers/Stena Sealink*²⁴² en expliquant qu'une entreprise qui dispose d'une position dominante en ce qui concerne l'exploitation d'un service essentiel et qui utilise elle-même ce service et qui refuse d'en délivrer l'accès à d'autres entreprises sans raisons objectives ou qui octroie l'accès à des conditions moins avantageuses que celles appliquées à ses propres services

²³⁸ DUBOIS L. / BLUMANN C., op.cit., p.373

²³⁹ CJCE, Hoffman-La Roche, op.cit., § 91

²⁴⁰ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit., p.120

²⁴¹ VEGIS.E, "La Théorie des "*essential facilities*": genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?", *R.D.C.*, 1999, p. 4 et ss.

²⁴² Décision de la Commission du 21.12.1993, JOCE n° L 15 du 18.1.1994, p.8, § 66

viole l'article 86 si les conditions requises pour l'application de cette disposition sont réunies".

Ce principe est applicable lorsque le concurrent cherchant à obtenir l'accès aux installations essentielles est un nouveau venu sur le marché de référence²⁴³.

La caractéristique consiste cependant dans le fait qu'est en cause un bien ou service considéré comme "essentiel"²⁴⁴.

Sous-Section IV - L'absence de dérogation

Associé à l'article 81 quant aux objectifs poursuivis, au domaine d'application et l'applicabilité directe, l'article 82 du traité s'en distingue par le caractère inconditionnel de l'interdiction édictée²⁴⁵.

Dans le système de protection de la concurrence mis en place par le Traité, l'octroi d'une exemption au titre de l'article 81 paragraphe 3 ne saurait en aucun cas valoir également exonération de l'interdiction énoncée à l'article 82. Ce principe résulte tant du libellé de l'article 81 paragraphe 3, qui permet uniquement déroger, par une déclaration d'inapplicabilité, à l'interdiction des ententes énoncée à l'article 81 paragraphe 1, que de l'économie respective de l'article 81 et de l'article 82, qui constituent des dispositions autonomes et complémentaires destinées en principe à réagir des situations distinctes sous des régimes différents²⁴⁶.

Néanmoins, il existe des rares exceptions à la règle générale. Selon le règlement (CE) 1/2003 du Conseil²⁴⁷, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, la Commission peut, pour des raisons d'intérêt public communautaire,

²⁴³ Ibid. § 67

²⁴⁴ Pour une illustration : Avis de l'avocat général Jacobs communiqué le 28 mai 1998, dans l'affaire C-7/97, Mediaprint, London European c. Sabena, n° L 317 du 24 novembre 1988, p. 47; British Midlands/Aer Lingus, J.O.C.E. n° L 96/34 du 10 avril 1992

²⁴⁵ MALHERBE Jacques, *Pratiques du Commerce : Concurrence Tome IV*, Université Catholique de Louvain, 2001, p.741

²⁴⁶ MERCIER P. / MACH O. / GILLIERON H. / AFFOLTER S., op.cit, p.222

²⁴⁷ Journal officiel L 1 du 4.1.2003]

constater qu'en fonction des éléments dont elle a connaissance, l'article 82 du traité est inapplicable.

Section III – Les Concentrations

Sous-Section I – L'évolution du droit communautaire des concentrations

Bien que le traité CECA ait prévu un contrôle de concentrations à l'article 66, Il existe une lacune au Traité CE sur ce sujet. Cette lacune posa des problèmes dès les premiers « chocs pétroliers ». Les concentrations qui ont lieu aux Etats-Unis et au Japon faisaient sentir leurs effets en Europe²⁴⁸. Le droit communautaire a pris tant de retard pour aborder ce problème et il a fallu attendre jusqu'à 21 décembre 1989 pour le règlement relatif aux concentrations.

Avant cette date la pratique communautaire s'est organisée autour de deux grandes idées. La Commission considéra tout d'abord que l'article 81 était inapplicable aux opérations de concentration. En revanche, elle n'exclut pas l'applicabilité de l'article 82 en estimant que le renforcement d'une position dominante par des moyens de concentration entra dans le champ d'application de cet article²⁴⁹.

La Cour de Justice d'abord approuva l'interprétation donnée par la Commission²⁵⁰ et ensuite admis, en des termes assez ambigus, l'applicabilité de l'article 81 aux ententes entraînant une modification structurelle d'une entreprise, telle qu'une prise de participation dans le capital²⁵¹.

Si les articles 81 et 82 pouvaient s'appliquer aux concentrations, un tel contrôle *a posteriori*, revendique un inconvénient majeur en entraînant la nullité de l'opération. Cette situation lèse la sécurité juridique nécessaire pour le développement de l'économie.

²⁴⁸ GAVALDA C. / PARLEANI G., op-cit, p.400

²⁴⁹ Mémoire de la Commission sur le problème de la concentration dans le marché commun, troisième partie n° 6 à 13

²⁵⁰ CJCE aff. Continental Can, op.cit, § 26

²⁵¹ CJCE aff. jointes 142, 156/84 du 14.11.1987 British American Tobacco Company Ltd. et R.J Reynolds Industries Inc., Rec.1987, p.4487, §§ 37 à 39

Depuis longtemps la Commission proposa l'adoption d'un règlement du Conseil ouvrant le chemin pour un contrôle préventif. Après des années d'hésitation, le règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises a été adopté²⁵². Ce règlement définit de manière exhaustive les concentrations et laisse leur contrôle aux autorités nationales s'il ne s'agit pas d'une opération de dimension communautaire.

Tout dernièrement il existe un projet de réforme concernant le règlement 4064/89 déjà prononcé au Livre Vert du 11 décembre 2001²⁵³. Cette réforme porte sur l'articulation entre le droit communautaire et les droits nationaux du contrôle ainsi que l'harmonisation de notions, d'analyses et la coordination nécessaire entre les organisations internationales de contrôle pour éviter des décisions contradictoires en ce qui concerne les opérations mondiales²⁵⁴.

Sous-Section II – Champ d'application du règlement

A - La notion d'opération de concentration

L'article 3 du règlement 4064/89 définit de manière exhaustive toutes les opérations de concentration²⁵⁵.

²⁵² JOCE n° L 395 du 30.12.1989, p.1 Le règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises entré en vigueur le 21.9.1990, modifié par le règlement n° 1310/97 du Conseil, JOCE n° L 180 du 9.7.1997, p.1

²⁵³ Rapport sur la politique de la concurrence 2001, 745 final

²⁵⁴ JOCE n° 20/4 du 28.1.2003 Proposition de règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁵⁵ L'article 3 indique qu'« Une opération de concentration est réalisée :

1. lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ou lorsqu'une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

2. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes la fonction d'une entité économique autonome constitue une opération de concentration au sens de paragraphe 1, point b).

3. Aux fins de l'application du présent règlement, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment ;

a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;

b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

Les parties à l'opération de concentration sont des entreprises privées ou des entreprises publiques en tous les secteurs, seulement avec des règles spécifiques pour le calcul des seuils en ce qui concerne les établissements de crédit et les assurances²⁵⁶.

Le caractère énumératif du règlement soulève la question du traitement des opérations quasi-concentrations, comme les alliances stratégiques, les regroupements coopératifs ou associatifs, etc. Certains auteurs proposent de les exclure du contrôle des concentrations pour les soumettre plutôt à celui des ententes²⁵⁷.

Dans la communication de la Commission²⁵⁸ concernant la notion de concentration au sens du règlement 4064/89, la Commission se réfère plutôt à des critères qualitatifs que quantitatifs. Depuis cette communication l'article 3 du règlement 4064/89 s'applique aux fusions, aux acquisitions du contrôle et la création d'une entreprise commune.

Si la fusion entre entreprises antérieurement indépendantes n'est pas particulièrement complexe dans la mesure où il s'agit de l'illustration la plus classique du phénomène de concentration, il n'en est pas de même pour ce qui est de la concentration par acquisition du contrôle d'une ou plusieurs entreprises²⁵⁹.

1. Fusion

La définition des fusions a été faite à l'article 3 § 1 du règlement n° 4064/89 en exigeant la naissance d'une nouvelle unité économique intervenant entre les sociétés antérieurement indépendantes²⁶⁰. En conséquence, le règlement ne s'applique pas aux fusions réalisant au sein de même groupes.

²⁵⁶ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op-cit. p 134

²⁵⁷ GAVALDA C. / PARLEANI G., op-cit, p.403

²⁵⁸ Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE n° C 66 du 2.3.1998, p.5, § 6

²⁵⁹ Communauté Européenne 2002-2003, Collection Mémento, Editions Francis Lefebvre, Levallois 2001, p.503, § 3252

²⁶⁰ Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil op.cit, § 6

Une autre forme de fusion est lorsqu'une entreprise est absorbée par une autre en perdant ainsi sa personnalité morale²⁶¹.

Il en est ainsi, notamment, lorsque deux ou plusieurs entreprises, toutes en conservant leur personnalité juridique propre, établissent sur une base contractuelle, une gestion économique commune, caractérisée par une direction économique unique et permanente. D'autres facteurs tels qu'une compensation des profits et des pertes entre les différentes entreprises à l'intérieur du groupe et une responsabilité solidaire peut entrer en considération²⁶².

2. Acquisition du contrôle

L'article 3 § 3 du règlement n° 4064/89 définit la notion comme « la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'entreprise ». Cette définition assez large, attribuant un rôle essentiel à la notion de contrôle ne permet pas de dresser une liste exhaustive. Le moyen utilisé pour la prise de contrôle ainsi que la technique utilisée a peu d'importance. Par contre, la restructuration interne ne saurait par conséquent constituer une concentration²⁶³.

Pour savoir si une opération entraîne une prise de contrôle, il faut tenir compte d'un certain nombre d'éléments de fait ou de droit. Même une dépendance économique aboutisse à un contrôle de fait, lorsque d'importants accords de fourniture à long terme ou d'importants crédits à long terme octroyés par des fournisseurs ou des clients couplés avec d'autres liens structurels permettent d'exercer une influence déterminante²⁶⁴.

La Communication distingue le contrôle exclusif du contrôle commun. Un contrôle exclusif est normalement acquis de droit lorsqu'une entreprise acquiert une majorité des droits de vote d'une société. En l'absence d'autres éléments, l'acquisition qui ne comprend pas une majorité des droits de vote ne confère normalement pas le contrôle de la société même si elle entraîne

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Ibid. § 7

²⁶³ Ibid. § 8 point 3

²⁶⁴ Décision de la Commission du 25.9.1992, CCIE/GTE, JOCE n° C 112 du 22.4.1993, p.4

la détention d'une majorité du capital social²⁶⁵. Le contrôle exclusif peut également être acquis avec une « minorité qualifiée », ce qui peut être établi par les circonstances ou de fait²⁶⁶.

Contrairement au contrôle exclusif, qui accorde à un actionnaire donné le pouvoir de déterminer les décisions stratégiques d'une entreprise, le contrôle en commun se caractérise par la naissance possible d'une situation de blocage²⁶⁷. Il y a contrôle en commun lorsque deux ou plusieurs entreprises ou personnes ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise.

Le changement du contrôle commun en contrôle exclusif est considéré comme une opération de concentration parce que l'influence déterminante exercée seule est substantiellement différente de l'influence déterminante exercée à plusieurs²⁶⁸.

Le contrôle en commun peut résulter de plusieurs situations comme parité des droits de vote ou de représentation dans les organes de direction²⁶⁹, l'exercice commun des droits de vote²⁷⁰, l'exercice d'un droit de veto²⁷¹, contrôle en commun pour une période limitée²⁷², etc.

²⁶⁵ Décision de la Commission du 5.10.1992, Air France / Sabena, JOCE n° C 272 du 21.10.1992, p.5

²⁶⁶ Décision de la Commission du 3.8.1993, Société générale de Belgique / Générale de Banque, JOCE n° C 225 du 20.8.1993, p.2

²⁶⁷ Communication de la Commission concernant la notion de concentration précitée, §18 ss.

²⁶⁸ Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE n° C 66 du 2.3.1998, p.12, § 30 à 32 et la décision de la Commission du 4.2.1993, VW AG / VAG UK, JOCE n° C 38 du 12.2.1993, p.12

²⁶⁹ Décision de la Commission du 17.3.1993, Matra / CAP Gemini Sogeti, JOCE n° C 88 du 30.3.1993, p.8

²⁷⁰ Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement n° 4064/89 op.cit

²⁷¹ Décision de la Commission du 19.3.1993, SITA/RPC/SCORI, JOCE n° C 88 du 30.3.1993, p.9

²⁷² Décision de la Commission du 28.3.1994, British Telecom / Banco Santander, JOCE n° C 134 du 17.5.1994, p.4

3. La création d'une entreprise commune

C'est un substitut de fusion et l'un de mode de concentration le plus utilisé. Pour la constituer au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations, il faut remplir deux conditions cumulativement. D'abord deux ou plusieurs entreprises doivent pris le contrôle commun de l'entreprise commune, ensuite l'entreprise commune doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique.

La Commission a précisé ces critères dans sa communication concernant la notion de concentration au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises en disant que l'entreprise commune doit tout d'abord être autonome vis-à-vis des entreprises fondatrices. Pour ce faire, elle doit avoir le financement, le personnel et les actifs corporels et incorporels donc des ressources nécessaires pour exercer ses activités. Il s'agit d'une entreprise en « plein exercice ».

De plus, l'entreprise commune ne doit pas avoir été créée pour une période déterminée de courte durée.

Il existe néanmoins une question important à savoir si l'entreprise commune doit être qualifiée de « concentrative » ou de « coopérative »²⁷³. Le premier cas tombe sous l'application du règlement 4064/89 tandis que le deuxième cas sera examiné selon l'article 81 § 1 et 3. Dans ce dernier cas, l'article 81 devient une règle de fond du règlement 4064/89 pour les entreprises communes structurelles concentratives²⁷⁴.

4. Exceptions

Le règlement 4064/89 prévoit dans son article 3 § 5, q'une opération de concentration n'est pas réalisée si :

²⁷³ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, op.cit. p.136

²⁷⁴ GAVALDA C. / PARLEANI G., op.cit, p.408

- l'acquisition de titres par des entreprises dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres, pour compte propre ou pour compte d'autrui ;
- l'acquisition de contrôle par une personne mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un Etat membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité ou à une autre procédure analogue ;
- l'acquisition de contrôle par une société de participation financière, sous certaines conditions restreignant l'usage de droit de vote.

B- La dimension communautaire

Le contrôle organisé par le règlement et voulu par l'autorité communautaire n'est pas destiné à appréhender toutes les concentrations, seuls les opérations qui par leur importance, sont susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres est visé par le texte. Dès lors, les critères permettant de déterminer la dimension communautaire devaient d'une part être suffisamment objectifs pour permettre aux entreprises de savoir avec une raisonnable sécurité juridique, si elles tombent dans le champ d'application du règlement, et d'autre part suffisamment précis pour éviter des chevauchements avec les éventuels contrôles nationaux²⁷⁵.

La détermination de la dimension communautaire se fait en referant aux chiffres d'affaires des entreprises impliquées. Il y a d'abord lieu de vérifier si les seuils déterminés par l'article 1 du règlement 4064/89 est atteint, si tel n'est pas le cas il faut encore vérifier si les quatre conditions figurant à l'article 1 § 3 du règlement 1310/97 sont atteints.

Pour ce qui est de premiers seuils, l'article 1 § 2 du règlement 4064/89 exige un chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les parties concernées représente au moins 5 milliards euros et un chiffre d'affaires réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros. Et le troisième seuil a une fonction d'empêcher que des opérations

²⁷⁵ BERLIN Dominique, Contrôle communautaire des concentrations, Pédone, Paris, 1992, p.94

ayant un effet principalement soient soumises au contrôle communautaire. Il n'y aura pas de contrôle communautaire si chacune des parties concernées réalise les deux tiers de son chiffre d'affaires dans un seul et même Etat membre.

Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998 de règlement 1310/97 du 30 juin 1997, les dispositions communautaires s'applique également à une opération de concentration qui n'atteint pas les seuils fixés par le règlement 4064/89. Pour cela il faut remplir l'ensemble des conditions suivantes, énumérées à l'article 1 § 3 :

Tout d'abord la chiffe d'affaires totales réalisées sur le plan mondial par les entreprises concernées doit être supérieure à 2,5 milliards d'euros ; ensuite, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées doit être supérieur à 100 millions d'euros. Là encore, il n'y aura pas de contrôle communautaire si chacune des parties concernées réalise les deux tiers de son chiffre d'affaires dans un seul et même Etat membre; de plus, dans au moins trois Etats membres, le chiffre d'affaire total réalisé par toutes les entreprises concernées doit être supérieur à 100 millions d'euros ; et enfin, dans au moins trois Etats membres, le chiffe d'affaires réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées doit être supérieur à 25 millions d'euros.

Selon l'article 5 du règlement 4064/89, le chiffre d'affaires total est défini comme le montant des ventes de produits et des prestations de services réalisés par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la TVA et autres impôts directement liés au chiffre d'affaires. Les communications du 2 mars 1998²⁷⁶ relatives au calcul du chiffre d'affaires et à la notion d'entreprises concernées précisant la méthode de calcul de chiffe d'affaires, ainsi que les entreprises auxquelles on doit l'appliquer.

²⁷⁶ Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement n° 4064/89 op.cit

Les seuils de chiffre d'affaire requise pour établir la compétence communautaire semblent assez élevé mais en réalité le contrôle communautaire est plus étendu qu'il n'y paraît, car, au-delà des entreprises directement impliquées dans l'opération de concentration, ce sont en réalité les groupes auxquels elles appartiennent qui doivent être prise en compte²⁷⁷.

Sous-Section III – Appréciation des opérations de concentration

Une fois que la Commission décide que l'opération de concentration a une dimension communautaire il faut vérifier sa conformité avec l'article 2 du règlement 4064/89. Pour cela, la Commission détermine d'abord le marché en cause et ensuite apprécie la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun.

Toutefois, il faut relever deux particularités. La première est que la Commission établit une distinction entre les marchés « en cause » et les marchés « affectés »²⁷⁸. Les seconds sont ceux sur lesquels la concentration ne crée pas nécessairement une position dominante mais une part de marché significatif. En second lieu, analyse du marché se place dans une perspective temporelle dynamique en prenant en compte les évolutions prévisibles²⁷⁹.

A- Détermination du marché en cause

Le règlement 4064/89 n'a pas d'innovation sur ce sujet. Comme la Cour indique qu'à titre préliminaire, il convient de relever que la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à toute appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration comme pour les ententes, ainsi que l'abus de position dominante²⁸⁰. Toutefois, dans le cadre du contrôle des concentrations, la

²⁷⁷ Communauté Européenne 2002-2003, Collection Mémento, op.cit., p.508, § 3263

²⁷⁸ Décision de la Commission du 7.2.2001, EDF / Enbwr, JOCE n° L 59 du 28.2.2002

²⁷⁹ GAVALDA C. / PARLEANI G., op.cit., p.418

²⁸⁰ CJCE aff. jointes, 68/94 et 30/95 du 31.3.1998 France E.A. c. Commission, Rec 1998, p.1375, § 143

Commission tend à avoir une appréciation plus étroite du marché géographique²⁸¹.

1- Le marché géographique

Selon l'article 9 § 7 du règlement 4064/89 le marché géographique de référence est constitué par un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et de la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différente celles prévalant sur ces territoires. Dans cette appréciation, il convient notamment de tenir en compte de la nature et des caractéristiques des produits ou services concernés, de l'existence de barrières à l'entrée, de préférence des consommateurs, ainsi que de l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins, de différences considérables de parts de marché des entreprises ou des différences de prix substantielles.

La Commission prend en considération, pour analyser les conditions de concurrence sur les marchés géographiques, des indicateurs généraux comme la répartition des parts de marché ou des prix²⁸², mais aussi des facteurs particuliers propres à influencer la délimitation des marchés²⁸³.

Du côté de la demande, les facteurs particuliers sont les éléments qui détermine les préférences des consommateurs, les différences linguistiques ou culturelles, les pratiques d'achat des consommateurs, la différenciation des produits et l'existence de marques²⁸⁴.

Quant au côté de l'offre, la législation sur le marché intérieur peut avoir une influence considérable e ce qui concerne les facteurs particuliers²⁸⁵.

²⁸¹ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.39

²⁸² Décision de la Commission du 15.9.1993, Nestlé / Italgel, JOCE n° C 270 du 6.10.1993, p.5

²⁸³ MERCIER P. / MACH O. / GILLIERON H. / AFFOLTER S., op.cit., p.579

²⁸⁴ Ibid.p.580

²⁸⁵ Ibid.

2 - Le marché de produits en cause

La Commission définit normalement le marché des produits en cause en se fondant sur la substituabilité du côté de la demande. D'après ce critère, un marché de produits comprend « tous les produits que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »²⁸⁶.

Pour apprécier l'interchangeabilité de la demande, la Commission doit déterminer « le degré d'élasticité ». Si le consommateur considère comme raisonnable d'acheter un produit (A) en cas d'augmentation du prix de produit (B) dans un délai relativement court, le produit (A) est considéré comme substituable à produit (B) et le degré d'élasticité croisée est élevé.

En revanche, la substituabilité de l'offre est plus rarement prise en compte²⁸⁷. Car, l'opération de réorientation de la production s'effectue toujours des risques et coûts supplémentaires pour l'entreprise. Donc le critère principal est la substituabilité de la demande.

B - L'appréciation de la concentration sur le fond

L'article 2 § 3 du règlement 4064/89 prévoit que les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.

1- Le concept de position dominante

Le concept fondamental dans l'évolution des concentrations est la « position dominante ». Seule la création ou le renforcement d'une telle position sont considérées incompatibles avec le marché commun. Le simple fait de dominer n'est pas contraire au droit communautaire de la concurrence. La

²⁸⁶ Décision de la Commission du 2.10.1991, Aérospatiale-Alenia/de Havilland, JOCE n° L 334 du 5.12.1991, p.42, § 10 et la décision de la Commission du 18.10.1995, ABB/Daimler-Benz, JOCE n° L 11 du 14.1.1997, p.1, § 13

²⁸⁷ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE n° C 372 du 9.12.1997, p.5, § 20 et 23

simple constatation d'une position dominante n'est pas reprochable et un recours formé contre une décision pour la seule raison qu'elle caractérise une domination n'est pas recevable²⁸⁸. En absence de création ou de renforcement d'une position dominante, l'opération de concentration doit être autorisée sans examiner les effets de l'opération sur la concurrence effective²⁸⁹.

2 - L'existence d'une concurrence potentielle

Un autre élément important est d'apprécier l'incidence probable d'un projet d'opération sur la concurrence et de savoir s'il existe une concurrence potentielle suffisante sur le marché pour contraindre le pouvoir de marché de l'entité issu de la concentration²⁹⁰. Il s'agit de l'existence d'une concurrence potentielle même après la réalisation de l'opération de concentration.

Le calcul des parts de marché²⁹¹ et la structure de la demande²⁹² sont également pris en considération et les autres d'éléments comme l'évolution du marché l'intérêt des consommateurs, la contribution de l'opération à la recherche ou les changements susceptibles de renforcer la concurrence dans l'avenir peuvent pris en compte²⁹³.

3 - Les positions dominantes individuelles, collectives ou oligopolistiques

La position dominante individuelle est le cas le plus fréquent où il s'agit de concentration entre plusieurs entreprises constituant une nouvelle entreprise dans un marché équilibré non-oligopolistique.

²⁸⁸ TPI, aff. jointes 125 et 127/97 du 22.03.2000 Coca-Cola Company c. Commission, Rec.2000, p. II 1733

²⁸⁹ TPI, aff. 2/93 du 19.5.1994 Air France/ Commission « TAT » Rec.1994, p.II 323, § 78

²⁹⁰ Décision de la Commission du 22.7.1992, Nestlé / Perrier, JOCE n° L 356 du 5.12.1992, p.1, § 91 et la décision de la Commission du 14.2.1995, Mercedes-Benz / Kassbohrer, JOCE n° L 211 du 6.9.1995, p.1, § 65

²⁹¹ Le calcul doit baser sur la valeur plutôt que le volume.

²⁹² Elle détermine l'indépendance de la clientèle vis à vis de ses fournisseurs.

²⁹³ BIEBER R./ de COURTEN A. / GABLIN S. , op.cit, p.41

La Commission admet sans le moins d'hésitation l'existence de positions dominantes collectives ou oligopolistiques²⁹⁴ à propos du règlement 4064/89.

La position dominante des oligopoles a été admise par la Commission avec l'affaire *Nestlé-Perrier*²⁹⁵. Elle a considéré dans cette affaire que la distinction entre la domination d'une seule entreprise et la domination oligopolistique ne saurait être décisive pour appliquer ou non le règlement sur les concentrations, les deux situations étant susceptibles d'entraver la concurrence effective de manière significative dans certaines conditions de structure du marché.

Le Tribunal a clarifié son regard dans l'arrêt *Airtours*²⁹⁶. Il a soumis la preuve d'une position dominante à certaines conditions. D'abord, la connaissance par chaque membre de l'oligopole des comportements des autres, ensuite la possibilité d'une coordination tacite durable et incitations objectives à la permanence de cette coordination et enfin absence de réaction possible des concurrents actuels ou potentiels et absence de rapport spontané de la clientèle vers l'offres extérieurs à l'oligopole.

4 - Entrave significative à une concurrence effective

Pour mesurer s'il existe une entrave significative à la concurrence la Commission utilise des critères pour déterminer la substituabilité de l'offre. Plus les barrières sont élevées, plus la domination entravera la concurrence de manière significative.

²⁹⁴ Structure du marché caractérisé par un nombre très limité de vendeurs qui ont conscience de leur interdépendance lorsqu'ils adoptent des décisions stratégiques concernant, par exemple le prix, la production et la qualité. Au sein d'un oligopole, chaque entreprise sait que son comportement sur le marché affectera sensiblement les autres vendeurs et leur comportement sur le marché. En conséquence, chaque entreprise tiendra expressément compte des éventuelles réactions des autres acteurs. Dans les affaires de concurrence, le terme est également souvent utilisé pour désigner des situations où un petit nombre de gros vendeurs dominant ensemble la structure concurrentielle et où les quelques vendeurs restants, de petite taille, s'adaptent à leur comportement. Le terme d'oligopoles est alors fréquemment utilisé pour qualifier les gros vendeurs. Dans certains cas, cette situation peut également être considérée comme position dominante collective ou oligopolistique.

²⁹⁵ Décision de la Commission Nestlé / Perrier, op.cit, § 112

²⁹⁶ TPI, aff.342/99 du 6 juin 2002 *Airtours plc c. Commission*, Rec.2002, p. II 2585

5 - La théorie d'entreprise défaillante « *Failing firm defense* »²⁹⁷

C'est une théorie américaine qui prévoit qu'une concentration qui, normalement, devrait être considérée comme conduisant à la création ou au renforcement d'une position dominante de la société acquéreuse peut être considérée comme n'étant pas à l'origine d'une telle position si, dans le cas où la concentration était interdite, l'acquéreur obtenait ou renforçait inévitablement une position dominante.

En générale, une concentration n'est pas la cause de la détérioration de la structure concurrentielle s'il est certain que l'entreprise acquise disparaîtrait rapidement du marché si elle n'était pas reprise par une autre entreprise, que l'entreprise acquérante reprendrait la part de marché de l'entreprise acquise si celle-ci venait à disparaître du marché et qu'il n'y a pas d'autre alternative d'achat moins dommageable pour la concurrence.

L'absence de lien de causalité signifie que la position dominante n'est pas créée ou renforcée par la concentration mais par la disparition de l'entreprise en difficulté qui serait in évitable même si la concentration est interdite. Dans ces, conditions, les conséquences juridiques prévues à l'article 2 § 3 ne s'appliquent pas²⁹⁸.

Sous-Section IV – L'évolution récente

A la lumière de l'objectif que s'est fixé le Conseil européen de rendre la législation communautaire plus accessible et compréhensible,²⁹⁹ il est proposé de remplacer l'actuel règlement sur les concentrations. La nouvelle proposition de règlement porte de modifications dans plusieurs catégories concernant la compétence, le fond et la procédure.

Les mariages entre entreprises peuvent entraîner des gains considérables pour le consommateur final en termes de produits ou de services offerts, mais aussi de prix plus bas du fait des économies d'échelle ou de gammes

²⁹⁷ Supra p.29

²⁹⁸ CJCE, aff. jointes 68/94 et 30/95 du 31.3.1998 France c. Commission, Rec. 1998, p. I 1375, § 112

²⁹⁹ Objectif fixé lors du Conseil européen réuni à Edimbourg en décembre 1992

réalisées. Dans certains cas, la concurrence peut même se trouver considérablement renforcée par un processus de concentration raisonnable du marché. Mais en rassemblant le pouvoir économique dans les mains de quelques-uns, les concentrations peuvent aussi ouvrir la voie à un véritable contrôle du marché.

Cette situation oblige la Commission de s'opérer un contrôle juste des opérations de concentration. A cet égard, il n'est pas question de remettre en cause l'obligation de notification préalable des opérations d'ampleur européenne. Il est tout à fait essentiel de conserver un système de guichet unique, dont les entreprises sont d'ailleurs les premières à se féliciter, car cela la dispense du fardeau administratif de multiples notifications dans les États membres.

Toutefois, le nouveau règlement tel qu'il est proposé, cherchant à rationaliser les délais de la notification des projets de concentrations à la Commission, permet la notification avant la conclusion d'un accord contraignant et supprime l'obligation de notifier les opérations dans un délai d'une semaine suivant la conclusion de l'accord. Ceci permettra non seulement d'assouplir le système mais également de faciliter la coordination des enquêtes en matière de concentrations avec les autres systèmes juridictionnels.

La grande complexité des opérations de concentrations s'emporte que le contrôle nécessaire puisse s'exercer dans toute sa plénitude, en veillant à ce que toutes les parties concernées bénéficient du respect le plus strict de leur droit à être entendues. La transparence totale du processus de décision est l'objectif de ce reforme.

Comme la Commission l'a démontré dans son livre vert, un grand nombre d'opérations ayant des effets transfrontaliers significatifs dans la Communauté échappe au contrôle communautaire, compte tenu du niveau élevé des seuils actuels.

Nonobstant la multi-notifiabilité de ces opérations qui constitue un très fort indice de leur caractère communautaire, la Commission, consciente des problèmes spécifiques en termes de délais et de sécurité juridique que

posent les pluri notifications aux entreprises, a considéré qu'il convenait de résoudre également cette question.

Or, la Commission a considéré que pour de telles concentrations, l'intervention communautaire se justifie conformément au principe de subsidiarité. De plus, la Commission a constaté qu'un certain nombre d'opérations de concentration, en dessous des seuils, étaient notifiées auprès de plusieurs autorités nationales de contrôle.

En ce qui concerne le fond, la réforme prévoit les améliorations des critères d'appréciation au fond des opérations de concentration afin que ceux-ci soient en mesure d'appréhender l'ensemble des éléments pertinents pour l'analyse, tout en garantissant la sécurité juridique. A cette fin, le règlement propose une amélioration du test de dominance applicable. Le nouveau test envisage de traiter de problèmes de concurrence qui risquaient d'échapper au test de dominance actuel. Par ailleurs, les efficiences créées par une concentration pourront être considérées de manière favorable lorsqu'il apparaîtra que leurs effets positifs surpassent largement les conséquences potentiellement négatives de l'opération.

Il est aussi envisagé de publier dans le cadre de la réforme des communications détaillées qui serviront de cadre de référence et donc de guide aux parties notifiant.

Enfin, au regard des analyses de plus en plus complexes que requièrent les concentrations, la Commission va renforcer son expertise économique en s'attachant les services d'un « économiste en chef à la concurrence » du plus haut niveau, qui, appuyé par une équipe d'économistes industriels, pourra pleinement participer à la conduite des enquêtes.

Au plan procédurale, il est accordé aux parties notifiant la garantie que leurs arguments et les engagements éventuellement proposés pour répondre aux objections de la Commission soient pleinement pris en considération. A cette fin des droits de la défense dévolue aux Conseillers auditeurs sera encore renforcé. Un assouplissement des délais est envisagé afin que les parties notifiant jouissent du temps nécessaire pour répondre aux objections

formulées à leur encontre et pour que la Commission, les États membres et les tiers intéressés puissent disposer de suffisamment de temps pour étudier les engagements proposés par les parties. Sous certaines conditions, les délais applicables à la phase pourront être étendus de quelques semaines. Selon la même logique, les contraintes de délai applicables au processus de notification pourront être assouplies.

Les conditions de renvoi de la responsabilité du traitement de certaines opérations entre la Commission et les États membres seront aussi clarifiées. L'objectif poursuivi est que la ré-attribution de compétence, si elle doit avoir lieu, puisse se faire au stade le plus précoce de l'opération, en concertation étroite avec les parties.

En définitive, grâce aux améliorations qu'ils sont proposés crée un système transparent dont les délais sont très rapides, assurant la sécurité juridique par un contrôle juridictionnel efficace, L'Europe dotera d'un système assez satisfaisant.

Section IV – Les Mécanismes du Contrôle

Plusieurs autorités et plusieurs procédures concourent pour assurer le respect des règles de concurrence prévue par le Traité. Les instances communautaires ainsi que les instances nationales appliquent les règles communautaires de la concurrence.

Sous-Section I - Les instances communautaires

A- La Commission

Le Traité de Rome institue la Commission comme organe exécutif de base donc, c'est à la Commission qu'incombe de veiller au respect des règles européennes de concurrence.

Elle fait appliquer le droit communautaire de la concurrence directement par ses décisions et indirectement en utilisant soit le recours en manquement à

l'encontre d'un Etat membre, soit le recours en carence à l'encontre du Conseil, pour l'obliger l'avancer³⁰⁰.

L'un des commissaires européens est chargé de préparer et d'exécuter les décisions prises collégialement en politique de la concurrence. La Direction Générale de la Concurrence est placée sous son autorité.³⁰¹

La Direction Générale de la Concurrence comprend plusieurs sous directions. La direction B « Task Force » est chargée des concentrations entre les entreprises. Les directions C à F sont chargées des activités *Antitrust* ainsi que des réformes et la sécurité dans le même domaine. Les directions G et H sont chargées des aides des Etats. Dernièrement la direction A est responsable de la politique de la concurrence, coordination, affaires internationales et relations avec les autres institutions³⁰².

La Commission peut agir de sa propre initiative ; à la suite de plaintes d'Etats membres, d'entreprises ou de particuliers; à la suite de notifications d'accords par les entreprises ou à la suite de notifications d'aides d'Etat prévues par un Etat membre.

Pour assurer le respect des règles européennes de la concurrence, la Commission dispose de vastes pouvoirs d'investigation. Dans le cadre de cette dernière, la Commission peut demander aux entreprises, aux gouvernements et aux autorités de concurrence des Etats membres, ainsi qu'aux entreprises et associations d'entreprises des renseignements nécessaires, par simple demande ou par voie de décision. La Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée. Elle peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises, auxquelles celles-ci doivent se soumettre. Ses agents peuvent accéder aux locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises et à tout autres locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations

³⁰⁰ POILLOT-PERUZZETTO S. / LUBY M., Le Droit Communautaire Appliqué à l'Entreprise, Dalloz, Paris 1998, p.22

³⁰¹ A. DECOCQ / G. DECOCQ, Droit de la Concurrence Interne et Communautaire, L.G.D.J., Paris 2002, p.152

³⁰² Voir ; http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/index_fr.htm

d'entreprises, s'il existe le soupçon raisonnable que des livres ou autre documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection pourraient y être conservés.

Les inspecteurs peuvent contrôler ou copier des livres ainsi que toute autre documentation professionnelle. Ils peuvent apposer des scellés sur tous les locaux ou documents professionnels pendant la durée de l'inspection et demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des informations et enregistrer ses réponses.

Les agents mandatés par la Commission exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit indiquant l'objet et le but de l'inspection ainsi que les sanctions possibles. La Commission informe en temps utile l'autorité de concurrence de l'Etat membre sur le territoire duquel l'inspection doit avoir lieu. L'autorité de concurrence d'un Etat membre peut également procéder sur son territoire à toute mesure d'enquête en application du droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre ou, sur demande, au nom de la Commission afin d'établir une infraction aux articles 81 ou 82 du traité.

Avant de prendre une décision, la Commission donne aux entreprises et Etats membres concernés la possibilité de s'expliquer lors d'auditions organisées spécialement à cet effet. Pour assurer le bon déroulement du droit de défense, avant de prendre une décision, la Commission donne aux entreprises et associations d'entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus à leur encontre. Les parties concernées disposent en outre du droit d'accès au dossier de la Commission sous réserve que les secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Cependant, afin d'assurer le respect du secret professionnel, toute information recueillie ne peut être utilisée que dans le but pour lequel elles ont été recueillies. La Commission et les autorités de concurrence nationales sont d'ailleurs tenues à ne pas divulguer les informations qu'elles ont recueillies ou échangées.

B- Le Tribunal de Premier Instance

Le Tribunal est l'organe juridictionnel de première instance des Communautés européennes. Depuis 1994, il traite indépendamment de la matière concernée, tous les recours introduits par les particuliers et les entreprises contre les actes des institutions communautaires dont ils sont les destinataires ou qui les concernent directement et individuellement.

Ses arrêts peuvent faire l'objet d'un pourvoi limité aux questions de droit devant la Cour de Justice.

Dans le cadre de sa mission, le Tribunal traite entre autres du contentieux relatif aux décisions prises par la Commission, le plus souvent imposant des amendes adressées aux entreprises n'ayant pas respecté le "libre jeu" de la concurrence garantie par les traités.

C- La Cour de Justice

La Cour de Justice a pour mission d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités constitutifs des Communautés européennes ainsi que des dispositions arrêtées par les institutions communautaires compétentes.

Pour mener à bien cette tâche, la Cour a été dotée, entre autres, de larges compétences juridictionnelles, qu'elle exerce dans le cadre des diverses catégories de recours ou de la procédure du renvoi préjudiciel.

Sous-Section I - Les instances nationales

A- Les autorités nationales de la concurrence des Etats membres

Le droit européen de la concurrence est complété par les droits nationaux des pays d'Europe. Si l'édiction du droit communautaire est concentrée entre les mains des autorités communautaires, sa mise en œuvre est plus souvent confiée aux autorités des Etats membres.

La Cour de Justice considère comme les autorités de concurrence des Etats membres, tous les organes de nature administrative ou juridictionnelle

spécialement chargée de mettre en œuvre, à titre principal, le droit interne de la concurrence ou de contrôler la légalité de son application³⁰³. Ces autorités de concurrence sont considérées comme des organes juridictionnels au sens large³⁰⁴.

La dernière réforme³⁰⁵ s'organise autour d'une décentralisation vers les Etats membres du contrôle des ententes. Elle met en place une redistribution des rôles des acteurs chargés d'appliquer les articles 81 et 82 du traité CE. Même si la Commission conserve un rôle fondamental, celle-ci est désormais entourée des autorités nationales de concurrence des différents Etats membres, ainsi que des juridictions nationales de ces pays.

Dernièrement, une autre voie est ouverte pour les entreprises victimes de pratique d'un Etat membre incompatible avec les dispositions communautaires. Elles peuvent toujours informer le ministère compétent de son propre Etat membre, ou encore la Commission pour que l'un ou l'autre agisse en manquement³⁰⁶.

B- Les tribunaux des Etats membres

Le TCE impose aux Etats membres de ne pas prendre, ni maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des ces dispositions. Le fondement de cette obligation réside dans l'art. 10 TCE et de l'art. 3 TCE. Par conséquent, il existe une possibilité pour les particuliers ou des entreprises estimant être victimes d'un comportement anti-concurrentiel de s'adresser aux tribunaux nationaux. Si le résultat est le fruit d'une législation nationale, un recours en manquement peut être intenté contre l'Etat membre en cause³⁰⁷.

Les personnes physiques ainsi que les personnes morales peuvent intenter une action fondée sur l'art.81 et/ou l'art.82 du TCE devant tout tribunal

³⁰³ CJCE, aff. 127/72 du 30.1.1974, BRT c. SABAM, Rec. 1994, p. 51, § 16

³⁰⁴ ASLAN İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku 2001, Bursa

³⁰⁵ Règlement No 1/2003 du Conseil 16.12.2002, JOCE du 4.1.2003 L 1 p.1 et Le livre vert du 11.12.2001, COM (2001) 745 Final

³⁰⁶ POILLOT-PERUZZETTO S. / LUBY M., op.cit, p.22

³⁰⁷ TERCINET Anne, op.cit, p.117

national³⁰⁸. Dans ce cas il y a une cumule de compétence; Au niveau national il y a le juge national devant lequel il est possible de demander des dommages et intérêts ou annulation d'un contrat.

Selon le nouveau règlement,³⁰⁹ la Commission peut engager une procédure d'investigation sur un dossier sous la main d'un conseil de concurrence national et en conséquent ce dernier perd sa compétence dans l'affaire en question. Par contre le juge national peut toujours statuer sur le même sujet ou bien il peut cesser de trancher l'affaire.

En matière de droit de la concurrence, la difficulté est accrue du fait que des normes nationales et communautaires se superposent et encore du fait que le juge national, tout comme les autorités spécialement chargées de l'application du droit de la concurrence, ont compétence pour appliquer le droit communautaire de la concurrence. Il en résulte donc des difficultés d'articulation de compétence et d'articulation entre norme nationale et communautaire³¹⁰.

C- Coopération Internationale

La Communauté est en étroite coopération non seulement avec les autorités de compétences des pays candidats mais Elle cherche des moyens de relier au niveau mondial les concepts de politique de concurrence.

La Commission s'est engagé des efforts considérables au sein de l'Organisation Mondiale de Commerce afin d'élaborer de règles de concurrence multilatérales. En pratique, une « phase préparatoire » est en cours basée sur les principes fondamentaux de la politique de concurrence tels que la transparence, la non-discrimination et l'impartialité procédurale, engagement de déclarer illégales les ententes caractérisées, modalité de la collaboration volontaire entre les autorités antitrust.

Sur une base plus informelle, le Réseau International de la Concurrence (RIC) a été lancé. Il est destiné à partager les expériences et d'échanger les

³⁰⁸ Ibid. p.118

³⁰⁹ Règlement No 1/2003 du Conseil 16.12.2002, JOCE du 4.1.2003 L 1 p.1

³¹⁰ POILLOT-PERUZZETTO S. / LUBY M., op.cit, p.22

idées sur les questions de concurrence liées à la mondialisation par les autorités de la concurrence du monde entier. Dans un premier temps, le RIC travaillera sur deux aspects importants : le contrôle des concentrations dans un contexte de multiplication des compétences et le rôle de défense de la concurrence que peuvent jouer les autorités antitrust³¹¹.

L'échange d'information doit porter sur une communication constante de la part de la Commission et des autorités de concurrence des États membres de tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles, pouvant aider à identifier le cas échéant les violations aux règles de la concurrence. Les autorités de concurrence des États membres sont obligées d'informer la Commission de toute décision portant sur l'application des articles 81 et 82 du traité, au plus tard trente jours avant son adoption.

Le nouveau règlement, adopté par le Conseil le 16 décembre 2002, pour la mise en œuvre des règles de concurrence prévues à l'articles 81 et à l'article 82 du TCE, maintient la règle selon laquelle les autorités de concurrence des États membres sont automatiquement dessaisies lorsque la Commission intente une procédure afin d'éviter de double investigation et assurer une application uniforme et cohérente du droit européen de la concurrence. Par ailleurs, celle-ci s'engage à consulter l'autorité nationale concernée avant d'initier la procédure.

En outre, lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission sont saisies d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique concertée qui est ou a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elles peuvent suspendre leur procédure ou rejeter la plainte.

³¹¹ XXXI^e Rapport sur la Politique de Concurrence, 2001, avant propos de M. MONTI

DEUXIEME PARTIE – L’EVALUATION DE DEUX SYSTEMES

Dans le but d’atteindre la plus grande prospérité possible pour le plus grand nombre des personnes, les auteurs des traités, s’inspirant de l’exemple américain, ont cherché à mettre en place un marché unique concurrentiel ; au bout de trente années, la réalisation de cette ambition n’était encore qu’imparfaite³¹².

Chapitre I – Les Points Communs

Section I- Art.81 (ex 85) du TCE et Sherman One Violation

Sous – Section I – L’atteinte à la concurrence

Lors des discussions d’élaboration des règles de concurrence du Traité de Rome, le droit antitrust américain était le modèle le plus ancien. Il est tout à fait logique qu’il ait une influence comme une source d’inspiration sur le droit communautaire de la concurrence. Par conséquent les deux systèmes juridiques différents s’effectuent une recherche partant des notions presque les mêmes³¹³ afin de déterminer s’il y a atteinte à la concurrence ou pas.

En premier lieu, la section 1 du Sherman Act ainsi que l’article 81 TCE prévoient une interdiction sur le comportement d’au moins deux acteurs. Le comportement unilatéral n’est pas sanctionné dans le domaine d’interdiction des ententes ni par le législateur américain ni par le législateur européen.

Ensuite aux Etats-Unis, la restriction de commerce, une innovation américaine transposée à l’article 81 TCE, est interdite par toute personne physique ou morale sans distinction d’objet et d’auteur.

³¹² DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, Introduction au droit de l’Union européenne, Les Fondamentaux, Hachette 1998, pp. 11-12

³¹³ La section 1 du Sherman Act condamne les ententes, les combinaisons et les conspirations portant atteinte à la concurrence et l’article 81 TCE interdit tous accords, décisions d’associations entreprises et toutes pratiques concertées ayant un effet négatif sur la concurrence entre les Etats membres.

En Europe aussi, la restriction de commerce est interdite sans qu'il y ait une différence d'auteur ou d'objet de la restriction. Pourtant, le législateur européen a choisi d'utiliser la notion d'entreprise au lieu d'expression « toute personne ». En tout cas, la notion d'entreprise est comprise et appliquait au sens très large qu'en pratique les deux systèmes obtiennent presque le même résultat.

Le droit américain antitrust comme le droit de la concurrence européenne attribuent, en principe une importance à l'effet de l'action sur la concurrence « effet sensible ». Si le degré de la concurrence est réduit, cette action est punissable³¹⁴.

Sous – Section II – La concurrence efficace « workable competition »

Tout les deux systèmes cherchent l'existence sur le marché d'une concurrence efficace³¹⁵ « *workable competition* », ³¹⁶édicte par la doctrine de Chicago.

Cette théorie a été mise en pratique dans l'arrêt *Metro*³¹⁷ par la Cour de justice pour la première fois. L'expression de « concurrence efficace ». Traduit d'anglais *workable competition*, signifie la dose de concurrence nécessaire pour que les exigences fondamentales et objectives posées par le Traité de Rome soient atteintes et respectées, en particulier la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur. La concurrence efficace n'a pas pour objectif de favoriser l'efficacité concurrentielle en elle-même, mais d'assurer l'efficacité économique³¹⁸. Ainsi on s'attache à sauvegarder une structure de concurrence offrant aux tiers un nombre suffisant d'alternatives

³¹⁴ Voir par ex : *Corn Products Co. v. FTC*, 324 U.S. 726 et CJCE, *Pioneer* op.cit ; CJCE, *Miller* op.cit

³¹⁵ *Workable competition*

³¹⁶ CJCE, affaire *Metro* op.cit

³¹⁷ CJCE, aff.26-76, *Metro SB-Grossmarkte GmbH & Co KG c/ Commission* du 27.10.1977, §20

³¹⁸ SOUTY François, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien 1997, p. 34

En Europe, la Cour de Justice a prononcé dans l'arrêt *Metro* que :

« L'attendu que la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du TCE implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace, c'est à dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteintes les objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur. »

Cette exigence admet que la nature et intensité de la concurrence puissent varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés. »

Le traité ne pouvait réaliser la mise en place d'une concurrence parfaite, tout à fait théorique, qui impliquerait la possibilité immédiate pour les acheteurs et pour les vendeurs d'entrer librement en rapport les uns avec les autres pour fixer les prix et les quantités, l'information constante de tous les agents économiques et de tous les consommateurs quant à tous les facteurs qui peuvent influencer l'offre ou la demande, le caractère interchangeable des produits et la présence d'un nombre élevé d'acheteurs et de vendeurs pour qu'aucun d'eux ne puisse, seul, modifier les conditions de la demande.

Cet objectif n'étant pas réalisable, la notion de concurrence parfaite n'est en effet qu'un paramètre permettant de cerner la réalité, les autorités communautaires tendent vers la défense d'une concurrence "*praticable*" ou encore effective, baptisée "*workable competition*" dans le cadre du droit antitrust américain. Concrètement cet objectif vise à condamner les actes et comportements tendant, volontairement, à altérer les mécanismes concurrentiels et à fausser l'accès au marché.

Sous – Section III – La preuve d'une pratique concertée

En matière de droit de la concurrence chacune des deux approches appelle à l'aide les mêmes variétés notions comme « *parallel conduct* » et

« *associational activities* » pour apporter la preuve d'une *conspiracy*³¹⁹ autre que l'entente. Car la collusion peut prendre de nombreuses formes et atteindre des degrés divers et cela ne requiert pas la conclusion d'un accord formel.

Par exemple, la notion de « *parallel conduct* » a été utilisée, par les tribunaux américains à partir des affaires *Interstate Circuit Inc. V. U.S.*³²⁰ et *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film distributing Corp.*³²¹. En Europe, la Commission a fait appel à la même notion dans l'affaire ICI³²² comme l'un des éléments de la preuve de la concertation. Enfin, tous les deux font l'usage de même notion pour arriver à la conclusion d'existence d'une pratique concertée qui porte atteinte au jeu de la concurrence.

Récemment, la Cour de Justice désire simplement abandonner le problème de qualification d'entente comme étant le cas en droit américain qui attache intérêt à la démonstration d'une entente³²³.

Quant à la règle de raison « *rule of reason* », la notion utilisée très largement par les institutions américaines antitrust, n'a pas pénétré en tant que tel au droit communautaire. L'idée selon laquelle toute pratique restrictive de concurrence ne doit pas nécessairement être interdite existait en Europe aussi mais le principe a dû être inscrite à l'article 81 dans le Traité de Rome pour assurer l'unité d'application. La Cour de Justice a modifié cette notion et élaboré une règle de raison originale³²⁴ en annonçant que ;

« Pour apprécier, au regard de l'interdiction édictée par l'article 85, paragraphe 1, du traité, l'effet restrictif de concurrence résultant, le cas échéant, du critère d'agrément retenu par le fabricant, il convient d'examiner s'il entraîne une altération suffisamment sensible de la concurrence »

³¹⁹ Pratique Concertée

³²⁰ 306 U.S.208, 59S Ct.467 (1939)

³²¹ 346 U.S.537 (1954)

³²² CJCE, aff. 48/69 ICI op.cit., p.619

³²³ LIANOS Ioannis, " «La confusion des infractions» de l'article 81 § 1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique", RTDE 36 (2), avril-juin 2000, p.241

³²⁴ Voir par ex : TPI affaire 19/91 du 27.02.1992 Vichy c. Commission Rec. II, p.415 et la décision de la Commission, Polypropylène, op.cit §2 à 13 et 89 à 94.

intracommunautaire, c'est-à-dire qu'il convient notamment de vérifier si l'accord dont il s'agit, "sur la base d' un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, (permet) d'envisager, avec un degré de probabilité suffisant, qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation ... d' un marché unique entre États" »

Egalement, l'affectation de commerce entre les Etats membres trouve son origine à l'affectation du commerce inter-américain, réglementé par la première loi fédérale en matière de la concurrence adoptée en 1887, surnommé *Interstate Commerce Act*³²⁵.

Section II- Art. 82 (ex 86) du TCE et Sherman 2 Claim

La section 2 du Sherman Act et l'article 82 TCE exigent, tous les deux un « pouvoir de monopole » ou une « position dominante » et un comportement anti-concurrentiel « exclusionnaire » ou « abusif ». A la différence de la section 2 du Sherman Act, l'article 82 annonce une liste non exhaustive des abus.

Les approches américaines et communautaires à l'égard de la définition du marché sont parallèles. La position dominant est examinée dans les deux systèmes par rapport au marché de produit et au marché géographique. C'est la fameuse théorie de "*relevant market*"³²⁶ du droit antitrust américain.

³²⁵ MATCHETTE Robert B, Guide to Federal Records in the National Archives of the United States., National Archives and Records Administration, Washington, DC, 1996.

³²⁶ *Horizontal Merger Guidelines of the National Association of Attorneys General*, Antitrust & Trade Reg. Rep., 10.3.1987, 4 Trade Reg. Rep. par. 13,405 (13th édition) 1988. See Sections 1.3 and 3. A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a "small but significant and nontransitory" increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test. The "small but significant and nontransitory" increase in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of mergers: it is not a tolerance level for price increases.

Parallèlement, les deux systèmes effectuent une analyse afin de déterminer une position dominante et l'évaluation du pouvoir sur le marché donné. La détermination de la position dominante passe par la vérification d'un pouvoir d'influence dont l'appréciation relève du fait.

En revanche, contrairement au droit antitrust américain qui fait l'usage d'une analyse économique minutieuse pour déterminer les barrières à l'entrée depuis longtemps, le droit européen ne l'utilise que tout récemment et seulement dans le cadre du contrôle des concentrations, mais non pour la détermination d'une position dominante.

La « position dominante » de l'article 82 est identique au « pouvoir de monopole » de la section 2 du Sherman Act car chaque fois qu'il y a un monopole sûrement il y a une position dominante.

Pour constater la position d'une entreprise dans un marché déterminé les juridictions de deux systèmes donnent une grande importance à la part de marché. Dans l'affaire Hilti³²⁷, la Cour a décidé qu'une part de marché s'élevant entre 70 et 80 %, constitue en elle-même, un indice clair de l'existence d'une position dominante sur le marché en cause. La Cour annonce qu' :

« il convient de rappeler que la Cour a jugé (arrêts du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207; et du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461) que la position dominante visée à l'article 86 du traité concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs; et que l'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement

³²⁷ CJCE, Hilti, op.cit.

déterminants, mais que parmi ces facteurs l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est hautement significative.

En l'espèce, il est démontré que Hilti détient, sur le marché en cause, une part s'élevant entre 70 à 80 %. Une telle part constitue, en elle-même, un indice clair de l'existence d'une position dominante sur le marché en cause. »

On constate la même argumentation dans l'arrêt *Alcoa*³²⁸. La Cour Suprême délibère qu' :

«'Alcoa's' total production, fabricated and sold, be included, and balanced against the sum of imported 'virgin' and 'secondary,' its share of the market was in the neighborhood of sixty-four per cent for that period. The percentage we have already mentioned- over ninety- results only if we both include all 'Alcoa's' production and exclude 'secondary'. That percentage is enough to constitute a monopoly; it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three per cent is not. Hence it is necessary to settle what he shall treat as competing in the ingot market. »

La définition faite par le juge Douglas dans l'affaire *Alcoa* était assez étroite. La part de marché s'élevant à 90% était seul le considéré comme une indice de monopole. Ce pourcentage a été diminué par la section 3 des *Horizontal Merger Guidelines of the National Association of Attorneys General*³²⁹.

A la fin, on voit que les parts de marché supérieurs à 70 % ont communément été considérés comme l'indice d'une position dominante.

Tous les deux systèmes utilisent également les mêmes indices auxiliaires en dehors de critère de part de marché pour déterminer la position dominante³³⁰.

³²⁸ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir.1945) (L'affaire a référé au deuxième circuit à cause d'absence de quorum en Cour Suprême.)

³²⁹ *Horizontal Merger Guidelines of the National Association of Attorneys General*, op.cit

³³⁰ Voir par ex: *United States c. Grinell Corp.*, 384 U.S. 563, 571 (1966) et CJCE, aff. 27/76 *United Brands* op.cit.

La notion d'*empêcher une concurrence effective*³³¹ ainsi que l'*élasticité de la demande croisée*³³² sont utilisées aussi par les juridictions américaines. Mais la notion proposée par la Commission de pouvoir de se comporter de manière *indépendante*³³³ se diffère du système américain. La Cour de Justice prononce cette distinction en déclarant dans l'arrêt Hoffman-La Roche qu' :

« En effet, la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente – sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirait se détourner de l'entreprise détenant la part plus considérable-, dans une situation de force qui d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant les périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante. »

Section III - Les politiques de mise en œuvre des sanctions

L'imposition d'une amende réponde à un double objectif. Restaurer des conditions de concurrence normales sur le marché et d'avoir un effet de dissuasion³³⁴.

³³¹ CJCE, aff. Metro op.cit

³³² Décision de la Commission, Service de courrier rapide, op.cit et *Eastman Kodak Co.* 504 U.S., 451 (1992) and *In Times--Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 612, note 31, 73 S.Ct. 872, 882, the Court said: *'For every product, substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range. The circle must be drawn narrowly to exclude any other product to which, within reasonable variations in price, only a limited number of buyers will turn; in technical terms, products whose 'cross-elasticities of demand' are small.*

³³³ CJCE, aff. Hoffmann-La Roche, op.cit

³³⁴ ROCCA Gianfranco, "La Politique de la Commission en matière d'amendes antitrust : récents développements, perspectives d'avenir", Université Libre de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, 2003

Sous – Section I – Les politiques de l'Union européenne

A- La politique de la Commission en matières d'amendes antitrust

En Europe, la Commission dispose de plusieurs pouvoirs, tels que le pouvoir d'assumer des décisions, de mener des enquêtes et d'imposer des sanctions, afin de veiller à l'application des règles de la concurrence en matières d'accords, de décisions d'association d'entreprises et de pratiques concertées et des abus de position dominante, susceptibles de restreindre la concurrence. Ces pouvoirs sont exercés par la Commission sur plainte ou d'office.

La Commission peut, au cas par cas, constater et faire cesser une infraction, ordonner des mesures provisoires, rendre obligatoires des engagements ou constater l'inapplicabilité des articles 81 et 82.

Lorsqu'elle envisage d'adopter une décision de cessation d'infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre à ses objections, elle peut, pour une période déterminée, rendre ces engagements obligatoires. La Commission peut rouvrir la procédure lorsque la situation de fait change, lorsque les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements ou lorsque la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées.

La Commission peut, pour des raisons d'intérêt public communautaire, constater qu'en fonction des éléments dont elle a connaissance, l'article 81 du traité est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions de l'article 81 paragraphe 1 ne sont pas remplies, soit parce que les conditions d'exemption de l'article 81 paragraphe 3 sont remplies. Elle peut faire de même pour les cas de positions dominantes visés à l'article 82 du traité

Pour assurer le bon déroulement du droit de défense, avant de prendre une décision, la Commission reconnaît aux entreprises et associations d'entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus à leur encontre. Les parties concernées disposent en

outre du droit d'accès au dossier de la Commission sous réserve que les secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Cependant, afin d'assurer le respect du secret professionnel, toute information recueillie ne peut être utilisée que dans le but pour lequel elles ont été recueillies. La Commission et les autorités de concurrence nationales sont d'ailleurs tenues à ne pas divulguer les informations qu'elles ont recueillies ou échangé.

Lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence est restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, la Commission peut mener une enquête sur un secteur économique ou sur un type particulier d'accords dans différents secteurs.

A la fin de cette enquête, la Commission peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises des sanctions suivantes;

La Commission peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsque, délibérément ou par négligence si elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé en réponse à une demande faite ou ne fournissent pas de renseignements dans les délais fixés ; si elles présentent, lors d'inspections effectuées, les livres ou autres documents professionnels requis de façon incomplète ou ne se soumettent pas aux inspections ordonnées ; si elles refusent de répondre à une question posée ou répondent de manière inexacte, incomplète ou dénaturée, et si des scellés apposés par les agents mandatés de la Commission ont été rompus³³⁵.

La Commission peut, en outre, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction lorsqu'elles commettent une infraction aux dispositions des articles 81 ou 82 du traité ; lorsqu'elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires ;

³³⁵ Règlement No 1/2003 du Conseil op.cit, art.23/1

lorsqu'elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par une décision de la Commission³³⁶.

Pour déterminer le montant de l'amende, la Commission prend en considération la gravité et la durée de l'infraction. Lorsque l'amende est imposée à une association d'entreprises et que celle-ci est insolvable, la Commission peut exiger le paiement auprès de chacune des entreprises membres de l'association au moment de l'infraction. La responsabilité financière de chaque entreprise ne peut pas excéder 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent. Les décisions d'imposition d'amende n'ont pas de caractère pénal³³⁷.

La Commission peut aussi infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date fixée dans sa décision pour les contraindre à mettre fin à une infraction ; à respecter une décision ordonnant des mesures provisoires; à respecter un engagement rendu obligatoire; à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé; à se soumettre à une inspection qu'elle a ordonnée. Lorsque les entreprises satisfaites aux obligations pour laquelle l'astreinte a été infligée, la Commission peut décider de réduire le montant définitif³³⁸.

Le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes ou astreintes prescrit en trois ou cinq ans, en fonction de l'infraction commise. La prescription, qui débute à compter du jour où l'infraction a été commise, est interrompue par tout acte de la Commission ou d'une autorité de concurrence d'un État membre visant à la poursuite de l'infraction. La prescription est suspendue aussi longtemps que la décision de la Commission fait l'objet d'une procédure pendante devant la Cour de Justice. Par contre, en ce qui concerne la prescription en matière d'exécution des sanctions, celle-ci est soumise à un délai de prescription de cinq ans.

³³⁶ Ibid., art.23/2c

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Ibid., art.24

Lorsque la Commission envisage de prendre une décision ordonnant la cessation d'une infraction; rendant les engagements pris par des entreprises en infraction obligatoires; constatant l'inapplicabilité de l'article 81 paragraphe 1 du traité ou infligeant une amende ou astreinte à des entreprises en infraction, elle est obligée de consulter un Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, composé celui-ci par de représentants des autorités de concurrence des États membres. La Commission peut en outre arrêter toute disposition utile à la mise en application de ses décisions.

B - La Communication sur les mesures de clémence

La Commission a adopté un nouveau projet qui permettra de mieux détecter les ententes secrètes « cartels ». Ce projet est le fruit de la nouvelle philosophie générale de la Commission, destiné à concentrer sur les infractions les plus graves³³⁹ et il est basé sur le système actuel aux Etats-Unis³⁴⁰.

La communication sur les mesures de clémence de 1996³⁴¹ a été révisée afin de donner à la Commission tous les moyens nécessaires pour détecter les ententes et lutter efficacement contre elles. La nouvelle communication³⁴² introduit une nouvelle politique de clémence en faveur des entreprises qui fournissent des renseignements sur les ententes entre deux ou plusieurs entreprises en infraction à l'article 81 du traité CE³⁴³. Cette communication, prévoyant une immunité totale d'amende et une réduction du montant de l'amende, encourage les entreprises à dénoncer davantage les violations graves à la concurrence.

La communication concerne les ententes secrètes entre entreprises consistant à fixer des prix ; fixer des quotas de production ou de vente ;

³³⁹ XXXI^e Rapport sur la politique de la concurrence 2001, SEC (2002) 462 final, p.18

³⁴⁰ Pour le texte entiers à voir www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm

³⁴¹ Communication de la Commission JOCE n° C 207 du 1996, p.4

³⁴² Communication de la Commission concernant l'immunité d'amendes et la réduction du montant des amendes dans les affaires portant sur les ententes, JOCE n° C 45 du 19.12.2002, p.3

³⁴³ JEPHCOTT Mark, " The European Commission's New Lenincy Notice – Whistling the Right Tune ?", E.C.L.R., SWEEW & MAXWELL LIMITED, Issue 8, 2002, p.378

répartir les marchés, y compris le truquage d'appels d'offres ; restreindre les importations ou les exportations.

La Commission accorde l'immunité complète d'amende à une société participant à une entente si elle est la première à l'informer et à lui fournir des preuves de l'existence de l'entente. Pour que ce dernier réalise, l'entreprise doit fournir tous les éléments de preuve et les informations disponibles concernant l'infraction présumée; doit coopérer de façon totale, permanente et rapide tout au long de la procédure administrative avec la Commission; doit mettre fin à sa participation à l'activité présumée illégale dès le moment où elle dénonce l'infraction ; ne doit pas inciter d'autres sociétés à participer à l'entente.

La société qui ne remplit pas les conditions pour l'octroi d'une immunité totale peut toutefois faire appel à une réduction du montant de l'amende si elle est en mesure d'apporter des éléments de preuve significatifs. Ces éléments doivent avoir une valeur ajoutée par rapport à ceux dont la Commission dispose déjà.

La première entreprise souhaitant collaborer avec la Commission et remplissant les conditions mentionnées ci-dessus bénéficiera d'une réduction comprise entre 50 % et 30 %, la deuxième entreprise profitera d'une réduction de 30 % à 20 %, tandis que les sociétés qui se joignent subséquemment recevront une réduction maximale de 20 %.

Toutefois, la diminution de ce montant est aussi proportionnelle à la qualité et à la date de fourniture des informations, ainsi qu'au degré de coopération démontré avec la Commission tout au long de la procédure.

Cependant, il convient de préciser qu'une entreprise bénéficiant d'une immunité ou d'une réduction d'amende n'est pas protégée des conséquences en droit civil de sa participation à l'infraction.

En 2001, la Commission dans sa lutte contre les cartels a infligé une amende globale de 1.800 milliards d'euros³⁴⁴. En cinq ans 4 milliard d'euros³⁴⁵ au total.

Sous – Section II – Les politiques des Etats-Unis

La grande particularité du système américaine d'antitrust consiste en poursuite pénale contre les activités anti-concurrentielles. Le ministère américain de la Justice s'attaque en priorité au truquage des offres³⁴⁶ et à la fixation des prix. Il estime que ce sont les pratiques les plus nuisibles à la concurrence sur les marchés.

En Amérique, à cause de la dualité des organes antitrust la politique de mise en oeuvre et les sanctions est menée par ces deux agents. D'une part par le Département de Justice, d'autre part par la Federal Trade Commission.

A – Justice Department

La Division Antitrust de Département de Justice décide d'accorder ou non l'immunité lorsque l'entreprise fait ses révélations. L'immunité peut être accordée si la division n'a obtenu aucun renseignement d'une autre source au sujet de l'activité en cause; après avoir constaté le comportement illégal. En plus l'entreprise doit prendre sans délai des mesures efficaces pour cesser de participer à l'activité illégale et elle doit signaler l'activité illégale de façon sincère et exhaustive en offrant une collaboration entière et continue pendant toute l'enquête qui s'ensuit. L'aveu doit vraiment être le fait de l'entreprise et non l'aveu isolé d'un ou de plusieurs employés agissant pour leur propre compte. Il est exigé dans la mesure du possible que, l'entreprise dédommage les parties lésées et elle ne doit pas avoir contraint une autre

³⁴⁴ XXXI^e Rapport sur la politique de la concurrence op.cit., p.4

³⁴⁵ ROCCA Gianfranco, op.cit

³⁴⁶ Truquage des offres est l'accord ou arrangement entre plusieurs personnes par lequel au moins l'une d'elles consent ou s'engage à ne pas présenter d'offre en réponse à un appel ou à une demande d'offres ou de soumissions

personne à prendre part à l'activité illégale ni avoir joué un rôle de meneur à l'égard de celle-ci ni en avoir été l'instigateur..³⁴⁷.

La demande d'immunité est devenue la principale source de poursuites d'envergure. Le nombre de demandes d'immunité est au moins vingt fois supérieures à ce qu'il était et le programme incite même les contrevenants à se précipiter au palais de justice afin d'être les premiers à dénoncer leurs activités illégales³⁴⁸.

Le 10 août 1994, la division antitrust a mis sur pied un programme d'indulgence envers les particuliers à l'intention des personnes qui ne bénéficiaient pas de l'application du programme d'indulgence envers les entreprises en tant que dirigeants, administrateurs ou employés de celles-ci.

Le programme d'indulgence envers les particuliers s'applique, si les trois conditions suivantes sont remplies. D'abord, le particulier doit se présenter pour signaler l'activité illégale dans un cas où la division n'a obtenu aucun renseignement d'une autre source à ce sujet. Ensuite, le particulier doit signaler l'activité illégale avec sincérité et exhaustivité et offre une collaboration entière et continue. Et finalement le particulier ne doit pas avoir contraint sur aucune autre personne à prendre part à l'activité illégale, et n'a pas été l'instigateur³⁴⁹.

Lorsqu'une entreprise tente de bénéficier de l'indulgence offerte dans le cadre du programme d'indulgence envers les entreprises, tout dirigeant, administrateur ou employé qui passe de lui-même aux aveux de pair avec l'entreprise ne peut bénéficier de l'indulgence qu'en application du programme d'indulgence envers les entreprises.

Une lettre d'intention peut être obtenue relativement à une activité commerciale projetée. La division peut toutefois refuser d'en remettre une.

³⁴⁷ BINGAMAN Anne, "Change and Continuity in Antitrust Enforcement" Fordham Corporate Law Institute, Fordham Law School, 1993, p.4

³⁴⁸ www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm Corporate Leniency Policy of US

³⁴⁹ Ibid

La lettre énonce les intentions actuelles de la division quant à l'application de la loi à l'activité projetée, mais la division se réserve le droit de prendre toute mesure appropriée qui, ultérieurement, lui paraîtra nécessaire à la défense de l'intérêt public. La lettre et la demande sont rendues publiques sur demande. Les documents présentés à l'appui sont rendus publics au plus tard trente jours après la remise de la lettre. Ils demeurent publics pendant un an, puis ils sont rendus à l'auteur de la demande ou détruits.

Le ministère a obtenu des déclarations de culpabilité après avoir porté des accusations de truquage des offres et de fixation des prix dans de nombreux domaines, dont les suivants : boissons gazeuses, cinéma, enlèvement des ordures, construction routière, installations électriques où des centaines de millions de dollars d'échanges commerciaux étaient en jeu. Ces dernières années, à la grandeur du pays, des grands jurys ont fait enquête au sujet d'infractions possibles en liaison avec le papier de télécopie, le matériel d'étalage, les explosifs, les articles de plomberie, les portes, les extrusions d'aluminium, les tapis, le pain et de nombreux autres produits et services³⁵⁰.

Dans certaines situations, il se peut que les enquêtes ou les poursuites criminelles soient exclues même si l'entente semble illégale *per se*. Il peut notamment s'agir d'affaires dans lesquelles : le droit est ambigu ; des questions de droit ou de fait vraiment nouveau sont posées ; des décisions antérieures du poursuivant ont raisonnablement pu susciter de la confusion. Il faut aussi établir clairement que les personnes sous enquête n'étaient pas conscientes des conséquences de leurs gestes ou n'en avaient pas saisi la portée.

B – Federal Trade Commission

La Federal Trade Commission, elle recourt à trois mesures d'application administrative : la négociation d'une ordonnance administrative par

³⁵⁰ Ministère de la justice des Etats-Unis, l'application des dispositions antitrust et le consommateur, op.cit

consentement, la remise d'un avis consultatif et l'établissement de règles régissant l'activité commerciale.

L'ordonnance administrative par consentement constitue le principal instrument d'application administrative de la commission. Un projet d'ordonnance par consentement peut être transmis au défendeur par la poste de pair avec une mise en garde selon laquelle la FTC pourrait déposer une plainte. Un délai de 10 jours est accordé pour donner suite au projet d'ordonnance par consentement, à défaut de quoi un juge statuant en droit administratif sera saisi d'une plainte formelle. Lorsque le défendeur opte pour la négociation d'une ordonnance par consentement et qu'une ordonnance est signée et approuvée, on considère qu'il n'a pas reconnu avoir contrevenu à la loi. Le défendeur doit cependant accepter de mettre fin à l'activité préjudiciable. La commission n'est pas empêchée de rouvrir le dossier par la suite. Elle a amplement recours à ce procédé³⁵¹.

La commission peut donner un avis consultatif relativement à toute activité commerciale projetée s'il s'agit de se prononcer sur une question de fond ou nouvelle et que le dossier l'intéresse vivement. L'avis fait état des difficultés possibles et des intentions de la commission concernant l'application de la loi à l'activité projetée³⁵².

La commission peut également établir des règles ou des lignes directrices qui sont de nature à limiter le préjudice infligé à une entreprise ayant fait l'objet d'une ordonnance de cesser et de s'abstenir après avoir eu recours à une pratique qui demeure à la portée de ses concurrents jusqu'à ce qu'ils soient également visés par une ordonnance³⁵³. Les règles ou les lignes directrices ont pour but de supprimer et de prévenir de telles pratiques à la grandeur d'un secteur d'activité. Selon la commission, elles énoncent entre autres les exigences substantielles des lois antitrusts qu'elle administre.

³⁵¹ Corporate Leniency Policy of US op.cit

³⁵² Ibid.

³⁵³ Moog Industries Inc. v. FTC, 355 U.S. 411 (1958)

Ni le ministère de la Justice, ni la FTC n'ont le pouvoir de conférer l'immunité contre les poursuites judiciaires par quelque moyen comme la délivrance d'une autorisation.

La poursuite pénale mise à part il existe des politiques similaires en droit antitrust pour de mise en oeuvre et des sanctions. Dans le cadre d'un programme d'indulgence envers les entreprises, la division antitrust accorde l'immunité aux entreprises qui reconnaissent avoir contrevenu aux dispositions antitrusts. Initialement, l'immunité ne pouvait être accordée qu'à l'entreprise qui avouait sa faute avant le début d'une enquête. C'est aussi la position de la Commission selon la nouvelle politique de la clémence explique en haut³⁵⁴. Depuis que la portée du programme a été accrue en août 1993, l'immunité est toujours accordée automatiquement, mais la division peut examiner la possibilité de l'accorder à un défendeur éventuel qui passe aux aveux après le début d'une enquête et qui est en mesure d'offrir au gouvernement une collaboration importante et précieuse.

De façon générale, c'est la nature de l'entente en cause qui détermine si le Département de Justice intentera une poursuite civile ou criminelle. La politique actuelle de la Division antitrust est d'entreprendre des enquêtes et des poursuites criminelles dans les cas d'ententes horizontales illégales *per se* comme les accords de fixation de prix, de truquage d'offres et de répartition de clientèles et de territoires. Pour les autres violations antitrust présumées, notamment celles qui nécessitent une analyse fondée sur la règle de la raison de même que quelques infractions traditionnellement qualifiées de *per se* par les tribunaux, c'est un examen de nature civile qu'on effectue, suivi, au besoin de poursuite civile.

En Principe, malgré les nuances, il existe un parallélisme de mise en œuvre de politiques des sanctions dans le droit de la concurrence. Les deux systèmes juridiques recourent à la fois les confessions prévenant des auteurs des infractions pour révéler les ententes secrets en accordant automatiquement une immunité pour ceux qui coopèrent avec les autorités.

³⁵⁴ Communication de la Commission concernant l'immunité d'amendes et la réduction du montant des amendes dans les affaires portant sur les ententes. Op.cit

En Europe le remplacement du système actuel de notification et de d'autorisation centralisée prévue par le règlement n° 17 à l'encontre des ententes et abus de position dominante par un système d'exception légale augmentera le nombre des actions intentées par des personnes privées. En conséquence, le système européen rapprochera le système américain antitrust basé principalement sur le *private enforcement*.

Section IV- L'application extraterritoriale³⁵⁵

Sous – Section I – Les solutions juridiques

Les Etats-Unis comme la Communauté s'appliquent leurs droits de la concurrence aux entreprises étrangères lorsque des effets anti-concurrentiels sont ressentis sur leur marché intérieur.

Les principes du droit international classiques ne suffisant pas à satisfaire les exigences de la spécificité du droit de la concurrence ainsi qu'au commerce international, les autorités des deux systèmes juridiques ont été incitées à créer de nouveaux principes de compétence propre au droit international économique.

Pourtant le passage à l'esprit de coopération n'était pas sans difficulté. Les positions divergentes ont été adoptées par les Etats-Unis et par la Communauté quant à l'étendue de leur compétence extraterritoriale dans le domaine du droit de la concurrence.

Les Etats-Unis avaient une tendance d'interprétation plus large du champ d'application de leurs législations au contrario des autorités communautaires. Les tribunaux américains ont appliqué la théorie des effets comme la Cour de justice mais avec la nuance que cette dernière assouplit cette théorie avec la notion de l'unité économique qui est une conception plus proche du

³⁵⁵ L'étendue de sujet permet d'un examen très détaillé. Il existe les thèses de doctorat dans le matière. On s'est permis d'examiner brièvement cette section en restant dans les bornes de notre étude.

principe de territorialité³⁵⁶. Pendant longtemps, la Cour de justice a affirmé la théorie des effets sans l'appliquer réellement. La première application précise n'a eu lieu que dans l'affaire de *Pâtes de bois*³⁵⁷. La Cour a prononcé que :

« Lorsque des producteurs établis à l'extérieur de la Communauté effectuent des ventes directement à des acheteurs établis dans la Communauté et se livre à une concurrence par prix pour emporter les commandes de ces clients, il y a une concurrence à l'intérieur de marché commun.

Il s'ensuit que, lorsque ces producteurs se concertent sur les prix qu'ils consentiront à leurs clients établis dans la Communauté et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, ils participent à une concertation qui a pour objet et effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 85 du traité.

La compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public.

.....

En matière de répression des ententes, c'est en effet le lieu où l'entente est mise en œuvre et non pas celui où elle est formée qui est déterminant. Peu importe que les producteurs aient ou non fait appel à des filiales, agents, sous-agents ou succursales et établis dans la Communauté en vue d'établir des contacts entre eux et les acheteurs qui y sont établis. »

³⁵⁶ FRIEDEL-SOUCU Evelyne, Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne, L.G.D.J., Paris 1994, p.422

³⁵⁷ Aff. conjointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, 27.9.1987, R.J.C.E. 1988, p. 5193

Dans ce sujet, le mérite de la position américaine est de toujours tenter de qualifier les effets anti-concurrentiels et de limiter ainsi l'application de la théorie des effets au regard du caractère international du litige³⁵⁸.

Dans l'affaire *Timberlane* la cour a confirmé la portée extraterritoriale des lois antitrust américaines mais souligna aussi que le fait pour le droit américain de couvrir des comportements anticoncurrentiels prenant place en dehors du territoire national ne signifie pas qu'il puisse tous le contrôler. Le Juge Choy déclare que : « *The fact that American law covers some conduct beyond this nation's borders does not mean that it embraces all.* »

Le juge américain applique un test à trois niveaux à fin de déterminer sa compétence dans une affaire ayant un caractère d'extranéité. Il demande d'abord si la restriction commerciale en jeu a-t-elle un effet sur le commerce extérieur américain. Ensuite, il cherche à savoir si l'effet est suffisamment étendu pour représenter un tort appréciable pour le demandeur. Et dernièrement, il faut déterminer si les intérêts de et liens avec Etats-Unis, y compris la portée de l'effet sur le commerce extérieur américain, sont-ils suffisamment importants par rapport aux autres nations étrangères pour justifier l'extraterritorialité.

Pourtant, en droit communautaire, la localisation de l'effet anti-concurrentielle se situant à l'intérieur de marché commun se suffit pour l'application des lois sans tenant compte l'extranéité de l'affaire. Echappe par conséquent à l'interdiction, une entente qui produit entièrement ses effets dans des pays tiers, ayant par exemple pour objet une répartition des marchés d'exportation hors de la Communauté, ou interdisant d'exporter dans certains pays tiers³⁵⁹.

Sous – Section II – Les solutions politiques

L'extraterritorialité des lois américaines et communautaires de la concurrence a obligé les parties de résoudre les conflits résultant de leur

³⁵⁸ Par exemple *Timberlane Lumber Co. V. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976); *Mannington Mills Inc. Co. v. Congoleum Corporation*, 549 F. 2d 1287 (Cir. D.C: 1979)

³⁵⁹ Décision de la Commission du 22.10.1964 DECA, JOCE n°173, p.2761

similitude. A ce titre un accord bilatéral entre les Etats Unis et la Communauté introduit des mécanismes de résolution des conflits de compétence relevant du droit de la concurrence³⁶⁰.

La coopération bilatérale, comme celle de l'accord entre les Etats-Unis et l'Union européenne permet sans doute une amélioration dans le traitement de dossiers transatlantiques, comme une concentration ou un accord de coopération, à travers les contacts qu'elle favorise entre les équipes qui traitent ces dossiers. Mais l'interdiction d'échanger des informations confidentielles constitue un obstacle important, par exemple dans le contrôle et la répression de pratiques anticoncurrentielles.

D'une façon générale, la coopération bilatérale ne peut résoudre les problèmes de différences d'application des règles de concurrence d'un pays à l'autre, ni surtout des différences de rigueur dans la mise en oeuvre de politique de concurrence, susceptibles de créer d'importantes distorsions commerciales. Les litiges ne peuvent aujourd'hui donner lieu à des procédures de conciliation et d'arbitrage, contrairement à ce qui existe dans d'autres domaines, et en particulier dans celui du commerce international. C'est pourquoi l'émergence de règles minimales au niveau international paraît une nécessité.

Sur le plan multilatéral, il vaut la peine de rappeler que, dans le cadre de l'ambitieux mouvement de coopération internationale de l'immédiat après guerre visant à éviter les crises - en particulier commerciales des années 30 qui s'est traduit notamment par la création du FMI et de la Banque Mondiale, la Charte de La Havane a été une tentative infructueuse d'introduire des règles de concurrence au niveau international. Depuis lors, les efforts de coopération sont demeurés modestes, même si les réunions et les travaux de l'O.C.D.E. représentent une contribution positive appréciée par l'ensemble des autorités nationales de concurrence.

³⁶⁰ Accord entre la Commission des Communautés européennes et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique Concernant l'Application de leur Droit de la Concurrence, 23 Septembre 1991 op.cit.

Section V - Les critères d'appréciations similaires dans le domaine des fusions et des acquisitions.

Sous – Section I – La divergence terminologique

L'analyse de la pratique décisionnelle de la Commission et des autorités américaines de la concurrence révèle que, malgré leurs divergences terminologiques, leurs critères d'appréciations aboutissent à des résultats convergents.

L'article 2 § 2 du règlement n° 4064/89 déclare que:

« Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun ».

Le critère de création ou de renforcement d'une position dominante, fixé par ce texte, se distingue de celui adopté par la réglementation de contrôle des concentrations des Etats-Unis qui recourt au critère dit SLC, « *substantive lessening of competition* »³⁶¹.

Ainsi, la section 7 du Clayton Act américain dispose que :

« Nulle personne engagée dans le commerce ou dans toute activité commerciale ne saurait acquérir directement ou indirectement tout ou partie des actions ou des actifs d'une autre personne..., lorsque s'agissant d'une ligne de produits ou de toute activité affectant le commerce dans tout ou partie du marché, l'effet de l'acquisition serait soit d'amoindrir substantiellement la concurrence soit de tendre à la création d'un monopole. »³⁶²

³⁶¹ « Diminution substantielle de la concurrence »

³⁶² « No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire ...another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in

Ce texte adopte un critère d'appréciation alternatif, une opération de concentration peut être interdite si elle est susceptible de réduire substantiellement la concurrence ou de contribuer à la création d'un monopole.

Toutefois, malgré la différence de rédaction de leur critère d'appréciation respectif, les autorités de la concurrence communautaires et américaines ont adopté des analyses largement convergentes des opérations de concentration.

Aux Etats-Unis, comme en Europe, les fusions sont examinées principalement sous l'angle de leur effet anticipé sur le prix payé par le consommateur. Même si les lignes directrices américaines permettent de tenir compte des gains d'efficacité qu'une fusion peut engendrer, ces gains ne suffisent généralement pas à faire pencher la balance en faveur de la fusion si l'effet sur les prix à la consommation indique qu'elle aurait pour résultat de réduire la concurrence.

Pour déterminer les effets d'un fusionnement sur la concurrence, il faut tenir en compte notamment des facteurs comme l'importance de la concurrence étrangère, la probabilité d'échec d'une entreprise en l'absence du fusionnement, l'approvisionnement de biens de substitution acceptables aux produits fournis par les parties, l'importance des barrières à l'accès au marché, l'importance de la concurrence réelle qui resterait après le fusionnement ainsi que la nature des changements et de l'innovation sur les marchés pertinents. Un fusionnement considéré comme diminuant ou comme étant susceptible de diminuer sensiblement la concurrence peut quand même être réalisé s'il crée des gains en efficacité qui excèdent les pertes attribuables à la diminution de la concurrence.

any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly... ».

Le Règlement de la CE³⁶³ ne prévoit pas expressément le critère fondé sur les gains d'efficience mais le préambule prévoit explicitement que la Commission doit tenir compte des objectifs de cohésion économique et sociale et d'autres objectifs fondamentaux du Traité de Rome.

Le critère européen de position dominante implique une analyse de la diminution substantielle de concurrence. En effet, selon l'article 2 § 3 du règlement n° 4064/89, pour être incompatible avec le marché commun, une opération de concentration qui crée ou renforce une position dominante doit avoir comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

Par contre, l'analyse américaine recherche implicitement l'existence d'une position dominante à travers l'évaluation du pouvoir de marché. En effet, d'après les Horizontal Merger Guidelines³⁶⁴ adoptés par les autorités américaines de la concurrence, le principal critère de la «diminution substantielle de concurrence » est la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché.

En outre, la méthode d'analyse issue des critères d'appréciation est très similaire dans les deux systèmes. L'évaluation du pouvoir de marché dépend dans une large mesure de la définition du marché pertinent or la méthode d'analyse des *Horizontal Guidelines* et celle de la communication de la Commission européenne sur la définition du marché sont très similaires.

Sous – Section II – Les méthodes d'analyses similaires

A présent, il est largement admis que la Commission et les autorités américaines de la concurrence appliquent des critères équivalents pour

³⁶³ Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 op.cit.

³⁶⁴ Voir 1992 Horizontal Merger Guidelines, 57 Fed. Reg. 41552 (Sep. 10, 1992), (The unifying theme of the Guidelines is that mergers should not be permitted to create or enhance market power or to facilitate its exercise“).

déterminer si une opération de concentration porte atteinte à la concurrence ou pas.

La politique américaine ainsi que la politique européenne sur les fusions accorde une importance primordiale à l'indice *Herfindahl-Hirschman* et aux parts de marché afin de déterminer l'évaluation de la nature de la rivalité sur un marché donné.

De même, les *Horizontal Guidelines* exposent que tout contrôle d'une opération de concentration doit commencer par l'analyse des parts de marché des parties et des concurrents à travers, notamment, de l'application de l'Indice Herfindahl-Hirschman. Cette approche est identique à celle de la Commission.

Jusqu'à une époque récente, certains auteurs soutenaient que les autorités communautaires et américaines adoptaient des approches différentes en matière de contrôle des concentrations³⁶⁵. En effet, la Commission semblait s'intéresser principalement aux opérations pouvant aboutir à la création ou au renforcement d'une position dominante simple tandis que les autorités américaines étaient d'avantage préoccupé par les concentrations susceptibles de favoriser la collusion entre les opérateurs sur les marchés oligopolistiques.

Pendant les premières années d'application du règlement communautaire sur le contrôle des concentrations, il régnait en effet une grande incertitude quant à la possibilité de bloquer une opération qui créerait ou renforcerait une position dominante collective. Toutefois, depuis l'affaire *Nestlé/Perrier*³⁶⁶, la Commission s'est reconnue le pouvoir de contrôler de telles opérations de sorte que la divergence transatlantique sur ce point fut de courte durée.

Les autorités américaines, quant à elles, attribuent une place de plus en plus importante au contrôle des concentrations pouvant aboutir à la création d'une

³⁶⁵ Barry E. Hawk & Henry L. Huser, *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*, Kluwer, 1996, p. 216.

³⁶⁶ Décision de la Commission Nestlé / Perrier, op.cit

position dominante simple, notamment sur le fondement de la théorie dite des effets unilatéraux³⁶⁷.

L'homogénéisation des critères d'appréciation adoptés par les autorités américaines et communautaires se traduit logiquement par la convergence des solutions de fond. Ainsi, en dehors de quelques cas exceptionnels, les deux autorités ont toujours adopté des solutions similaires dans le cadre du contrôle des opérations de dimension transatlantique. S'il y a eu des divergences, elles ne sont pas dues à la différence de rédaction des critères d'appréciation.

Ainsi, dans les affaires *Air Liquide/BOC*³⁶⁸ ou *Pernod/Seagram*³⁶⁹, c'est parce que la situation concurrentielle n'était pas la même sur les marchés européen et américain que les autorités de concurrence sont arrivées à des résultats opposés.

Dernièrement, il faut signaler que le système américain ainsi que le système européen préfère prohiber le fusionnement en cas de doute au lieu de prononcer des mesures provisoires³⁷⁰.

Chapitre II – Points Distincts

Section I- Les approches différentes dans le domaine de “restriction du commerce”

L'un des sujets les plus controversés dans le droit de la concurrence est de définir du fait de faire obstacle à ou de restreindre au jeu de la concurrence. Les Etats-Unis et la Communauté européenne ont une approche très différente pour déterminer l'atteinte à la concurrence³⁷¹.

³⁶⁷ Voir Horizontal Guidelines, §2.2

³⁶⁸ Décision de la Commission du 18 janv. 2000, affaire COMP/M.1630, *Air Liquide/BOC*

³⁶⁹ Décision de la Commission du 8 mai 2001 affaire COMP/M.2268, *Pernod Ricard/Diageo/Seagram*

³⁷⁰ Ibid. p.312

³⁷¹ Voir en particulier : HAWK Barry. E. "La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté?", RTDE 1989, p.5

Sous – Section I – Le droit américain

Le droit américain de la concurrence détermine la nuisance d'un accord au jeu de la concurrence par l'analyse fondée sur la « règle de raison », en examinant plusieurs facteurs au cas par cas. Les juges américains ont admis que dans certains cas il n'est pas raisonnable de condamner une entente. Ils effectuent une balance d'intérêts entre les effets positifs et effets négatifs de l'entente sur la concurrence. Si les premiers l'emportent sur les seconds l'entente est considérée licite.

Le droit américain condamne très peu d'accords considérés comme illicite « per se » en raison de leurs effets sur la concurrence sans se livrant à un examen approfondi³⁷². Dans sa forme la plus pure, le droit américain exige un examen détaillé afin de concrétiser les effets concurrentiels de l'entente³⁷³. La Cour Suprême insiste qu'il n'existe pas une ligne claire entre la règle de raison et la règle « per se ». Cette tendance d'écarter des règles « per se », réduit la sécurité juridique et augmente le coût de procès.

Sous – Section II – Le droit Communautaire

En droit communautaire l'article 81 § 3 TCE prévoit des possibilités d'exemptions de l'interdiction prononcée au paragraphe 1 de même article. Il s'agit d'une dérogation à la règle mais non pas à la façon de son application. L'autorisation accordée selon l'article 81 § 3 TCE n'est pas simplement le fruit d'un examen approfondi effectué sur les effets de l'entente dans la concurrence mais aussi les avantages socio-économiques créés par cela. Donc, il est tout à fait possible qu'en droit communautaire de la concurrence, une entente soit exemptée de l'interdiction de l'article 81 TCE seulement en raison des effets bénéfiques à obtenir sur le plan social et économique, même créant un désavantage sur le plan concurrentiel.

Par exemple en droit communautaire de la concurrence, la Commission peut accorder les exemptions prévues à l'article 81 § 3 en élaborant un règlement

³⁷² Voir Chapitre I section 2 supra

³⁷³ Chicago Board of Trade c. U.S., 246 U.S. 231, 238 (1918)

d'exemption par catégorie. Ces exemptions par catégorie concernent certaines catégories d'accord, de décisions d'associations d'entreprises ou encore de pratiques concertées. Les ententes ainsi caractérisées forment une catégorie exemptée de la prohibition. Aucune action juridique ou mesures ne sont formées contre ces types d'ententes.

En droit américain une telle garantie n'est jamais accordée par les autorités antitrust américaines. Il existe des « *guide lines* » proclamés par la *Federal Trade Commission* mais ces derniers, contrairement à l'exemption par catégorie accordée par la Commission, ne garantissent aucune protection juridique.

Cette situation n'est qu'une simple conséquence de grande différence philosophique existante entre le système américain et communautaire. En droit américain, la concurrence est une fin en soi. Toute autre considération en dehors de la concurrence est rejetée. Pourtant, le système communautaire profite de la concurrence comme un outil pour réaliser les objectifs fixés par l'article 2 TCE.

En plus, tout au début, par les soucis d'unité, le droit communautaire de la concurrence s'est méfié d'utiliser une règle de raison au regard de l'article 81 TCE qui entraînerait un partage de compétence entre les juridictions nationales et la Commission dans la formation de la politique communautaire de la concurrence.

Mais dans nos jours, il existe une vague de réforme en droit communautaire. Le système de l'article 81 TCE a été révisé et la procédure d'une demande individuelle *a priori* a été abolie. Ainsi une grande différence procédurale entre le droit communautaire de la concurrence et le droit américain antitrust résultant d'un système de notification et de la demande d'exemption individuelle a disparu.

En plus, aujourd'hui les autorités nationales de concurrence pourraient effectuer un contrôle *a posteriori* sur la légalité des ententes sur la base de

l'article 81 § 3. Ainsi le monopole de Commission sur le sujet a disparu. Pourtant, les nuances entre les critères d'examen subsistent.

Section II – Restrictions Verticales

Au Cours des dernières années, il y a eu des grands changements dans la position des Etats-Unis et de l'Union européenne à l'égard des pratiques verticales. Dans des années 70, Etats-Unis qui les traitaient avec rigueur, devenus très tolérants avec la seule exception portant sur les pratiques verticales des pris imposants.

Sous – Section I – L'évolution américaine

A – L'arrêt *US v. Arnold Schwinn and Co.*

En 1968, la Cour Suprême avait eu l'occasion de prononcer sur le sujet³⁷⁴. Un fabricant de cycles avait mise en place un place un système complexe de répartition des zones géographiques et de clientèle entre ses distributeurs. Le plan imaginé par la société prévoyait que celle-ci entretiendrait avec ses concessionnaires et les détaillants trois types des rapports. Dans un premier cas, les détaillants passaient leurs commandes aux concessionnaires, qui, touchant au passage une commission, transmettaient celles-ci au fabricant. Le matériel était ensuite expédié directement au détaillant. Dans une deuxième hypothèse, le concessionnaire avait la marchandise en dépôt. Il prenait dans ce cas la commande et livrait lui-même le détail. Enfin, un troisième type de réseau fut mise en place. Le concessionnaire devait acheter le matériel de marque Schwinn qu'il distribuait ensuite à des détaillants approuvés par Schwinn. Dans chacun des trois systèmes, les contrats de concession contenaient une clause de territorialité exclusive.

La Cour Suprême a distingué deux situations dans son jugement. Soit le fabricant demeurait propriétaire et dans ce cas il continuait à supporter les

³⁷⁴ United States c. Arnold Scwinn & Co. 388 U.S. 365 (1967)

risques. L'accord était alors conforme à la loi. Soit le concessionnaire achetait le matériel et dans cette hypothèse l'entente était illégale. Car la société n'étant plus propriétaire continuait d'imposer certaines conditions aux concessionnaires devenus indépendantes.

Alors la Cour a décidé que les restrictions territoriales et les restrictions pour le partage des consommateurs lors de la revente des produits étaient sujettes à une prohibition *per se*³⁷⁵.

B – L'arrêt *Continental TV Inc. V. GTE Sylvania Inc*³⁷⁶

A partir de 1977, la Cour Suprême a changé d'attitude en déclarant que :
« This argument is flawed by its necessary assumption that a large of the promotional efforts resulting from vertical restrictions will not convey socially desirable information about price product availability, price, quality and services. Nor is it clear that a per se rule would result in anything more than a shift to less efficient methods of obtaining the same promotional effects. »

Ainsi la Cour estime que les restrictions territoriales non fondées sur les prix et les restrictions fondées sur les consommateurs sont sujettes à la règle de raison³⁷⁷. Une analyse détaillée des effets réels de ces types d'accords est peu à peu étendue à l'ensemble des restrictions verticales ne se rapportant pas aux prix.

C – La circulaire du Département de Justice

Dans la circulaire du Département de Justice publié en 1985, même les accords imposants de prix sont soumises à la règle de raison³⁷⁸. La dernière édicta aussi les critères favorables afin de déterminer les avantages des systèmes de distribution exclusive³⁷⁹, des restrictions territoriales et des

³⁷⁵ Ibid

³⁷⁶ *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977)

³⁷⁷ Ibid

³⁷⁸ 50 Fed.Reg. 6263 (1985)

³⁷⁹ Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, le fournisseur accepte de ne vendre sa production qu'à un seul distributeur en vue de la revente sur un territoire déterminé. Dans

restrictions en matière de consommateurs, des accords exclusifs et des ventes liées³⁸⁰.

Pour justifier cette modification dans l'attitude judiciaire et administrative, les théories économiques de l'Ecole de Chicago ont été déterminantes. Celles-ci repose sur deux points essentiels. L'objectif de la concurrence doit être la réalisation de l'*economics efficiency* et il faut laisser au marché de corriger ses propres imperfections. D'une part, la situation sera efficiente quand la répartition des biens entre les différents agents économiques sera optimale. D'autre part, l'efficience sera atteinte si les facteurs de production sont parfaitement répartis entre les entreprises et à l'intérieur de celles-ci³⁸¹.

Il est aussi supposé qu'il existe une communauté d'intérêts entre les fournisseurs et les consommateurs. Le fournisseur voudrait le système de distribution le plus efficace pour ses produits avec le prix de vente le plus bas.

En plus en raison de l'existence de *free riders*³⁸² les fabricants sont forcés de sélectionner et de protéger leurs revendeurs.

le même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires exclusifs. Du point de vue de la concurrence, ce système risque surtout d'affaiblir la concurrence intramarque et de cloisonner le marché, de sorte qu'il pourrait en résulter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou la totalité des fournisseurs appliquent la distribution exclusive, cela peut faciliter les collusions, tant à leur niveau qu'à celui des distributeurs.

³⁸⁰ Il y a vente liée lorsqu'un fournisseur subordonne la vente d'un produit à l'achat, auprès de ce fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci, d'un autre produit distinct. Le premier produit est appelé le bien ou service "liant" et le deuxième, le produit "lié". Lorsque les ventes liées ne sont pas objectivement justifiées par la nature des produits ou l'usage commercial, elles peuvent constituer un abus de position dominante. Du point de vue de la concurrence, ce genre d'accord, visant à subordonner la vente d'un produit à l'achat d'un autre produit distinct, peut violer les règles de la concurrence.

³⁸¹ FASQUELLE Daniel, op.cit, p.50

³⁸² Passagers Clandestins son par exemple si l'un entre deux boutiques offrant les mêmes produits voisins fait la publicité, ses prix auront plus élevé que l'autre. En conséquent les acheteurs vont préférer l'autre car les prix sont plus bas. Ainsi il profite gratuitement des dépenses faites par son concurrent.

Sous – Section II – L'évolution communautaire

A- Le souci de l'intégration de marché unique

L'évolution dans la Communauté européenne était plus compliquée à cause des soucis de l'intégration de marché unique. La prohibition communautaire des accords verticaux ayant pour objectif ou pour effet d'isoler les marchés nationaux est la pierre angulaire qui distingue le droit communautaire du droit américain³⁸³.

La position stricte de la Commission à l'égard des restrictions verticales a été critiquée par la doctrine³⁸⁴. Il est indiqué que la sévérité de la Commission envers la concurrence intra-brand et l'objectif d'intégration du marché sacrifie les gains de productivité tirés de la distribution et porte atteinte à la concurrence inter-brand. La balance d'intérêt entre les gains de productivité verticaux et la concurrence inter-brand d'une part et l'objectif de l'intégration du marché et les préoccupations distributives d'autre part, sont considérées comme l'un des problèmes les plus controversés du droit de la concurrence européenne³⁸⁵.

L'article 81 du TCE n'a été appliqué pour exempter des accords de distribution exclusive ou certaines *joint-ventures* qui ont un effet généralement bénéfique sur la concurrence et le commerce. A la fin des années 1980, la Cour de Justice des Communautés a en outre introduit un concept ressemblant à la « règle de raison » américaine, en jugeant que certaines restrictions contenues dans un accord de distribution franchisée étaient indispensables au bon fonctionnement de la franchise³⁸⁶ et donc non restrictives de concurrence.

³⁸³ HAWK Barry, "La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté?", RTDE 1989, p.30

³⁸⁴ Ibid

³⁸⁵ TERHORST George, "The reformation of the EC Competition Policy on Vertical Restraints", Northwestern Journal of International Law & Business, 21:343, 2000

³⁸⁶ Les accords de franchise comportent une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens et de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie

Du point de vue de la concurrence, la concession de la méthode commerciale et les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou l'exclusivité de marque et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions.

B – La réglementation communautaire dans la matière

Dans ces derniers temps la politique sur les restrictions verticales a bien évalué. Il y a eu plusieurs réglementations sur le sujet. Les plus importants sont notamment, le Règlement (CE) n° 2790/1999 concernant certaines catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées ; la Communication concernant les accords d'importance mineure ; la Recommandation 96/280/CE concerne les accords entre petites et moyennes entreprises; la Directive 86/653/CE s'appliquant aux contrats d'urgence et la Communication de la Commission, du 13 octobre 2000 sur les restrictions verticales.

1- La définition de la Commission

Selon la définition faite par la Commission, les restrictions verticales sont des accords ou pratiques concertées conclus entre deux entreprises ou plus. Chaque entreprise opère, aux fins de l'accord, à un stade économique différent, concernant la livraison, l'achat de biens destinés à la revente ou à la transformation ou la commercialisation de services. L'accord régit les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services³⁸⁷.

2 –Les lignes directrices

Les lignes directrices sur les restrictions verticales visent à empêcher ; l'exclusion des autres fournisseurs ou des autres acheteurs par la mise en

intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale du franchiseur une redevance pour l'utilisation de la méthode commerciale en question. La franchise peut permettre au franchiseur de mettre en place, moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits.

³⁸⁷ Communication de la Commission, du 13 octobre 2000: lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE C 291 du 13.10.2000 COM (2000/C 291/01)

place de barrières à l'entrée ; réduction de la concurrence interbrand entre les entreprises présentes sur un marché; réduction de la concurrence intrabrand entre les distributeurs; et l'atteinte à la liberté des consommateurs d'acheter un bien ou service dans un État membre.

En admettant des effets positifs le droit communautaire de la concurrence permet à certaines restrictions verticales pour une durée limitée lorsqu'un distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre distributeur ou un fabricant qui souhaite de pénétrer sur un nouveau marché géographique, par exemple en exportant ses produits vers un autre pays pour la première fois qui peut impliquer certains "investissements de départ" pour le distributeur afin d'établir la marque sur ce marché ou certains détaillants de plusieurs secteurs acquièrent la réputation de ne commercialiser que des produits de qualité ou encore un fabricant augmente ses ventes en imposant une certaine uniformité et des normes de qualité à ses distributeurs qui lui permet d'acquérir une bonne image de marque et accroître l'intérêt du consommateur. La distribution sélective³⁸⁸ et la franchise en sont des exemples³⁸⁹.

3 – Les étapes de l'appréciation Communautaire

En droit Communautaire l'appréciation d'une restriction verticale comprend généralement quatre étapes. D'abord les entreprises concernées doivent définir le marché en cause afin d'établir la part de marché du fournisseur ou de l'acheteur, en fonction de l'accord. Si la part de marché en cause ne dépasse pas le seuil de 30 %, l'accord vertical bénéficie de l'exemption par

³⁸⁸ À l'instar des accords de distribution exclusive, les accords de distribution sélective restreignent d'une part le nombre de distributeurs agréés et d'autre part leurs possibilités de revente. Contrairement à ce qui se passe pour la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs agréés ne dépend pas du nombre de territoires, mais de critères de sélection liés tout d'abord à la nature du produit. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente ne concerne pas les ventes actives effectuées à l'extérieur d'un territoire, mais toutes les ventes réalisées avec des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les consommateurs finals étant alors les seuls acheteurs potentiels. La distribution sélective est presque toujours utilisée pour distribuer des produits finals de marque. Du point de vue de la concurrence, ce type de distribution risque d'affaiblir la concurrence intramarque et, surtout s'il y a effet cumulatif, d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs et de faciliter les collusions entre fournisseurs ou acheteurs.

³⁸⁹ Ibid

catégorie, sous réserve de satisfaire aux conditions fixées par le règlement n° 2790/1999.

Ensuite, lorsque la part de marché en cause dépasse le seuil de 30 %, il convient de vérifier si l'accord vertical ne fausse pas la concurrence. Dans ce cas, les facteurs à prendre en considération sont : position du fournisseur, des concurrents, de l'acheteur sur le marché, barrières à l'entrée, nature du produit, etc.

Troisièmement, l'accord vertical relève de cette disposition, doit être examiné en vue de savoir s'il remplit les conditions d'exemption. Dans ce cas, l'accord vertical doit contribuer à améliorer la production, la distribution des produits, promouvoir le progrès technique ou économique et réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

Et tout dernièrement, l'accord vertical ne doit pas imposer aux entreprises intéressées les restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et éliminer la concurrence.

Il faut aussi rappeler que la Commission peut, pour des raisons d'intérêt public communautaire, constater qu'en fonction des éléments dont elle a connaissance, l'article 81 du traité est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions de l'article 81 paragraphe 1 ne sont pas remplies, soit parce que les conditions d'exemption de l'article 81 paragraphe 3 sont remplies. Elle peut faire de même pour les cas de positions dominantes visés à l'article 82 du traité³⁹⁰.

Grâce à ces réformes réalisés la grande divergence entre les deux systèmes de droit de la concurrence a diminué. Les lignes directrices de la Communauté ressemblent beaucoup à *guide lines* élaborés par Etats-Unis³⁹¹. Mais les différences entre les deux systèmes résultant de soucis d'intégrer le marché européen subsiste. Par exemple dans la distribution des

³⁹⁰ Règlement (CE) 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité op.cit: constater l'inapplicabilité des articles 81 et 82 :

³⁹¹ Le discours prononcé par Monsieur Prof. Mario MONTI le Commissioner responsable de la concurrence à Washington en 14.11.2001. Voir à www.europa.eu.int

véhicules automobiles en Etats-Unis, le système est réglementé principalement en se fondant le contrat de franchise. Pourtant en Europe ce secteur est réglementé par des normes spécifiques qui empêchent la réalisation de plusieurs marchés nationaux. Plusieurs amendes lourdes ont été infligées par la Commission dans ce secteur³⁹².

Section III – Différentes théories et analyses économiques

Sous-Section I– Le droit de la concurrence et les théories économiques

Le droit de la concurrence recourt fréquemment aux théories économiques, spécialement à la micro-économie. L'étude de cette dernière a pour objectif de comprendre comment les entreprises et les consommateurs prennent des décisions et comment ces décisions affectent les prix, la demande et la production de biens ou services. Dans ce contexte, plusieurs hypothèses de base sont généralement utilisées pour comprendre le fonctionnement de marchés, telles que l'hypothèse selon laquelle la demande se réduit quand les prix augmentent, l'hypothèse selon laquelle les prix baissent quand la production augmente et l'hypothèse selon laquelle les entreprises privées prennent toujours des décisions avec pour objectif de maximiser leurs profits. Appliquées dans le contexte du droit de la concurrence, ces hypothèses sont utilisées pour déterminer si et dans quelle mesure le comportement d'une entreprise aura un effet sur les certains marchés de produits ou de services.

La mise en oeuvre de pratiques anti-concurrentielles est quasiment une tendance naturelle de toute entreprise privée. La concurrence est un facteur de coût important pour une entreprise. Elle tire les prix vers le bas, en contraignant à l'innovation et provoque des incertitudes quant aux profits à venir. Une entreprise privée agit toujours en vue de maximiser ses profits, toute entreprise devrait effectivement avoir une tendance naturelle à tenter de réduire le coût de la concurrence. La manière la plus évidente d'atteindre cet objectif est de réduire ou d'éliminer la concurrence, soit en s'entendant avec ses concurrents, soit en les éliminant³⁹³.

³⁹² Aff. COMP/36.693 Décision de la Commission du 29.6.2001, *Volkswagen*, JOCE L 262 du 2.10.2001; Aff. COMP/36.264, *DaimlerChrysler*, IP/01/1394 du 10.9.2001

³⁹³ Voir SMITH Adam, "Wealth of Nations 1776", paperback 1991

Les règles du droit de la concurrence ont été adoptées en vue d'interdire ce type de pratiques. L'idée fondamentale sous-jacente est que la concurrence stimule l'innovation et réduit les prix à la consommation. D'un point de vue plus théorique, et en partant du constat que les ressources mondiales sont limitées, la concurrence est un moyen d'obtenir une meilleure allocation de ces ressources. Dans un état de concurrence « idéale » les entreprises réalisent des profits en utilisant au mieux les ressources disponibles pour offrir des produits que les consommateurs souhaitent obtenir, à un prix que les consommateurs sont prêts à payer pour les quantités dont ils ont besoin.

Sur le fondement du droit de la concurrence, et en vue d'atteindre les objectifs précités, les tribunaux américains ainsi que les autorités de la concurrence et tribunaux en Europe ont interdit certains types de pratiques visant à réduire ou éliminer la concurrence

Par nature, le droit de la concurrence est lié à la théorie économique. L'évolution des théories économiques en la matière a été importante et a affecté de manière significative la manière dont les lois *antitrust* sont interprétées et appliquées aux Etats-Unis. Par contre, en Europe, les théories économiques modernes n'ont commencé à influencer le droit de la concurrence que de manière relativement récente.

Sous – Section II – Les théories américaines

Aux Etats-Unis, les lois *antitrust* ont été adoptées afin de briser la dominance des conglomérats ou « trusts » supposés conspirer contre l'intérêt public en poussant les prix à la hausse et en excluant les petites entreprises du marché. De nombreuses déclarations des « auteurs » du *Sherman Act*, sénateurs et parlementaires, indiquent que les lois *antitrust* avaient pour objectif de protéger les consommateurs et les petites entreprises victimes de telles pratiques.

Tout ces idées politiques et économiques dominantes ont influencé les tribunaux. Dans les années 1920, toute intervention au fonctionnement du marché était interdite. Avec la crise de 1930 cette approche a été mise à côté par l'arrêt *Appalachian Coal*³⁹⁴. En 1940, toute forme d'entente a été empêchée par le juge.

A – Les théories de l'Ecole de Harvard

Après la phase populiste d'adoption des lois de concurrence une école d'analyse économique s'est développée dans le sein de l'Université de Harvard.

L'approche développée par cette école est basée sur un lien de causalité entre les structures de marché, les comportements et les performances. Dans cette optique, les résultats issus du marché s'expliquent par les structures du marché pertinent et les interventions correctrices de l'Etat devraient donc se concentrer sur des mesures structurelles³⁹⁵.

B – Les théories de l'Ecole de Chicago

Dans les années 1970, une nouvelle théorie économique s'est imposée. Cette fois l'impulsion venait de l'Université de Chicago. Les auteurs de cette école ont introduit un débat important concernant les objectifs du droit de la concurrence aux Etats-Unis et la manière dont les lois *antitrust* devait être appliquées. Des auteurs tels que Bork³⁹⁶ ou Posner³⁹⁷ ont critiqué la méthode économique trop simpliste employée aux Etats-Unis, et prétendu que l'application excessive des lois *antitrust* nuisait en réalité à l'efficacité des entreprises et finalement à intérêt des consommateurs qu'elles étaient censées protéger.

³⁹⁴ 288 U.S. 344 (1933)

³⁹⁵ SOUTY François, op.cit, p.35

³⁹⁶ BORK Robert, *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*, 2nd edition, New York, Free Press, 1978

³⁹⁷ POSNER Richard, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, The University of Chicago Press 1976

Les hypothèses fondamentales mises en avant par l'Ecole de Chicago étaient les suivantes:

- l'objectif exclusif du droit de la concurrence étant de protéger les consommateurs, les pratiques anti-concurrentielles qui ont pour effet de contribuer à l'efficacité d'une entreprise sont favorables à l'intérêt des consommateurs et ne doivent donc pas être interdites ;
- d'une manière générale, l'existence de « barrières à l'entrée » dans un marché est un mythe et, en réalité, l'absence de telles barrières à l'entrée exerce une pression concurrentielle importante sur la plupart des entreprises,
- d'une manière générale, même les pratiques généralement considérées comme clairement anti-concurrentielles peuvent avoir un impact positif sur le bien-être des consommateurs ;
- d'une manière générale, les restrictions verticales ont pour objectif d'améliorer l'efficacité économique des entreprises concernées et ne devraient donc en principe pas être interdites.

De fait, la sophistication économique revendiquée par l'Ecole de Chicago a eu pour résultat une réduction du champ d'application des règles d'interdiction « per se » et l'utilisation de plus en plus fréquente de la « règle de raison » pour mesurer les prétendus avantages de certaines pratiques en termes d'efficacité économique. Certains auteurs considèrent que cette tendance a dégénéré en une application de plus en plus indulgente du droit de la concurrence aux Etats-Unis.

C – La théorie moderne d'Ecole de Post Chicago

La théorie économique moderne, parfois connue sous le nom d'Ecole Post-Chicago "*Post-Chicago School*", a critiqué cette tendance. Cette école se focalise principalement sur les résultats issus du fonctionnement du marché. Il convient alors d'analyser les performances du marché en considérant notamment les surprofits réalisés, en étudiant la dynamique du marché, le progrès technique et les innovations introduites, la qualité des produits ou la relation entre le prix et le coût marginal de production. Cette approche

nécessite fréquemment l'emploi de méthodes économétriques visant à analyser une grande masse de données disponibles.

En réalité, les théories économiques prétendument sophistiquées de l'Ecole de Chicago apparaissent simplistes de nos jours, alors que la « théorie des jeux » a introduit toutes sortes de nouveaux facteurs pour expliquer et analyser les comportements d'entreprises.

En particulier, en ce qui concerne l'exemple des prix prédateurs utilisés précédemment, certains auteurs ont souligné l'importance que revêt le fait que les entreprises ne disposent pas toutes du même niveau d'information sur le fonctionnement des marchés³⁹⁸. Ainsi, une entreprise dominante peut réduire ses prix en vue d'induire en erreur des concurrents potentiels dans leur évaluation des profits possibles sur le marché et ainsi éviter de nouvelles entrées, ou encore afin de se forger une « réputation » de prédateur et ainsi décourager de nouveaux entrants. En outre, une analyse historique des marchés montre que les comportements prédateurs, loins d'être improbables, constituent une stratégie mise en oeuvre avec succès dans certaines industries.

Sous – Section III – L'approche européenne

Le droit de la concurrence est un élément essentiel du système de régulation économique et industrielle aux Etats-Unis. Pourtant, en Europe, le droit de la concurrence n'est qu'un mode d'intervention gouvernementale dans l'économie parmi beaucoup d'autres.

Les règles européennes inscrites dans le Traité de Rome en 1957 le but spécifique d'empêcher les entreprises de se répartir les marchés nationaux et de créer des obstacles au commerce entre les Etats membres de la Communauté européenne³⁹⁹.

³⁹⁸ CALVANI Terry, "Les prix d'éviction et les lois des États sur la vente sous le prix coûtant aux États-Unis", *Global Competition Review* 13 (Feb, March 2001)

³⁹⁹ De ce point de vue l'école de Bruxelles a été profondément influencé par l'école ordolibérale allemande qui a déterminé les éléments constitutifs du paradigme de « économie sociale de marché » Voir SOUTY François, *La politique de la concurrence en Allemagne Fédérale*, Paris P.U.F. 1996, p.128

En Europe, les débats et l'impact des théories économiques sur le droit de la concurrence ont été moins importants qu'aux Etats-Unis. Le droit communautaire était, jusqu'à récemment, essentiellement fondé sur une analyse structurelle des marchés⁴⁰⁰ laissant peu de place à des théories sur la dynamique des marchés.

Les règlements d'exemption adoptés par la Commission européenne contenaient une liste de pratiques permises et de pratiques interdites, laissant peu de marge de manœuvre pour une analyse économique complexe.

Récemment, la théorie économique connaît une importance croissante en droit de la concurrence européen. Ainsi, dans le contexte du contrôle des concentrations, la Commission européenne a été contrainte de prendre en compte divers théoriques économiques pour mesurer les effets des concentrations sur les marchés, et a commencé à utiliser certains concepts similaires à ceux contenus dans les Lignes Directrices adoptées par les autorités *antitrust* américaines en 1992.

Par ailleurs, la Communauté européenne a abandonné son système rigide de règlements d'exemption annonçant les clauses contractuelles permises ou interdites. Ces règlements ont été remplacés en 2000 par un système plus souple comprenant des Lignes Directrices qui décrivent les différents effets anti-concurrentiels ou pro-compétitifs de certaines pratiques, concernant tant les restrictions verticales que les restrictions horizontales. Ces Lignes Directrices suggèrent que les restrictions de concurrence doivent être analysées en prenant en considération tous les facteurs économiques pertinents de chaque cas d'espèce.

Section IV- L'environnement légal différent et ses conséquences

Le mécanisme classique des amendes antitrusts en droit de la concurrence relève de l'action en concurrence déloyale qui est traditionnellement

⁴⁰⁰ Nombre de concurrents, parts de marché, importance des barrières à l'entrée

considérée comme une action en responsabilité civile, permettant au victime d'obtenir la réparation du préjudice causé. Aujourd'hui, la politique en matière d'amendes civiles antitrust dans plusieurs pays permet non seulement de réparer mais aussi de punir et de sanctionner.

Grâce aux reformes de décentralisations réalisées en droit de la concurrence européenne, le système européenne s'approche encore un pas au système américain. Mais il faut ajouter que malgré les reformes, il subsiste toujours des grandes divergences entre les deux systèmes.

Aux Etats-Unis la technique matérielle conduit à investir simultanément les autorités fédérales des compétences législatives, administratives et judiciaires en revanche le droit communautaire reconnaît une répartition de compétence à caractère fonctionnel⁴⁰¹.

En Europe, la mise en œuvre du droit de la concurrence est presque entièrement confiée aux mains de la Commission. La Cour de Justice et le Tribunal de première Instance sont seuls à effectuer un contrôle juridictionnel. Théoriquement, la voie en action en justice des personnes privées afin de réparer le dommage causé est ouverte, mais elle est intentée rarement. Depuis l'entrée en vigueur du fameux règlement 17 seulement 40.000 actions privées ont été intentées. Le nouveau règlement de mise en œuvre des articles 81 et 82 TCE vise à augmenter ce chiffre.

La situation aux Etats-Unis est différente. Le droit de la concurrence américaine est basé sur la protection des processus concurrentiels sur le marché. Les actions antitrust ont été conçues d'abord pour interdire et mettre fin à des pratiques anti-concurrentielles. Deuxièmement, ces actions servent à indemniser des victimes de leurs préjudices subis. Et dernièrement, possibilité de demander le triplement des dommages et intérêts encourage les parties lésées à introduire des actions civiles. L'action en justice des personnes privées domine sauf dans les domaines des fusions.

⁴⁰¹ ISAAC G., Droit Communautaire Générale, Armand Colin, 7^e Edition Dalloz, Paris 2000, p. 203

La Cour suprême n'a pas encore statué de façon définitive sur la qualité requise pour intenter un recours antitrust privé. Selon le point de vue qui découle essentiellement de l'affaire *AGCC*⁴⁰², seul un consommateur ou un concurrent sur le marché qui est visé par le comportement tenu pour anti-concurrentiel a qualité pour agir en justice. La décision rendue dans cette affaire énonce les critères qui doivent être appliqués avec souplesse, selon les faits de l'espèce. Pour déterminer si le demandeur a la qualité pour agir les critères déterminants sont, le préjudice direct subi par le demandeur, et l'intention.

Cette action permet à la fois d'assurer la prévention et la sanction des comportements, et la réparation du préjudice causé non seulement à la victime, mais aussi à l'économie. Aux Etats-Unis, les règles de la concurrence s'insèrent donc parfaitement dans les relations entre les personnes privées. Elles ne constituent pas une branche séparée du droit. L'action privée répare le préjudice collectif⁴⁰³.

Aux Etats-Unis les avocats⁴⁰⁴ se font payer très cher pour montrer aux entreprises jusqu'où elles peuvent aller pour gagner davantage sans tomber hors de la loi. Leurs émoluments sont l'un des éléments d'un calcul financier auquel se livrent les entreprises en mettant en balance les chances de profit et les risques liés à certaines pratiques. C'est d'ailleurs de cette attitude d'esprit qu'à tenu compte le législateur en prévoyant le triplement des dommages-intérêts en cas de condamnation civile à réparer le dommage causé par une violation de la loi antitrust⁴⁰⁵.

⁴⁰² *Associated General Contractors of California Inc v. California State Council of Carpenters (AGCC)*, 469 US 519, 537 (1983)

⁴⁰³ Atelier de la concurrence à Paris II- 27 octobre 1999, VOGEL Louis "Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence"

⁴⁰⁴ Le droit américain permet en plus de disposer du « *contingent fee* », les honoraires payés à l'avocat qu'en fonction du résultat du procès.

⁴⁰⁵ BRAULT D. op.cit., p.15

De toute façon il ne faut pas oublier que seulement 175 actions civiles ont intenté dans les premiers 50 ans de *Sherman Act* et seulement 10 ont obtenu *treble damages* jusqu'à 1946⁴⁰⁶.

Section V- Les critères d'appréciations différentes dans le domaine des fusions et des acquisitions.

Malgré l'existence d'un concept générale commun en matière de traitement de fusions et d'acquisitions, les différences considérables s'opposent aussi.

Sous –Section I – La procédure de *preliminary decision* américain

D'abord dans la procédure de contrôle préalable pour les fusions, existant à la fois aux Etats-Unis et en Europe, la Commission peut approuver ou prohiber une transaction par une simple décision administrative qui doit être prononcer dans un délais absolu, tandis qu'aux Etats-Unis, les agences antitrust doivent obtenir une « *preliminary decision* » auprès d'un juge afin de prohiber une transaction dans un délais relatif⁴⁰⁷. Les tiers intéressés ainsi que les représentants des cinquante Etats sont aussi en droit d'intenter une action en vue d'obtenir l'interdiction d'une opération de concentration.

Ici, on constate encore une fois la réflexion de principe générale d'interdiction de restreindre les libertés sans l'approbation d'un juge compétent. Le droit anglo-saxon s'applique ce principe de façon absolu. Tandis que le droit européen préfère de restreindre la liberté par une décision administrative et vérifier la légalité de cette décision dans une phase antérieure.

Dans cette phase de la procédure les deux systèmes prévoient des seuils. Mais contrairement au système communautaire où les seuils ont pour objet de définir la compétence entre la Communauté et les Etats membres, les

⁴⁰⁶ Prof. JONES A.Clifford, "A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the USA", Ehlermann & Atanasiu Editions, European Competition Law Annual 2000 : The Modernization of EC Antitrust Policy 2001

⁴⁰⁷ KAUPER Thomas, op.cit, p.305

seuils de chiffre d'affaires en Amérique ont l'objet de déterminer les opérations soumises à la notification.

En ce qui concerne les opérations exemptées de la notification par la FTC et DOJ pour des acquisitions dans les quelles l'acquéreur détient déjà 50% ou plus des actions de l'entité acquise constitue aussi une divergence entre le système américain et le système européen. Car ce dernier considère que le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif est un changement de contrôle qui doit être notifié.

Aux Etats-Unis, les avocats de la FTC font enquête sur des questions antitrust, après quoi ils peuvent recommander à la Commission de formuler une plainte. Faute d'une entente avec les parties au fusionnement, la Commission peut ordonner que les questions de fond dans un dossier soient soumises à un tribunal administratif présidé par un juge qui est aussi membre de la Commission. Si les parties n'obtiennent pas gain de cause auprès du tribunal administratif, elles peuvent d'abord interjeter appel de la décision auprès de l'ensemble des commissaires. Si la décision de la Commission est maintenue, les parties peuvent ensuite en appeler devant la Cour d'appel fédérale⁴⁰⁸.

Lorsque DOJ ouvre une enquête sur un fusionnement, le directeur de l'Office des opérations et de l'application de la loi régissant les fusionnements confie l'enquête à la section ou au bureau régional qui convient et les avocats du Ministère s'occupent de l'enquête et de l'éventuelle poursuite⁴⁰⁹. Ensuite la procédure identiquement à celle de la FTC.

Dans l'autre côté de l'Atlantique, la Commission est obligée de transmettre ses objections aux parties, avant de prononcer sa dernière décision sur le fusionnement qui permet aux parties d'y répondre. Ensuite la Direction Générale de Concurrence élabore une esquisse de décision qui sera discuté par les membres de Comité Consulaire. Enfin une décision collégiale est

⁴⁰⁸ Voir, www.strategis.ic.gc.ca

⁴⁰⁹ Ibid.

prise par l'ensemble des commissionnaires en tenant compte toutes les délibérations faites.

Sous – Section II – Le contrôle de la légalité européenne

En Europe, le juge intervient dans une phase un peu plus avancée qu'Amérique et le pouvoir de la Commission de prendre des décisions sans passer devant le juge nécessite un mécanisme d'autocontrôle renforcé.

Toutefois, il faut relever ici qu'en Europe toutes les décisions administratives sont susceptibles de vérification judiciaire. Donc l'intéressé a toujours la possibilité de recourir contre la prohibition de la Commission. Seulement, aux Etats-Unis le juge intervient très tôt pour vérifier la légalité des décisions administratives.

Le niveau élevé de compétition dans les affaires nécessite des tribunaux spécialisés élaborant ses sentences dans un période de temps relativement court. Avec une réforme réalisée tout récemment, le tribunal de première instance recourt à une procédure rapide dans des situations urgentes comme l'appel formé contre un refus de fusionnement. Cette réforme constitue encore un pas vers le système américain en vigueur.

Sous – Section III – Les fusionnements transatlantiques

Les autorités des deux continents travaillent ensemble afin d'harmoniser leur procédure et accroître la collaboration nécessaire pour juger les effets des fusionnements transatlantiques⁴¹⁰. Cette collaboration est le résultat des concentrations ayant un impact mondial, appréciées à la fois par les autorités américaines et communautaires prononçant des décisions contradictoires pour le même cas⁴¹¹.

⁴¹⁰ Discours de Mario MONTI à Washington du 14.11.2000., op.cit.

⁴¹¹ Voir par exemple : MCI WorldCom/Sprint, COMP M 1741, JOCE C14 du 19.1.2000 ; Alcoa/Reynolds, COMP M 1693, JOCE, C 339 du 26.11.1999; BP Amoco/Arco COMP M 1532, JOCE C 131 du 12.5.1999; Exxon/Mobil, COMP M 1583, JOCE C 127 Du 07.05.1999; Metso/Svelta, COMP M 2033, JOCE C 232 du 12.8.2000

Les divergences portent sur plusieurs raisons. Le plus important est la diversité des effets réalisable dans les différents marchés. Si une fusion ou une acquisition produit des effets plutôt régionaux que global l'appréciation de la concentration sera différente aussi selon le marché en question. La Commission prétend que les effets des fusions dans les affaires *AstraZeneca / Novartis*⁴¹² et *Dow Chemical / UCC*⁴¹³ seront plutôt régional.

La Commission argument dans sa décision concernant *Dow Chemical/UCC* que :

« L'ensemble des cessions comprend tous les facteurs nécessaires pour que le nouvel acquéreur puisse devenir un concurrent effectif, c'est-à-dire les installations de production, les droits de propriété intellectuelle et les contrats de vente ainsi que du personnel dans les secteurs suivants: gestion, exploitation, ventes, marketing, assistance technique et recherche et développement

.....

Le fait que la majeure partie des installations de production du nouveau propriétaire soient situées aux États-Unis d'Amérique ne constituera pas un handicap, non seulement parce que cela ne constitue qu'un changement léger par rapport à la situation actuelle de Dow, mais aussi parce que la plupart des sociétés, y compris UCC, opèrent avec succès au niveau mondial avec une seule installation de production. »

Quant aux célèbres cas de divergence sur le marché de l'aéronautique *Boeing/McDonnell-Douglas*⁴¹⁴ et *General Electric/Honeywell*⁴¹⁵, ils résultent certes de différences d'appréciation au fond mais qui sont indépendantes de la terminologie des critères d'appréciation. Dans ces affaires les autorités américaines ont autorisé la fusion contrairement à la prohibition de la Commission qui invoquait la diminution substantielle de la concurrence dans plusieurs secteurs en Europe.

⁴¹² Comp. M 1403, JOCE C 19 du 23.01.1999

⁴¹³ Comp. M 1671, JOCE C 321 du 9.11.1999

⁴¹⁴ Décision de la Commission du 30 juill. 1997, affaire IV/M.877

⁴¹⁵ Décision de la Commission du 3 juill. 2001, affaire COMP/M.2220

La Commission européenne a décidé d'interdire le projet d'acquisition de Honeywell Inc. par GE à la suite d'une enquête approfondie menée sur les marchés des moteurs d'avion, des produits avioniques et d'autres composants et systèmes d'aéronefs.

La Commission a conclu que l'opération de concentration créerait ou renforcerait des positions dominantes sur plusieurs marchés et que les mesures correctrices proposées par GE seraient insuffisantes pour résoudre les problèmes de concurrence résultant du projet d'acquisition de Honeywell.

En plus, la solidité de la position de Honeywell sur le marché, conjuguée à sa puissance financière et à l'intégration verticale dans l'exploitation en crédit-bail d'aéronefs, figurent parmi les éléments qui ont permis à la Commission de conclure à l'existence d'une position dominante de GE sur ces marchés.

La Commission a également conclu dans son enquête que Honeywell est le principal fournisseur de produits avioniques et non avioniques ainsi que de moteurs pour avions d'affaires et de dispositifs de démarrage de moteur.

Le regroupement des activités des deux sociétés aurait entraîné la création de positions dominantes sur les marchés de la fourniture de produits avioniques, non avioniques et de réacteurs pour avions d'affaires, ainsi que le renforcement des positions dominantes existantes de GE en matière de réacteurs pour avions commerciaux de grande capacité et gros porteurs régionaux.

La conjonction de plusieurs facteurs aurait entraîné cette création ou ce renforcement de positions dominantes: les chevauchements horizontaux sur certains marchés ainsi que l'extension de la puissance financière de GE et son intégration verticale aux activités de Honeywell et, enfin, le regroupement de leurs produits complémentaires respectifs. Une telle intégration permettrait à l'entité issue de l'opération de concentration de démultiplier la puissance de marché respective des deux sociétés

concernant leurs produits respectifs. Ceci aurait pour effet d'exclure les concurrents, éliminant ainsi la concurrence sur ces marchés, et ayant au bout du compte une incidence négative sur la qualité des produits, le service et les prix appliqués aux consommateurs.

Dans une affaire récente le Tribunal de Premier Instance a eu l'occasion de se prononcer sur les concentrations conglomérat⁴¹⁶. Selon le Tribunal :

« Il est constant entre les parties que la concentration modifiée est une concentration de type conglomérat, c'est-à-dire effectuée entre des entreprises qui n'ont pas, pour l'essentiel, de relation concurrentielle préexistante soit en tant que concurrentes directes, soit en tant que fournisseurs et clients. Ces concentrations n'entraînent pas de véritables chevauchements horizontaux entre les activités des parties à la concentration ni de relations verticales entre ces parties au sens strict. Par conséquent, il ne saurait être présumé, d'une manière générale, que de telles concentrations produisent des effets anticoncurrentiels. Toutefois, elles peuvent avoir de tels effets dans certains cas »

Dans la même affaire le Tribunal a confirmé la modalité d'analyse de la Commission à l'égard d'une concentration produisant un effet conglomérat par des exigences analogues à celles définies par la jurisprudence dans l'arrêt Airtours/Commission⁴¹⁷ en ce qui concerne la création d'une situation de dominance collective. Le tribunal argument qu' :

« Ainsi, l'analyse de la Commission à l'égard d'une opération de concentration dont l'effet de conglomérat anticoncurrentiel est prévu présuppose un examen particulièrement attentif des circonstances qui se révèlent pertinentes aux fins de l'appréciation de cet effet sur le jeu de la concurrence sur le marché de référence. Comme le Tribunal l'a déjà confirmé, lorsque la Commission estime qu'une telle opération doit être interdite parce qu'elle créera ou renforcera, dans une période prévisible, une position dominante, il lui incombe de fournir des preuves solides au soutien

⁴¹⁶ TPI aff. T-5/02 TetraLaval c. Commission du 25.9.2002, Rec .2002 p.II, 04381

⁴¹⁷ Supra.p.78

d'une telle conclusion. Les effets d'une concentration de type conglomérat étant souvent considérés comme neutres, voire bénéfiques, au regard de la concurrence sur les marchés affectés, tel que cela est reconnu, en l'espèce, par la doctrine économique citée dans des analyses annexées aux mémoires des parties, la démonstration d'effets de conglomérat anticoncurrentiels d'une telle concentration nécessite un examen précis, étayé par des preuves solides, des circonstances prétendument constitutives desdits effets. »

Par contre la doctrine américaine critique la position de la Commission prétendant qu'il est absurde de tenir en compte la situation des concurrents dans l'évaluation de diminution de la concurrence⁴¹⁸.

Dernièrement, il faut signaler qu'en Amérique, la politique de fusionnement est indépendante de la politique national. La nationalité des participants, les incidences sur l'emploi ou les considérations de politique régionale n'a aucune influence sur l'affaire.

Pourtant en Europe la politique communautaire joue une grande influence sur la politique de fusionnement. Dans les années 1950 les Etats européens disposaient des économies administrées, dans lesquelles les entreprises publiques étaient partout dominantes ou monopolistiques et les entreprises privées étaient de leur côté trop petites et trop nationales. Dans le mémorandum de la Commission européenne de Bruxelles, consacré au problème de la concentration dans le Marché commun, il est expliqué que : « La notion de concurrence praticable recouvre une notion réaliste. On admet qu'il y a concurrence suffisamment efficace lorsque les entreprises ne limitent pas de façon excessive ou artificielle la vente ou la production, lorsqu'elles répondent de façon satisfaisante à la demande et lorsqu'elles font participer équitablement les utilisateurs de leurs produits aux profits qui résultent du progrès technique et économique »⁴¹⁹.

⁴¹⁸ KAUPER Thomas, op.cit., p.325

⁴¹⁹ Voir à ce sujet le Mémorandum de la Commission sur la problème de la concentration dans le marché commun, Série concurrence, n°3 (1966)

Selon cette vision, la libre concurrence est un moyen d'assurer l'équilibre et le progrès économique qui permet d'autoriser des pratiques commerciales anti-concurrentielles lorsque celles-ci paraissent nécessaires au bon développement de la Communauté. Or il fallait passer par un stade intermédiaire encourageant les regroupements afin de créer des entreprises au niveau compétitif mondial⁴²⁰.

Section VI – Analyse distincte de joint-ventures et alliances stratégiques

Sous – Section I – L'approche européenne

En droit communautaire, deux textes juridiques peuvent s'appliquer à une entreprise commune ou à une alliance stratégique : soit le règlement 4064/89 sur les concentrations soit les articles 81 et 82 du TCE.

Au regard du droit de la concurrence européenne tout dépend de la nature de l'entreprise commune. Les opérations portant sur l'acquisition, par une seule entreprise ou plusieurs agissant conjointement, de participations minoritaires qui ne confèrent pas le contrôle d'une société n'entrent pas dans le champ d'application du règlement sans tenir compte si l'opération est effectuée par un concurrent ou non. Aussi longtemps que le critère du contrôle n'est pas rempli, le même principe s'applique également aux alliances stratégiques.

En principe, la Commission examine actuellement ce type d'opérations au regard des articles 81 et 82 CE

Les accords conclus dans le cas d'une alliance stratégique peuvent restreindre la concurrence et donc être frappés de l'interdiction de l'article 81. Jusqu'à présent, une seule alliance, à savoir l'alliance stratégique entre Alitalia et KLM⁴²¹, a été appréciée au regard du Règlement. Dans ce cas, la Commission a considéré que, pour un certain nombre de raisons, l'alliance

⁴²⁰ GAVALDA C. –PARLEANI G., op.cit., p.380

⁴²¹ JV 19 KLM /ALITALIA JOCE C 184 du 6.7.1999

remplissait les critères définissant l'entreprise commune de plein exercice au sens de la Communication de la Commission.

Aux termes du Règlement 4064/89, il est indiqué de définir le concept de concentration de telle manière qu'il ne couvre que les opérations qui aboutissent à une modification durable de la structure des entreprises concernées. Les alliances stratégiques ne sont normalement pas conçues pour produire les modifications structurelles visées à l'article 3, paragraphe 1, du Règlement 4064/89 et ne conduisent pas nécessairement à la création d'une entité économique autonome au sens de la définition donnée dans la Communication relative à la notion d'entreprises communes coopératives de plein exercice. Par conséquent, il semble que l'article 81 constitue toujours l'instrument juridique le plus approprié pour apprécier ce type d'opérations.

Sous – Section II – L'approche américaine

Le champ d'application des dispositions américaines est plus large. La section 7 de Clayton Act s'applique également à des cas ne correspondant pas à la définition de concentration donnée par le Horizontal Merger Guidelines (1997). Il s'agit des questions se rapportant à l'interpénétration des entreprises au niveau des conseils d'administration qui sont régies par la section 8 de la loi Clayton.

La réglementation américaine recourt notamment au "critère de la taille de l'opération", qui peut s'appliquer aux opérations qui ne s'accompagnent pas du transfert du contrôle au sens du règlement, à condition que les titres rachetés dépassent le seuil de 50 millions d'USD.

En ce qui concerne les alliances stratégiques qui sont des accords de coopération de portée diverse qui impliquent l'établissement de différents liens, généralement contractuels, mais présentant aussi des aspects structurels. Elles sont souvent conclues entre des concurrents actuels qui cherchent à faire concurrence à d'autres alliances similaires. Elles se sont surtout nouées sur les marchés récemment libéralisés, où elles fournissent le

moyen de soutenir la concurrence sur les marchés qui s'intègrent au niveau mondial. Le droit de la concurrence cherche principalement à assurer l'indépendance et la concurrence effective entre ces alliances.

Aux Etats-Unis, théoriquement la section 1 de la *Sherman Act* et la section 7 de la *Clayton Act* peuvent s'appliquer à la même opération par la FTC et DOJ en même temps. Mais en pratique, il existe très peu des *joint-ventures* auxquels la section 7 de la *Clayton Act* a été appliquée⁴²².

Section VII- Adjudication de dépens des frais de justice

Aux Etats-Unis, bien que la possibilité de recouvrer des dommages-intérêts triplés puisse sembler très attrayante pour un demandeur éventuel, le Congrès a reconnu que d'autres facteurs sont de nature à dissuader une personne privée d'intenter une poursuite. Le déséquilibre des moyens financiers des parties, le coût de l'obtention d'éléments de preuve, la nécessité de prouver l'existence d'un préjudice est des facteurs qui jouent habituellement contre le demandeur. C'est donc pour rétablir l'équilibre que les frais de justice et un montant raisonnable au titre des honoraires d'avocat ont été accordés au demandeur.

Le droit du demandeur privé au remboursement de ces frais est expressément prévu à la section 4(a) de la *Clayton Act*. Lors de son adoption en 1914, la *Clayton Act* était l'une des rares lois aux États-Unis à prévoir le transfert des frais de justice. Cette mesure va à l'encontre de la règle américaine traditionnelle voulant que, dans le cadre d'une instance judiciaire, chacune des parties paie ses propres frais de justice⁴²³. À l'instar de la *Clayton Act*, la plupart des lois autorisent l'adjudication des dépens au demandeur qui a gain de cause.

⁴²² HAWK Barry, "Joint Ventures Under EC Law", EC and U.S. Competition Law and Policy, Fordham Corp. L. Inst. 1991, p. 561

⁴²³ HIRSCH A. – SHEEHEY D., Awarding Attorney's Fees and Managing Fee Litigation, Federal Judicial Center, 1994 Voir à www.ftc.gov/ATTORFEES/attyfees.html

Même en l'absence d'une loi prévoyant le transfert des frais de justice, les cours fédérales ont adjugé des dépens dans des affaires qui s'y prêtaient en s'appuyant sur leur compétence inhérente en *equity* et sur leur pouvoir de réprimer les abus. Au début des années 70, un certain nombre d'entre elles ont même commencé à adjuger les dépens au demandeur qui avait gain de cause et dont la poursuite faisait progresser des principes d'ordre public importants. C'est ce qui a donné naissance à la notion de «procureur général privé»⁴²⁴.

Par contre en droit communautaire, les dépenses et frais de procédure sont considérés comme des dépenses susceptibles de faire l'objet d'un partage⁴²⁵.

⁴²⁴ Alyeska Pipeline Services Co. V. Wilderness Society, 421 U.S. 240 (1975)

⁴²⁵ Art.73 du règlement de la Cour de Justice et l'art.91 de règlement du Tribunal de Premier Instance

CONCLUSION

La politique antitrust des Etats-Unis et la politique de la concurrence de l'Union Européenne ont des nombreux points communs. D'abord tous les deux reposent sur fonctions découlant des principes généraux d'une économie de marché. Ensuite, les deux systèmes essayent d'éviter la monopolisation d'un marché qui peut se réaliser par entente ou par concentration d'entreprises.

Malgré le point de départ commun, à la différence de la politique américaine d'antitrust, la politique européenne de la concurrence se tâche de garantir l'unité du marché intérieur et d'éviter les entreprises de partager le marché entre elles au moyen d'ententes conservatoires ou monopolistiques. En conséquent, le droit communautaire de la concurrence a été utilisé par la Commission européenne pour protéger l'intégration européenne et promouvoir la concurrence et le commerce dans un marché européen de plus en plus ouvert.

Plus part des nuances entre les deux systèmes sont un dérivé de cette principale différenciation.

Au début, le mouvement de globalisation et de la libéralisation, le retard pour la constitution de marché européen de capitaux et le soucis de constituer un marché unique face aux «grands» géants américains qui ont sensiblement l'avantage sur les «petits» géants européens ont obligé l'Europe de créer un système centralise. Jusqu'à la reforme de décentralisation la Commission avait refusé catégoriquement à reconnaître la compétence aux juges nationaux ou aux autorités nationales de concurrence des États membres de décider quelles restrictions de concurrence pourrait être considérées comme raisonnables.

Dépourvue de ce genre des soucis, la jurisprudence américaine a élaboré un système complexe reconnaissant que certaines restrictions de concurrence pouvaient être considérées comme « raisonnables » parce qu'elles ont un effet finalement procompétitif ou bénéfique pour le commerce

et les consommateurs, ou parce qu'elles ne constituent que l'accessoire d'une telle pratique bénéfique pour le commerce et les consommateurs. Ainsi, une pratique potentiellement anti-concurrentielle se trouve catégorisée par les tribunaux, soit parmi les pratiques interdites « *per se* », soit parmi les pratiques analysées selon la « règle de raison », en fonction des circonstances économiques de chaque cas d'espèce. La jurisprudence a beaucoup évolué par la suite quant à la question de savoir quel type de pratique appartenait à laquelle de ces deux catégories.

Sur le grand plan de notre étude nous avons constaté que les dynamiques telles que la technologie, la globalisation, la chute du communisme et la victoire du capitalisme forcent les acteurs internationaux et nationaux de réglementer leurs économies selon les principes admis universellement contre les menaces de bon fonctionnement de l'économie de marché. Il sera très probable d'affronter bientôt à des règles internationales de droit de la concurrence pour organiser la rivalité du capitalisme contre capitalisme.

BIBLIOGRAPHIE

A) TEXTES OFFICIELS

Communication de la Commission concernant l'immunité d'amendes et la réduction du montant des amendes dans les affaires portant sur les ententes, JOCE n° C 45 du 19.12.2002, p.3

Communication de la Commission, du 13 octobre 2000: lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE C 291 du 13.10.2000 COM (2000/C 291/01)

Communication concernant les accords d'importance mineure «*de minimis*» qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81§1 TCE, JOCE n° C 372/1997, p.13, §9,11 et 12

Communication de la Commission du 27.5.1970, JOCE n° C 64 du 2.6.1970 et du 9.12.1997, JOCE n° C 372 remplacée par la Communication concernant les accords d'importance mineure «*de minimis*» qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81§1 TCE, du 22.12.2001 JOCE n° C 368/07 p.13

Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE n° C 372 du 9.12.1997, p.5

Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE n° C 66 du 2.3.1998, p.5

Communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce, JOCE no.139 du 24.12.1962

Horizontal Merger Guidelines of the National Association of Attorneys General, Antitrust & Trade Reg. Rep., 10.3.1987, 4 Trade Reg. Rep parag. 13,405 (13th édition) 1988

XXXII^e Rapport sur la politique de la Concurrence 2002, SEC (2003)467 final

XXXI^e Rapport sur la politique de la concurrence 2001, SEC (2002) 462 final

XXX^e Rapport sur la politique de la concurrence 2000, SEC (2001) 694 final

XXIX^e Rapport sur la politique de la concurrence 1999, SEC (2000) 720 final

Règlement No 1/2003 du Conseil 16.12.2002, JOCE du 4.1.2003 L 1 p.1

Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989

Règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises entré en vigueur le 21.9.1990, modifié par le règlement n° 1310/97 du Conseil, JOCE n° L 180 du 9.7.1997, p.1

Sherman Antitrust Act "An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies" Public law n° 190, US Statues at large, Vol. 26 pp. 209-210, 15 US Code Section §1-7 Stat 206

B) OUVRAGES GENERAUX

Communauté Européenne 2002-2003, Collection Mémento, Editions Francis Lefebvre, Levallois 2001

MATCHETTE Robert B, Guide to Federal Records in the National Archives of the United States. , National Archives and Records Administration, Washington DC, 1996

C) OUVRAGES SPECIFIQUES

ASLAN İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku 2001, Bursa

ASSIDON Elsa, Les théories économiques du développement, Repères, La Découverte, Paris, 2000

BERLIN Dominique, Contrôle communautaire des concentrations, Pedone, Paris, 1992

BIEBER Roland / de COURTEN Alix / GABLIN Samuel, Introduction au droit européen de la concurrence, Stämpfli Editions SA, Berne, 2002

BORK Robert, The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself, 2nd edition, New York, Free Press, 1978

BRAULT Dominique, Droit de la Concurrence Comparé, Collection Droit des Affaires et de l'Entreprise dirigée par Yves Guyon, Economica, Paris 1995

BRUE S.L., The Evolution of Economic Thought, (sixth édition), New York : Dryden Press, 2000

DECOCQ André / DECOCQ Georges, Droit de la Concurrence Interne et Communautaire, L.G.D.J., Paris, 2002

DUBOIS Louis / BLUMANN Claude., Droit Communautaire Matériel, Montchrestien, Paris 1999

DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, Droit communautaire matériel, Les Fondamentaux, Hachette 2001

DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, Introduction au droit de l'Union européenne, Les Fondamentaux, Hachette 1998

FASQUELLE Daniel, Droit américain et droit communautaire des ententes, G.L.N. Joly Editions, 1993

FRIEDEL-SOUCU Evelyne, Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne, L.G.D.J., Paris 1994

GAVALDA Christian / PARLEANI Gilbert, Droit des affaires de l'Union européenne, Edition du Litec, 4^e édition, Paris 2002

GERBER David. Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus, Clarendon Press, Oxford, 1998

GOLDMAN Berthold / LYON-CAEN Antoine /VOGEL Louis, Droit des affaires dans l'Union européenne, 2^e édition, Litec, Paris 1998

HAWK Barry E. & HUSER Henry L. , European Community Merger Control: A Practitioner's Guide, Kluwer, 1996

HIRSCH A. – SHEEHY D., Awarding Attorney's Fees and Managing Fee Litigation, Federal Judicial Center, 1994

ISAAC Guy, Droit Communautaire Générale, Armand Colin, 7^e Edition Dalloz, Paris 2000

JOLIET R., The Rule of Reason in Antitrust Law, Faculté de Droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967

LEVASSEUR Alain, Droit des Etats-Unis, Edition Dalloz, 1994

MALHERBE Jacques, Pratiques du Commerce : Concurrence Tome IV, Université Catholique de Louvain, 2001

MERCIER Pierre, MACH Olivier, GILLIERON Hubert, AFFOLTER Simon, Grands principes du droit de la concurrence, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles 1999

PIAGET Olivier, La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2001

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine / LUBY Monique, Le Droit Communautaire Appliqué à l'Entreprise, Dalloz, Paris 1998

SAMUELSON A., Les grandes courants de la pensée économique, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1985

SMITH Adam, Wealth of Nations, paperback editions 1991

SOUTY François, La politique de la concurrence en Allemagne Fédérale, Paris P.U.F. 1996

SOUTY François, Le droit de la concurrence de l'Union européenne, Montchrestien 1997

TERCINET Anne, Droit européen de la concurrence, Montchrestien, 2000

WINKLER Antoine, BRUNET François, ENCAOUA David, COHEN-TANUGI Laurent, SIRAGUSA Mario, La pratique communautaire du contrôle des concentrations : Analyse juridique, économique et comparative Europe, Etats-Unis, Japon, 2^e édition Département De Boeck Université, Bruxelles 1998

D) ARTICLES

BINGAMAN Anne, "Change and Continuity in Antitrust Enforcement" Fordham Corporate Law Institute, Fordham Law School, 1993, p.4

BORK Robert H. "Ancillary Restraints and the Sherman Act", 15 ABA Antitrust Section 211, 1959

CALVANI Terry, "Les prix d'éviction et les lois des États sur la vente sous le prix coûtant aux États-Unis", *Global Competition Review* 13 (Feb, March 2001)

DAIRE Eugène, "Dissertation sur la nature de la richesse", Guillaumin, Paris 1843, p.158

DMITRIEV V.K., "The Theory of Competition of Augustine Cournot", *Economic Essays on Value, Competition and Utility*, Cambridge University Press, 1074, pp. 97-178

FOER Albert A.- LANDE Robert H., "The evolution of United States Antitrust Law : The past, present, and (possible) future.", 16 *Nihon University Comparative Law* (1999), 149-172

HAWK Barry, "Joint Ventures Under EC Law", *EC and U.S. Competition Law and Policy*, Fordham Corp. L. Inst. 1991, p. 561

HAWK Barry, "La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté?", *RTDE* 1989, p.5

JONES A.Clifford, "A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the USA", Ehlermann & AtanasIU Editions, *European Competition Law Annual 2000 : The Modernization of EC Antitrust Policy* 2001

JEPHCOTT Mark, " The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune ?", *E.C.L.R.*, SWEET & MAXWELL LIMITED, Issue 8, 2002, p.378

KAUPER Thomas, "Merger Control in the United States and the European Union Some Observations", *St. John's Law Review* Vol:74 2000, p.305

KOVAR Robert. , "Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison", RTDE 1987, p.237

LIANOS Ioannis, " « La confusion des infractions» de l'article 81 § 1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique", RTDE 36 (2), avril-juin 2000, p.239-272

QUESNAY François, "Observations sur le droit naturel des hommes réunis en société" Journal de l'agriculture, du commerce et des finances- Tome II première partie, 4-35, septembre 1765

POSNER Richard, Antitrust Law. An Economic Perspective, The University of Chicago Press 1976

RAHL James. , "Conspiracy and the Anti-Trust Laws ", Illinois Law Review (44) Ill. L. Rev., 1950

Robert S. RUSSELL, Adam F. FANAKI, Davit D.AKMAN, "Modification de l'art.45 de la loi sur la concurrence " Industrie Canada, Bureau de la Concurrence, 30.12.2001

ROCCA Gianfranco, "La Politique de la Commission en matière d'amendes antitrust : récents développements, perspectives d'avenir", Université Libre de Bruxelles, Institut d'Etudes Européennes, 2003

TERHORST George, "The reformation of the EC Competition Policy on Vertical Restraints", Northwestern Journal of International Law & Business, 21:343, 2000

VEGIS.E, "La Théorie des "essential facilities": genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?", *R.D.C.*, 1999, p. 4 et ss.

E) SITES INTERNET

www.antitrustinstitute.org: Antitrust Institute

http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/index_fr.htm “Direction Générale de la Concurrence de l’Union européenne”

www.internationalcompetitionnetwork.org ; ICN

www.oecd.org/EN/home/0,,EN-home-71-3-no-no--no,00.html: OECD

<http://strategis.ic.gc.ca> “Bureau de la concurrence du Canada”

www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm Corporate Leniency Policy of US

www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/comp_e.htm: WTO

JÜRI ÜYELERİ



TARİH :