

L'ÉVOLUTION DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE : DÉFIS ET TRANSFORMATIONS DE LA MÉTHODE COMMUNAUTAIRE

PAR

Oana STEFAN

et

Arnaud VAN WAEYENBERGE*

Déjà dans le Traité de Rome le droit de la concurrence était mis à l'honneur. Cette place privilégiée se retrouve encore aujourd'hui dans le Traité de Lisbonne (1). En effet, outre les dispositions régissant le droit de la concurrence *stricto sensu*, l'article 3 du TFUE établit une compétence exclusive de l'Union aux fins d'établir les règles nécessaires pour le fonctionnement du marché intérieur et le 27^e Protocole du Traité de Lisbonne prévoit que, pour une concurrence non faussée sur le marché, «l'Union prend, si nécessaire, des mesures dans le cadre des dispositions des traités, y compris l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne». Rajoutons, dans le même ordre d'idée, le pouvoir exceptionnel dont jouit la Commission européenne dans l'exécution du droit de la concurrence européen, ainsi que le rôle catalyseur de la Cour de justice de l'Union européenne dans ce domaine.

Toutefois, avec le Règlement 1/2003 (ci-après le «Règlement») (2), le droit de la concurrence a connu, ces dernières années, des transforma-

* Oana Stefan est Senior Lecturer in European and Public Law à King's College London, et Arnaud Van Waeyenberge est Professeur Assistant au sein du Département droit et fiscalité à HEC Paris. Les auteurs remercient chaleureusement M^{mes} C. Bricteux et A. Vallery, le Professeur J.-V. Louis et MM. A. Bochon, E. de Lophem, F. Louis et M. Martinez Navarro pour les très utiles commentaires.

(1) Les termes de «Traité de Lisbonne» recouvrent en vérité deux traités distincts mais complémentaires, à savoir (i) le Traité sur l'Union européenne, tel que modifié dans le contexte de la Conférence intergouvernementale du 23 juillet 2007 pour la première version, puis de la Conférence intergouvernementale du 18 octobre 2007 pour la version définitive (ci-après le «TUE»), et (ii) le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, se substituant à l'ancien traité instituant la Communauté européenne, tel que modifié par la Conférence intergouvernementale du 23 juillet 2007 pour la première version, puis par la Conférence intergouvernementale du 18 octobre 2007 pour la version définitive (ci-après le «TFUE»).

(2) Règlement (CE) n° 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 (*Journal officiel* L 1 du 4 janvier 2003).

tions importantes au niveau tant de sa régulation que de ses modes de gouvernance (3).

L'ambition de cet article est triple. Après un bref rappel des origines philosophiques et de la dynamique qui anime le droit de la concurrence européen, cette contribution propose dans un deuxième temps une analyse des principales évolutions de cette politique publique et aborde enfin les conséquences de ces transformations sur le principe de protection juridictionnelle effective.

Afin de traiter ces questions, cette recherche repose sur une approche pragmatique du droit (4). Cette approche appréhende la règle de droit, l'ordre dans lequel elle s'inscrit et la source qui la formule dans la perspective de son application, généralement discutable et controversée, à une situation concrète, où elle prend son sens et produit ses effets (5). Cette méthode permet de mieux saisir les évolutions de la normativité européenne en ce que les normes et règles sont étudiées à partir des pratiques desquelles elles émergent, et non comme si elles existaient en tant que telles (6).

En outre, et même si une grande partie de la doctrine s'est concentrée sur des analyses juridiques pointues du cadre réglementaire du droit de la concurrence, cette étude s'inscrit dans la catégorie d'études focalisées préférentiellement sur des questions ayant une portée plus large qui évaluent le droit européen de la concurrence d'un point de vue institutionnaliste (7). Cette perspective conçoit le droit de la concurrence non seulement comme un ensemble de règles et de normes mais aussi comme un système comprenant les facteurs qui ont influencé son développement, les principaux acteurs impliqués et les relations établies entre ceux-ci (8).

(3) I. MAHER, «Regulation and Modes of Governance in EC Competition Law: What's New in Enforcement?», *Fordham Int'l L.J.*, 2008, pp. 1713 et s. (spec. 1716).

(4) Pour une étude du modèle pragmatique de l'interprétation en droit, voir R. SUMMER, «Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – a synthesis and critique of our dominant general theory and its use», *Cornell Law Review*, n° 66, 1980-81, pp. 862 à 948.

(5) B. FRYDMAN, «Comment penser le droit global?», J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit à l'ère de la globalisation*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 26.

(6) Comme le proposent les théories principalement ou uniquement axées sur une définition du droit à partir de ses «sources officielles».

(7) I. MAHER, «Competition Law Modernization: an Evolutionary Tale?», in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 2011, pp. 717 à 742.

(8) D.J. GERBER, «The Transformation of European Community Competition Law?», *Harv. Intl. L.J.*, 1994, pp. 97 et s.

I. — Origine et dynamique du droit de la concurrence

Avant de présenter les principales évolutions du droit de la concurrence, un rapide retour sur les origines philosophiques (a) et sur la dynamique qui anime le droit de la concurrence depuis sa création jusqu'à aujourd'hui (b) nous paraît souhaitable.

(a) — ORIGINE PHILOSOPHIQUE : L'ORDOLIBÉRALISME ALLEMAND

Le droit européen de la concurrence est une application des prescrits du mouvement ordolibéral (9). Ce mouvement, né au cours de la période nazie tout en étant opposé au régime, portait à l'origine le nom d'«École de Fribourg» et avait pour but de placer l'économie au centre de ses réflexions. Bien que «dénaturalisant» le marché et son système concurrentiel (10), ce mouvement défend l'idée d'un marché le plus libre possible et considère que cette liberté passe par une certaine intervention de l'autorité publique. En effet, partant du constat que le public et le privé ne constituent pas des sphères étanches l'une par rapport à l'autre, les acteurs de ce mouvement reconnaissent que les relations économiques dans le cadre d'un marché se déroulent toujours dans un cadre juridique organisé (11). Leurs travaux précisent ainsi la forme et le contenu dudit cadre : d'un côté, tout ce qui constitue l'environnement de l'activité économique (démographie, enseignement, etc.) sur lequel les pouvoirs publics peuvent et doivent intervenir dans une action ordonnatrice («Ordnungspolitik»), de l'autre, le processus («Prozesspolitik») visant l'activité économique elle-même laissée au mar-

(9) Celui-ci regroupe un ensemble de chercheurs, issus de plusieurs disciplines et réunis autour de la figure de Walter Eucken (1891-1950), qui ont élaboré des théories visant à concilier l'économie et le droit. Rejetant le matérialisme des libéraux et refusant l'économie planifiée des marxistes, l'ordolibéralisme repose philosophiquement sur la tradition chrétienne ainsi que sur la philosophie idéaliste allemande – W. KERBER et S. HARTIG, «The Rise and Fall of the German Miracle», *Critical Review*, vol. 13, 2001, pp. 341 et s., disponible sur le site <http://ssrn.com/abstract=1081628>. Voir au sujet de l'ordolibéralisme l'excellent article d'Olivier DE SCHUTTER – dont ces quelques lignes s'inspirent – «Réalisme juridique, institutionnalisme et Ordoliberal. Une contribution à l'histoire intellectuelle des rapports entre le droit et l'économie», *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1998-1999, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 3 à 27. Les deux articles fondateurs sont W. EUCKEN, «Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus», et A. RUSTOW, «Interessenpolitik oder Staatspolitik?» – P. MANOW, «Modell Deutschland as an Interdenominational Compromise», disponible sur le site <http://www.ces.fas.harvard.edu/publications/docs/pdfs/Manow.pdf>.

(10) F. DENORD et A. SCHWARTZ, «L'économie (très) politique du traité de Rome», *Politix*, 2010.1, n° 89, p. 39.

(11) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 4 et 5.

ché où les interventions faussant le jeu de la concurrence doivent rester limitées et se contenter d'éliminer les obstacles au fonctionnement normal du marché (12). Cette distinction repose principalement sur la conviction que rien n'était plus à craindre qu'une réunion, entre les mêmes mains, du pouvoir économique et politique (13). Il s'agit donc de mettre les mécanismes du marché à l'abri de la tentation «qui hante toujours le politique d'en influencer le cours à des fins partisans» (14) et de proposer un système qui garantisse l'indépendance du marché à l'égard de la sphère politique (15).

Concrètement, ce positionnement à l'égard de l'autorité publique et des agents économiques conduit logiquement les ordolibéraux à soutenir la création de garanties constitutionnelles de libertés économiques (16) et d'une instance indépendante juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle pour en assurer le respect. En effet, les craintes et les méfiances d'abus de pouvoir sont dirigées vers le gouvernement et les pouvoirs économiques privés et non vers le pouvoir judiciaire ou juridictionnel qui est, au contraire, considéré comme le garant du système. Leur thèse repose donc sur la préservation d'une concurrence économique aussi forte que possible au moyen d'un régime juridique approprié et d'une instance de contrôle forte. La légitimité du système repose, quant à elle, sur l'idée de l'État de droit (17), dans la mesure où le droit n'est pas considéré ici comme un instrument entre les

(12) «Ordoliberalism is no “third way” between capitalism and socialism; it should be seen as a specific form of liberalism. The difference from *laissez-faire* liberalism lies in its insistence that markets can fulfill their positive functions only if the state establishes a clear institutional framework within which spontaneous market processes take place» – W. KERBER et S. HARTIG, *op. cit.*, p. 342.

(13) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 19.

(14) L'une des originalités de leur théorie consiste à soutenir par ailleurs que «la liberté économique et le fonctionnement satisfaisant d'une coordination par un système de prix se trouvent menacés non seulement par l'intervention autoritaire de la puissance publique dans les mécanismes du marché – c'est-à-dire par la perturbation, par la politique, de l'ordre spontané du marché – mais également par l'abus du pouvoir économique privé», O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 5.

(15) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 19 et C. MONGOUACHON, «L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique», *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 70 à 78.

(16) Pour une analyse des écrits de W. Eucken sur les libertés constitutionnelles économiques et, en particulier, sur le droit de la concurrence, voir C. AHLBOM et C. GRAVE, «Walter Eucken and Ordoliberalism : An Introduction from a Consumer Welfare Perspective», *Competition Policy International*, vol. 2, n° 2, 2006, disponible sur le site <http://ssrn.com/abstract=1585797>.

(17) M. STREIT et W. MUSSLER, «The Economic Constitution of the European Community : From “Rome” to “Maastricht”», *European Law Journal*, 1995, p. 9 et V. STEINER et B. WALPEN «L'apport de l'ordolibéralisme au renouveau libéral, puis son éclipse», *Carnets de bord*, n° 11, septembre 2006, p. 95.

mains d'une politique au pouvoir mais doit constituer un instrument contre les abus commis par le pouvoir (18). Cela signifie que les actions entreprises par le gouvernement et l'administration doivent être plus techniques que politiques (19) et doivent être encadrées par un arsenal légal clair, de rang constitutionnel, limitant leur pouvoir discrétionnaire de décision. En outre, des recours juridictionnels destinés à faire valoir lesdites garanties économiques constitutionnelles doivent être mis en place (20).

Les affinités aussi bien au niveau du droit matériel que procédural entre l'ordolibéralisme et le droit européen de la concurrence s'illustrent par au moins deux caractéristiques saillantes (21) : la « constitutionnalisation » du droit de la concurrence et l'existence d'autorités indépendantes chargées de le faire respecter (22).

Le droit *matériel* fut ainsi principalement inscrit dès le Traité de Rome dans le droit primaire et pas dans le droit dérivé. Actuellement, il trouve son siège dans le premier Chapitre du Titre VII du TFUE. La première section du chapitre porte, entre autres, sur les règles empêchant le comportement anti-concurrentiel des entreprises, alors que la deuxième section encadre les activités étatiques qui peuvent éventuellement fausser la concurrence en accordant des aides à certains opérateurs économiques. L'analyse proposée dans cette contribution adopte une acception restrictive de la notion du droit de la concurrence et porte seulement sur les « pratiques restrictives », c'est-à-dire sur le premier type de règles concernant la prohibition des ententes

(18) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 20.

(19) D. GERBER, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law, and the “New Europe” », *American Journal of Comparative Law*, 1994, n° 42, p. 74.

(20) F. SNYDER, « The origins of the “Nonmarket Economy”: Ideas, Pluralism and Power in EC Anti-dumping Law about China », *European Law Journal*, 2001, p. 414.

(21) C. STRASSEL, « Le modèle allemand de l'Europe: l'ordolibéralisme », *En temps réel*, Cahier n° 39, juin 2009, 24 p.; M. STREIT et W. MUSSLER, *op. cit.*, pp. 5 à 30 (spéc. 14 et s.); D. GERBER, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law, and the “New Europe” », pp. 71 à 74. C. JOERGES, « The Market without the State? The “Economic Constitution” of the European Community and the rebirth of Regulatory Politics », *European Integration online Papers*, 1997, p. 19; G. DE BURCA, « The constitutional challenge of new governance in the European Union », *ELR*, 2003, pp. 817 et 818 et F. DENORD et A. SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 33 à 56.

(22) Ajoutons que Walter Hallstein, premier président de la Commission des Communautés européennes, et Hans von der Groeben, l'un des auteurs du *Rapport Spaak* et l'un des premiers commissaires en charge de la concurrence, étaient particulièrement proches du mouvement ordolibéral. C. AHLBOM et C. GRAVE, *op. cit.* et A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit – L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, pp. 95 et s.

et l'abus de position dominante. Par conséquent, ce sont les articles 101 à 106 TFUE regroupant un ensemble des dispositions applicables aux entreprises qui nous intéressent (23). Les articles 101 et 102 énoncent les règles d'antitrust. L'article 101 (1) TFUE interdit les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur. Dans son troisième alinéa, l'article 101 fixe les exceptions à cette interdiction générale, dans les cas où l'accord, la décision ou la pratique concertée a des effets positifs pour la production et la distribution des marchandises, promeut le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. L'article 102 interdit les abus de position dominante sur le marché, tels que les pratiques imposant des prix d'achat ou de vente à des conditions non équitables, les pratiques limitant la production, les débouchés ou le développement technique, appliquant des conditions inégales à des prestations équivalentes des partenaires commerciaux, ou leur imposant des conditions contractuelles supplémentaires sans aucun lien avec l'objet du contrat principal. L'article 106 prévoit que les règles du Traité portant sur la concurrence s'appliquent aussi aux entreprises publiques ainsi qu'aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal. Les règles concernant les concentrations ne sont pas mentionnées dans le Traité, mais elles ont été introduites par l'intermédiaire d'un règlement (24).

Du point de vue *procédural*, le Traité de Rome se caractérise également par la mise en place d'un système de prise de décision original, la « méthode communautaire », qui doit permettre la mise en œuvre des politiques économiques européennes tout en garantissant le respect des principes constitutionnels économiques. L'équilibre institutionnel exprimé par cette méthode communautaire prolonge les prescrits ordolibéraux en termes de relation État/marché. En effet, l'effacement du Parlement européen, le monopole des propositions législatives de la Commission, ses missions en tant que

(23) Conformément à l'arrêt du 23 avril 1991, *Höfner et Elser / Macrotron*, Affaire C-41/90, *Recueil*, p. I-1979, point 21, « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement [...] ».

(24) Règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (*Journal officiel* n° L 395 du 30 décembre 1989) – devenu le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel* n° L 24, 29 janvier 2004).

«gardienne des traités» et son indépendance statutaire (25) ainsi que l'indépendance de la Cour de justice de l'Union européenne leur permettant d'être les arbitres qui font respecter les règles du jeu, s'inscrivent indéniablement dans une perspective ordolibérale. D'ailleurs, la Cour de justice a qualifié de «Communauté de droit» l'ordre juridique communautaire, et, par là, a érigé le droit en fondement de l'action des institutions européennes et des États membres (26). Les systèmes de prise de décision et de mise en œuvre des règles de concurrence établis par les Traités suivent, en principe, la méthode communautaire. L'article 103 TFUE établit une procédure qui repose sur le monopole d'initiative législative de la Commission et donne au Conseil le pouvoir de décision quant aux directives et règlements pris en application des articles 101 et 102. Le Parlement européen se voit seulement cantonné à un rôle consultatif. Enfin, l'article 105 TFUE confère à la Commission la supervision de l'application des règles européennes de concurrence, mission qui doit néanmoins s'exercer en liaison avec les autorités compétentes des États membres qui l'assistent.

(b) — LA DYNAMIQUE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

Le droit de la concurrence au niveau de l'Union européenne a toutefois connu d'importantes évolutions qui peuvent s'expliquer par au moins deux raisons principales.

Premièrement, l'objectif initial, d'inspiration ordolibérale, était de donner des «règles du jeu» strictes et un cadre au marché commun afin de lui permettre de s'accomplir au mieux et au plus vite. Or, une fois unifié, les objectifs inscrits dans les traités lors de leurs révisions successives se sont substantiellement élargis : l'objectif de «libre concurrence», entendu comme principe directeur, s'enrichissait ainsi par d'autres objectifs tels la protection de l'environnement, de la santé, des consommateurs, etc., et voyait en conséquence son poids diminué.

Deuxièmement, la transformation du rôle et des fonctions remplies par la Commission et la Cour de justice (27) ont eu des conséquences importantes

(25) Ce constat se trouve rapidement confirmé avec le règlement 17/62 qui octroie des pouvoirs quasi-juridictionnels en matière de contrôle des ententes à la Commission européenne. A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 98.

(26) Arrêt de la Cour du 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, Affaire 294/83, *Recueil*, p. I-1339; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, p. 97 et N. SCANDAMIS, *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 8.

(27) D. GERBER, «The Transformation of European Community Competition Law?», *Harv. Intl. L.J.*, 1994, pp. 145 à 146.

sur le droit de la concurrence. Reprenons brièvement les principales étapes de cette transformation.

Schématiquement (28) dans les premières années, la jurisprudence de la Cour de Justice a joué un rôle essentiel pour appuyer la Commission dans ses efforts de mise en œuvre du droit de la concurrence. En effet, le règlement 17/62 (29) concentrait dans les mains de la Commission européenne le pouvoir d'autoriser les accords entre entreprises. À cet égard, les entreprises devaient notifier leurs accords, décisions ou pratiques concertées à la Commission, qui, pour sa part, avait le pouvoir de mener toute investigation nécessaire. La Cour a soutenu la Commission dans son travail d'établissement et d'articulation des règles de concurrence assez générales prévues par le Traité et le règlement 17/62 (30). On rappellera à ce titre l'arrêt *Grundig* (31) donnant un soutien jurisprudentiel à l'interprétation large de la notion d'affectation du commerce entre États membres, ou à l'interdiction des clauses contractuelles visant la restriction des exportations. De même, dans son arrêt *Continental Can* (32), la Cour a approuvé la façon d'interpréter l'ancien article 86 CE (devenu l'article 102 TFUE) comme base juridique du contrôle des concentrations, en l'absence d'un cadre réglementaire spécifique à ce sujet. Cette jurisprudence a confirmé l'interprétation large que la Commission se faisait de ses propres compétences et lui a permis de s'imposer comme l'acteur central du processus décisionnel et d'application du droit de la concurrence.

Ensuite, et comme D.J. Gerber l'a analysé en détails, la Cour s'est peu à peu limitée dans son analyse à des arguments strictement juridiques, en écartant l'interprétation téléologique qui avait marqué sa jurisprudence initiale dans le domaine de concurrence. En effet, dans un contexte où l'argumentation économique devenait de plus en plus importante, le rôle

(28) Cf. D.J. GERBER, *ibid.* et I. MAHER, «Competition Law Modernization: an Evolutionary Tale?», *op. cit.*

(29) Règlement n° 59 du Conseil portant modification de dispositions du règlement n° 17 (*Journal officiel* n° 058 du 10 juillet 1962).

(30) D. GOYDER, J. GOYDER et A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed., Oxford, OUP, 2009, pp. 55 et 56.

(31) Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission de la Communauté économique européenne*, Affaires jointes 56 et 58-64, *Recueil*, p. 429.

(32) Arrêt du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, Affaire 6-72, *Recueil*, p. 215.

prépondérant de la Cour s'est érodé au profit de la Commission qui a par ailleurs privilégié le recours à la réglementation pour atteindre ses objectifs (33). Ainsi, la Commission a progressivement pris un nombre important de mesures régissant le droit de la concurrence, à travers des instruments juridiques divers mais bien souvent unilatéraux tels les normes de «*soft law*» – règles non contraignantes mais pouvant produire des effets pratiques ainsi que juridiques (34). Par ailleurs, les nombreux règlements exemptant des catégories entières d'accords de l'application de l'ancien article 85 (1) CE (maintenant 101 (3) TFUE) (35) illustrent également cette période de montée en puissance de la Commission et d'«*intégration positive*». La Commission s'est enfin trouvée renforcée par les nouvelles règles concernant le contrôle des concentrations, introduites à la fin des années 1980, lui confiant la compétence de se prononcer sur les propositions de concentrations de la part des entreprises (36).

(33) D.J. GERBER, «The Transformation of European Community Competition Law?», *Harv. Intl. L.J.*, 1994, pp. 131 et s.

(34) F. SNYDER, «The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques», in T. DAINITH (dir.), *Implementing EC Law in the United Kingdom: Structures for Indirect Rule*, Londres, John Wiley & Sons, 1995, p. 64.

(35) Suite au Règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (*Journal officiel* n° L 36 du 6 mars 1965), la Commission a publié plusieurs exemptions par catégorie dans les années 1980 et 1990, tels que le Règlement (CEE) n° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive (*Journal officiel* n° L 173 du 30 juin 1983); Règlement (CEE) n° 123/85 de la Commission du 12 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (*Journal officiel* n° L 15 du 18 janvier 1985); Règlement (CEE) n° 2349/84 de la Commission du 23 juillet 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE à des catégories d'accords de licence de brevets (*Journal officiel* n° L 219 du 16 août 1984); Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise (*Journal officiel* n° L 219 du 28 décembre 1988); Règlement (CE) n° 240/96 de la Commission du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (*Journal officiel* n° L 31 du 9 février 1996), etc.

(36) Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (*Journal officiel* n° L 395 du 30 décembre 1989), modifié à plusieurs reprises, actuellement Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel* n° L 024 du 29 janvier 2004).

Enfin, sous l'influence de courants doctrinaux marquants tels que la « nouvelle gouvernance » (37) et l'« adversarial legalism » (38) d'inspiration américaine, une évolution importante du droit de la concurrence s'est produite au cours de la dernière décennie (39) dans le but de moderniser le droit de la concurrence. Cette modernisation a été marquée par une forte décentralisation dans l'application des règles de concurrence, et par une augmentation proportionnelle du rôle des autorités nationales de concurrence ainsi que des cours nationales. C'est l'objet du chapitre suivant.

(37) C'est-à-dire un mode de gouvernement qui « departs from the traditional model where collectively binding decisions are taken by elected representatives within parliaments and implemented by bureaucrats within public administrations ». (O. TREIB, H. BÄHR et G. FALKNER, « Modes of governance: Towards a Conceptual Clarification » *J.E.P.P.*, 2007, p. 3). Voir, parmi beaucoup d'autres, G. DE BURCA, R. KEOHANE et C. SABEL, « New Modes of Pluralist Global Governance », 45 *N.Y.U.J. Intl. Law and Pol.*, 2013 ; G. DE BURCA et J. SCOTT, *Law and New Governance in the UE and the US*, Hart Publishing, 2006 ; A. HÉRITIER et D. LEHKMULH, « The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance », Special Issue of *Journal of Public Policy*, 28 (1), 2008, pp. 1 à 17 ; P. KJAER, *Between Governing and Governance – On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, 194 p. ; R. RHODES, « The New Governance: Governing without Government », *Political Studies*, 1996, pp. 652 à 657 ; C. SABEL et J. ZEITLIN, « Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU », *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford, OUP, 2010 ; D. TRUBEK et L. TRUBEK, « New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation », *Columbia Journal of European Law*, 2007 ; N. WALKER et G. DE BURCA, « Narrowing the Gap? Law and New approaches to Governance in the European Union », *Columbia Journal of European Law*, été 2007, pp. 519 à 537.

(38) C'est-à-dire un mode de gouvernance créé à partir des litiges instrumentés par des avocats et des juges dans la création des politiques, leur mise en œuvre, et le règlement des différends. Terme utilisé par Robert A. Kagan, (*Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001). Dans les études européennes, Kelemen utilise le terme « eurolegalism » afin de désigner un mode de gouvernance, dont les révélateurs sont (i) l'extension du catalogue de droits, (ii) l'approche « adversarial » de la Commission dans la mise en œuvre du droit européen, (iii) l'ouverture de l'accès à la justice à travers les instances nationales et (iv) la transformation de l'industrie du service juridique. D. KELEMEN, *Eurolegalism, The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, 2011, p. 107.

(39) I. MAHER, « Competition Law Modernization: an Evolutionary Tale? », *op. cit.*

II. — Les principales évolutions du droit de la concurrence à la suite du règlement 1/2003

Du point de vue du droit *matériel*, les dispositions concernant les ententes et l'abus de position dominante sont restées inchangées depuis le Traité de Rome. Toutefois, du point de vue *procédural*, un nouveau système d'application des règles a été mis en place par le Règlement, qui a décentralisé la mise en œuvre du droit de la concurrence en Europe (40). Le Règlement a ainsi introduit de nouveaux acteurs sur la scène de la politique européenne de concurrence (a), a stimulé l'adoption de nouveaux instruments de mise en œuvre (b) et a changé le système du contrôle (c) (41).

(a) — *ACTEURS IMPLIQUÉS*: LE RÔLE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE,
DES AUTORITÉS/JURIDICTIONS NATIONALES DE CONCURRENCE
ET DES PARTIES PRENANTES

Le Règlement n'a pas changé les missions fondamentales de la Commission. Suivant le fil de la méthode communautaire classique, et conformément à l'article 103 (2) TFUE, la Commission peut proposer l'adoption des actes législatifs dans le domaine d'application des articles 101 et 102 (42). La Commission européenne reste également chargée de l'application des

(40) Pour une analyse détaillée de ce Règlement à l'aube de son application, voir L. IDOT, «Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application)», ces *Cahiers*, 2003, pp. 283-371.

(41) Voir, concernant la modernisation de la politique de concurrence: C.D. EHLERMANN, «The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution», *Common Market Law Review*, 2000; D.J. GERBER, «Two Forms of Modernization in European Competition Law», *Fordham Intl. L.J.*, 2008; H. KASSIM et K. WRIGHT, «Bringing Regulatory Processes Back In: The Reform of EU Antitrust and Merger Control», *West European Politics*, 2009; I. MAHER, «Networking Competition Authorities in the European Union: Diversity and Change», in C.D. EHLERMANN et I. ATANASIU (dir.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Hart Publishing, 2005; A. RILEY, «EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part 1: Regulation 1 and the Notification Burden», *European Competition Law Review*, 2003; A. RILEY, «EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part 2: Between the Idea and the Reality: Decentralisation under Regulation 1», *European Competition Law Review*, 2003; A.H. TÜRK, «Modernisation of EC Antitrust Enforcement», in H. HOFMANN et A.H. TÜRK (dir.), *EU Administrative Governance*, Londres, Edward Elgar, 2006; J. VENIT, «Brave New World: The Modernization and Centralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty», *Common Market Law Review*, 2003; A. WILKS, «Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission?», *Governance*, 2005.

(42) D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR et N. PETIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, OUP, 2012, p. 323.

Traités (article 17 TFUE). À ce titre, elle a le rôle de superviser l'application des règles de concurrence, en investiguant des cas spécifiques ou en analysant des secteurs entiers. Elle informe les particuliers de la façon dont elle met en œuvre la politique de concurrence.

En revanche, vu que la centralisation dans l'application des dispositions du Traité (les actuels articles 101 et 102 TFUE) n'assurait pas/plus l'équilibre entre, d'une part, les interdictions des accords, décisions, pratiques, ou abus de dominance qui peuvent fausser la concurrence sur le marché, et d'autre part, l'examen des exceptions aux interdictions légales, le système d'application mis en place par le Règlement 17/62 (43) a été substantiellement modifié par le nouveau système. Comme souligné dans le préambule du Règlement, le régime de notification alourdissait considérablement le travail de la Commission européenne qui n'était plus en mesure de se concentrer sur la répression des infractions les plus graves et était extrêmement onéreux pour les entreprises concernées.

Concrètement, pour alléger les procédures administratives et décentraliser la prise de décision, il a donc été décidé d'impliquer les autorités nationales de concurrence et davantage les instances judiciaires nationales dans l'application des articles 101 et 102 TFUE. Cette décision a ainsi impliqué des nouveaux acteurs sur la scène de la politique de concurrence européenne. En outre, en complément de la jurisprudence communautaire (44), l'article premier du Règlement investit l'article 101 (3) TFUE de l'effet direct, et l'article 3 oblige les autorités et les juridictions nationales à appliquer les articles 101 et 102 TFUE aux cas ayant une dimension européenne (45).

(43) Règlement n° 59 du Conseil portant modification de dispositions du règlement n° 17, *Journal officiel* n° 058 du 10 juillet 1962.

(44) Arrêt de la Cour du 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c/ SV SABAM et NV Fonior*, Affaire 127-73, *Recueil*, p. 313, point 51; Arrêt de la Cour du 30 avril 1986, *Asjes*, Affaires jointes 209 à 213/84, *Recueil*, p. 1425.

(45) Selon l'article 3 du Règlement, les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit européen quand elles prennent une décision relative à des cas ayant trait aux comportements interdits par les articles 101 et 102 TFUE. En fait, comme le souligne la Communication sur les plaintes déposées au titre des articles 101 et 102 TFUE, la saisine des juridictions nationales présente des avantages pour les plaignants en comparaison avec la saisine de la Commission. Ainsi, les instances nationales ont la possibilité d'octroyer des dommages et intérêts, de statuer sur les obligations contractuelles, et d'appliquer la sanction de la nullité prévue à l'article 101. De même, elles sont mieux placées que la Commission pour ordonner des mesures provisoires, elles ont la faculté d'octroyer les frais et dépens à la personne ayant obtenu gain de cause et ont la compétence de juger sur des questions du droit national ainsi que du droit

Ainsi, le Règlement associe désormais largement les instances des États membres dans le contrôle de la mise en œuvre des règles européennes de concurrence et offre les bases juridiques nécessaires à l'accomplissement de leur tâche.

Conformément au Règlement, ces autorités nationales de concurrence jouissent de pouvoirs d'investigation et de décisions importants (voir *infra*). L'organisation et la compétence de ces autorités varient en fonction de l'État membre. Ainsi, certaines autorités ont la compétence d'enquêter et de prendre des décisions; d'autres ont seulement des pouvoirs d'investigation, et doivent saisir le tribunal compétent pour une décision en matière de concurrence; certains pays ont désigné deux autorités administratives pour mettre en œuvre les règles de concurrence, une chargée des enquêtes et l'autre de la prise de décisions (46).

Le Règlement introduit également des mécanismes de coopération, notamment par la constitution du Réseau européen de la concurrence (REC) composé par les autorités nationales de concurrence et la Commission (47). Ce nouveau système de mise en œuvre du droit de la concurrence en Europe repose principalement sur la coopération des autorités impliquées. Comme prévu à l'article 11 du Règlement, «la Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration». Cette coopération est mise en place par une Communication de la Commission (48) et par une déclaration commune du Conseil et de la Commission (49). La mission du réseau est d'assurer à la fois la «division efficace du travail et une application efficace et homogène des règles communautaires de concurrence» (50). Cette nouvelle structure n'est pas sans poser des problèmes en termes de trans-

européen – Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004, point 16.

(46) M. TREBILCOCK et E. IACOBUCCI, «Designing Competition Law Institutions», *World Competition*, 2002, p. 361.

(47) C. GAUER *et al.*, «Regulation 1/2003 and the Modernization Package fully applicable since 1 May 2004», *Competition Policy Newsletter*, Number 2, 2004, p. 3.

(48) Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004.

(49) Déclaration commune du conseil et de la commission sur le fonctionnement du réseau des autorités de concurrence, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_fr.pdf.

(50) Paragraphe 3, Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence.

parence et de bonne administration (51). En outre, et bien que l'article 15 du Règlement prévoit un système d'information et d'échange direct entre les juridictions nationales et la Commission européenne, aucun système officiel de coopération n'a toutefois été à ce jour institutionnalisé, probablement en raison de l'indépendance du pouvoir judiciaire (52). Notons qu'une initiative informelle des juges des États membres, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour AELE a abouti en 2002 à la création de l'Association des juges européens de concurrence (53) dont le but est de promouvoir l'échange d'informations et d'expérience dans le domaine de la concurrence et d'encourager la cohérence et la consistance dans la mise en œuvre du droit, en particulier dans le contexte créé par le Règlement.

D'un point de vue opérationnel, au sein du réseau (54), les autorités nationales de concurrence fonctionnent à travers des groupes de travail, tel que le groupe concernant les concentrations, établis au niveau européen et qui sont consultés par la Commission (55). On trouve également d'autres groupes de travail sur des thématiques horizontales, notamment concernant la problématique de coopération et des droits procéduraux, les technologies

(51) Ces avantages sont certes incontestables, mais cette organisation du système de mise en œuvre du droit de la concurrence soulève des questions de transparence pour les entreprises investiguées, qui ne prennent pas part aux discussions au sein du réseau. De même, on peut se demander si le secret du délibéré n'est pas enfreint par les échanges entre les autorités au sein du réseau.

(52) R. SCHMIDBAUER, «The Institutions Involved in EC Antitrust Enforcement under Regulation 1 and the Green Paper on Damages Actions – An Overview, Critique and Outlook», July 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=914169> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.914169>, 6.

(53) <http://www.aeclj.com/>: voir à ce sujet, I. MAHER et O. STEFAN, «Competition Law in Europe: The Challenge of a Network Constitution», in D. OLIVER, T. PROSSER et R. RAWLINGS (dir.), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, Oxford, OUP, 2010.

(54) Qui dispose d'un système informatique commun – A. WILKS, «Agencies, Networks, Discourses and the Trajectory of European Competition Enforcement», *European Competition Journal*, 2007, p. 440.

(55) <http://ec.europa.eu/competition/ecn/mergers.html>. Dans le même ordre d'idée, voir la récente communication de la Commission du 13 juin 2013 relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:FR:PDF>). Cette communication fait suite à une consultation publique organisée en 2011. Elle s'accompagne d'un guide pratique publié aussi le 13 juin 2013 (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf). Il s'agit d'un travail de guidance des juridictions nationales à propos d'un volet économique pour lequel ces juridictions n'ont pas souvent les moyens humains pour quantifier un dommage causé par une violation du droit de la concurrence.

informatiques, ainsi qu'un groupe rassemblant des économistes occupant des fonctions de responsabilité au sein des autorités de concurrence. En outre, des sous-groupes sectoriels ont été constitués sur des problématiques diverses, comme l'énergie, l'environnement, les services financiers, l'industrie alimentaire, l'industrie pharmaceutique, les communications électroniques et le transport (56). D'un point de vue des fonctions remplies, ces différents groupes de travail et les autorités nationales de concurrence jouent un rôle important non seulement au niveau de la mise en œuvre du droit, mais aussi au niveau de la production normative. Un exemple récent dans ce sens est offert par la coopération entre les membres du REC et la Commission européenne dans le processus de renouvellement des règles sur les restrictions verticales (57).

De surcroît, et c'est une des innovations majeures du Règlement, les parties prenantes, c'est-à-dire principalement les entreprises, ont vu leur rôle augmenter par le nouveau système d'application du droit de la concurrence. Les entreprises n'ont désormais plus la possibilité de demander l'autorisation de la Commission pour conclure certains accords, et il leur incombe de vérifier elles-mêmes soigneusement qu'elles respectent le droit de la concurrence quand elles s'engagent dans des relations d'affaires («self-assessment»). Elles ont ainsi la possibilité d'utiliser les règles européennes comme «bouclier» dans des litiges contractuels en se défendant contre les demandes des cocontractants en arguant que le comportement requis enfreint le droit de la concurrence. Aussi, elles peuvent utiliser les règles «antitrust» comme «épée» en vue d'obtenir des dommages et intérêts ou astreintes contre des préjudices causés par des infractions à la libre concurrence sur le marché (58). Récemment, la Commission s'est d'ailleurs

(56) *A Look Inside the ECN: Its Members and its Work*, ECN Brief Special Issue, page 4, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2010/brief_special.pdf.

(57) Entretien avec Bruno Lassere, Président de l'Autorité de concurrence française, pour le *A Look Inside the ECN: Its Members and its Work*, ECN Brief Special Issue, page 18, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2010/brief_special.pdf. On peut également pointer le rôle que remplit le groupe concernant les concentrations. Ainsi, le groupe s'est engagé en 2010 à identifier des solutions pour améliorer la gestion des concentrations avec un impact transfrontalier, et a publié, en 2011 un document sur les meilleures pratiques concernant l'échange d'information et la coopération dans l'investigation des ententes qui ne tombent pas dans la juridiction de la Commission européenne – EU Merger Working Group, Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review, novembre 2011, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/ecn/nca_best_practices_merger_review_en.pdf.

(58) W. WILS, «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?», *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 26, n° 3, 2003, pp. 473 à 488.

engagée clairement en faveur d'une protection plus effective des victimes d'activités anti-concurrentielles. Ainsi, une directive a été proposée afin d'enlever tout obstacle à la compensation pour les victimes d'entraves au droit de la concurrence (59). Cette initiative a été complétée par des instruments de *soft law*, tels qu'une communication (60) et un guide pratique (61) relatifs à la qualification de préjudice dans le droit de la concurrence, ainsi qu'une recommandation établissant des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (62).

Cette responsabilisation des entreprises dans la mise en œuvre du droit de la concurrence est également illustrée à travers la récente brochure expliquant aux entreprises la notion de conformité aux règles de concurrence. Cette publication, disponible électroniquement sur le site de la direction générale de la concurrence (63), incite les agents économiques à développer une stratégie de conformité cohérente en les informant des règles qui doivent être respectées sur le marché, des coûts engendrés en cas de manquement à ces règles, ainsi que des mesures qui doivent être prises pour assurer la conformité. Entre autres, la Commission y suggère d'identifier les risques (tels que le secteur d'activité, les interactions avec les concurrents, les caractéristiques du marché), créer et communiquer la stratégie aux employés, mettre en place des mécanismes internes d'évaluation et de rapportage, assurer la formation du personnel, ainsi que la surveillance et l'audit.

Enfin, la mise en œuvre décentralisée du droit de la concurrence peut impliquer d'autres acteurs, comme les tribunaux arbitraux, même si cela n'est pas expressément prévu dans le Règlement. Ces tribunaux ont la compétence d'appliquer l'article 101 (3) tout comme les juridictions et les autorités nationales (64).

(59) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 11 juin 2013, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne COM (2013) 404 final.

(60) Communication de la commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Journal officiel* n° C 167/07 du 13 juin 2013.

(61) Disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf.

(62) Disponible sur le site http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2013_3539_fr.pdf.

(63) http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_matters_en.pdf.

(64) R. SCHMIDBAUER, «The Institutions Involved in EC Antitrust Enforcement under Regulation 1 and the Green Paper on Damages Actions – An Overview, Critique and Outlook», juillet 2006, p. 13. Disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=914169> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.914169>.

Les acteurs actifs au sein de la politique de concurrence sont donc désormais plus nombreux et les pratiques décentralisées. Cela n'est d'ailleurs pas sans poser toute une série de problèmes liés à la répartition des compétences, qui ont dû être tranchés par la Cour de justice de l'Union européenne. À cet égard, les réponses apportées par la Cour sont souvent très nuancées car, pour reprendre un des enseignements de l'arrêt *France Télécom*, les textes ont établi une organisation flexible et pluraliste du système de mise en œuvre du droit européen de la concurrence, qui laisse de larges marges d'appréciation aux autorités impliquées (65).

L'apparition des nouveaux acteurs peut être interprétée de différentes manières. Ainsi, A. Wilks suggère deux lectures possibles de la modernisation du droit de la concurrence intervenue avec le Règlement. D'un côté, la modernisation peut être vue comme une décentralisation authentique où les autorités nationales de concurrence seraient des agents et la Commission européenne serait un « super-agent » et ils travailleraient ensemble pour les principaux, les États membres. D'un autre côté, la modernisation peut être vue comme une ruse orchestrée par la Commission afin de concentrer

(65) Arrêt du Tribunal du 8 mars 2007, *France Télécom SA c/ Commission*, Affaire T-339/04, *Recueil*, p. II-00521, points 77 à 91. Dans cette affaire, l'action était intentée contre une décision de la Commission ordonnant à France Télécom et à ses filiales de se soumettre à une inspection. La Commission suspectait que France Télécom avait abusé d'une position dominante sur le marché en pratiquant des prix prédateurs. Cependant, l'affaire faisait déjà l'objet d'une investigation par le Conseil français de la concurrence et, pour cette raison, le requérant – France Telecom – soutenait que la Commission avait violé la répartition des compétences et l'obligation de coopérer loyalement avec les ANC. La Cour a constaté que le Règlement n'a pas établi un système de répartition des compétences en vertu duquel la Commission ne serait pas autorisée à procéder à une inspection lorsqu'une autorité nationale de concurrence est déjà saisie de la même affaire. La communication relative à la coopération au sein du réseau des ANC invoquée par les parties n'a pas conféré aux entreprises impliquées un droit individuel à voir l'affaire traitée par une autorité donnée. La communication n'était en outre pas adressée aux individus mais aux autorités publiques afin de réglementer la manière selon laquelle les consultations et les échanges entre elles étaient supposés se dérouler. De plus, le Tribunal a considéré que la communication a établi un système dans lequel chaque membre du réseau conserve toute latitude pour décider d'enquêter ou non sur une affaire et la Commission peut reprendre une affaire traitée par une autorité nationale. De surcroît, ni la subsidiarité ni la coopération loyale n'empêchaient la Commission de procéder à des inspections dans des affaires traitées en parallèle par une ANC. Ce faisant, l'arrêt reconnaît qu'il n'existe pas de réelle division entre les membres du réseau de concurrence mais entérine la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des ANC. I. MAHER et O. STEFAN, « Competition Law in Europe: The Challenge of a Network Constitution », in D. OLIVER, T. PROSSER et R. RAWLINGS (dir.), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, Oxford, OUP, 2010, pp. 194 à 195.

tout pouvoir entre ses mains, d'échapper à son statut d'agent et d'accroître son contrôle sur les autorités nationales (66). Dans cette deuxième optique, la modernisation de la politique de concurrence constituerait un exemple d'avènement d'«Eurolegalism» (67) qui signifie qu'au prétexte de la modernisation de cette politique publique, la Commission aurait consolidé son pouvoir et son contrôle des politiques nationales de concurrence en transformant les autorités nationales en agents de celle-ci (68).

Pourtant, cet article invite à une troisième lecture plus pragmatique de la modernisation, partant de l'idée que le modèle principal-agent n'est plus entièrement adapté pour décrire d'une manière fidèle la nouvelle réalité créée par le Règlement (69). Dans cette perspective, l'analyse doit porter non seulement sur les aspects fonctionnels liés au transfert des compétences entre la Commission et les ANC, mais également sur les aspects normatifs de la délégation du pouvoir. Au lieu de se préoccuper des débats concernant l'évolution des pouvoirs des institutions impliquées, il semble plus utile de se concentrer sur la manière dont le nouveau système respecte les principes de l'État de droit (70). Ainsi, on constate que même si les règles européennes de concurrence doivent, en principe dans un marché unique, s'appliquer d'une manière uniforme dans tous les États membres, chaque autorité applique ses propres procédures (71), et même, dans certains cas

(66) A. WILKS, «Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission?», *Governance*, 2005, p. 446.

(67) C'est-à-dire «an adversarial, legalistic approach to regulation and enforcement, based on frequent judicial intervention and litigation». D. KELEMEN, *Eurolegalism, The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 144.

(68) *Ibid.*, p. 146.

(69) Dans le même sens, D. LEHMKUHL, «On Government, Governance and Judicial Review», *Journal of Public Policy*, 2008, p. 139.

(70) Tels que ceux décelés par L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964 : la promulgation et la non rétroactivité des règles, l'absence des obligations impossibles ou des règles contradictoires, la généralité, la clarté, la stabilité et l'application uniforme. Voir I. MAHER, «Functional and Normative Delegation to Non-Majoritarian Institutions : The Case of the European Competition Network», *Comparative European Politics*, 2009, p. 426 et pour une analyse des évolutions qu'a connu le principe de Communauté/Union de droit, voir M. ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, La Haye, Kluwer, 1999, pp. 179 à 210.

(71) I. MAHER, «Functional and Normative Delegation to Non-Majoritarian Institutions : The Case of the European Competition Network», *Comparative European Politics*, 2009, p. 428.

de figure, c'est la loi nationale qui est applicable devant les autorités (72). Cela crée une diversité et une relative instabilité du système, contrairement aux préceptes de l'État/Union de droit. En plus, les différents modèles économiques adoptés par les autorités nationales ou par la Cour de justice peuvent générer des résultats différents dans des cas similaires, avec des conséquences négatives du point de vue de la sécurité juridique (73). Toutefois, en imposant des règles relatives aux modes de détermination de l'autorité la mieux placée pour s'occuper d'un cas de concurrence, le Règlement atténue dans une certaine mesure les difficultés liées à l'application uniforme du droit (74). En outre, la Commission joue un rôle central au sein du REC, pouvant résoudre les éventuels problèmes de divergence qui peuvent survenir dans la pratique (75). Mais la stabilité du système – élément essentiel de l'État de droit – est surtout assurée par l'appel aux formes de « nouvelle gouvernance » qui stimulent la coopération au sein du réseau : le système informatisé commun facilitant les échanges, les groupes de travail, les réunions annuelles en plénière. En particulier, la possibilité d'échanger des informations confidentielles au sein du réseau semble avoir créé un discours ainsi qu'une culture juridique et économique commune parmi la Commission et les autorités (76).

(b) – *INSTRUMENTS DE MISE EN ŒUVRE :*
ENVAHISSEMENT DU DROIT PAR LA *SOFT LAW*

La modernisation du droit de la concurrence s'est faite non seulement à l'aide du Règlement, mais aussi par l'adoption des normes complémentaires, tels que le Règlement 773/2004 concernant les règles de procédure devant la Commission européenne (77); la Communication fixant le cadre de coo-

(72) C'est le cas des pratiques anticoncurrentielles qui n'ont pas un effet sur le commerce intra-communautaire, ainsi que des situations où les règles nationales seront plus strictes que les règles européennes, en particulier concernant l'abus unilatéral, le contrôle national des concentrations ou des autres domaines tels que la protection des consommateurs – Article 3(3) du Règlement 1/2003.

(73) I. MAHER, «Functional and Normative Delegation to Non-Majoritarian Institutions: The Case of the European Competition Network», *Comparative European Politics*, 2009, p. 424.

(74) *Ibid.*, p. 427.

(75) *Ibid.*

(76) I. MAHER, «Competition Law Modernization: an Evolutionary Tale?», in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 737.

(77) Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (*Journal officiel* n° L 123 du 27 avril 2004).

pération au sein du REC (78); la Communication concernant la coopération entre la Commission et les instances nationales (79); la Communication concernant les plaintes déposées au titre des anciens articles 81 et 82 du traité CE (80); la Communication concernant les lettres d'orientation dans des affaires individuelles (81); les lignes directrices expliquant la notion d'affectation du commerce (82); les lignes directrices concernant l'application de l'article 101 (3) TFUE (83); et finalement, la communication sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (84).

La majorité de ces textes sont des instruments de *soft law* au statut similaire aux recommandations et avis prévus à l'article 288 TFUE, c'est-à-dire dépourvus de pouvoir contraignant, mais pouvant produire des effets pratiques et juridiques (85).

Dans son activité de mise en œuvre de la politique de concurrence, la Commission européenne s'est toujours abondamment appuyée sur la *soft law*. Intitulées de diverses manières (communications, déclarations, rapports, lignes directrices, codes de conduite, etc.), ces instruments ont été, dès le début, présents dans le domaine du droit de la concurrence. Déjà en 1962, la Commission européenne publie les premières règles de *soft law*, les «communications de Noël», qui concernent les représentants de

(78) Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004.

(79) Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril.

(80) Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004.

(81) Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation), *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004.

(82) Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004.

(83) Communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004.

(84) Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *Journal officiel* n° C 045 du 24 février 2009.

(85) F. SNYDER, «The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques», in T. DAINITH (dir.), *Implementing EC Law in the United Kingdom: Structures for Indirect Rule*, Londres, John Wiley & Sons, 1995, p. 64.

commerce (86) et les accords de licence de brevets (87). Les deux communications ont comme objet l'interprétation de l'article 101 TFUE et excluent certains accords, décisions et pratiques concertés du champ d'application de l'interdiction prévue à cet article. Cette pratique répond au souci d'alléger le volume de travail de la Commission qui, dans les premières années de l'intégration européenne, croulait sous les notifications formulées conformément au Règlement 17/62 (88).

On observe, à la lumière de ces exemples particulièrement marquants vu leurs dates et leurs effets, que la *soft law* est loin de constituer un nouveau type d'instruments de régulation dans le secteur de droit de la concurrence, et que celui-ci a toujours été régi par un cadre réglementaire hybride, combinant des règles contraignantes à des règles non contraignantes (89). Même si la présence d'instruments non contraignants en droit de la concurrence n'est pas une nouveauté en soi, leur impact dans la pratique et la fréquence de leur usage ont connu des évolutions spectaculaires (90) à partir des années 1990, après l'adoption du programme sur le marché unique (91). Aujourd'hui, la Commission européenne établit les amendes pour des comportements non concurrentiels en s'appuyant sur des «lignes directrices» (92); elle exonère les entreprises qui donnent des informations pertinentes pour la découverte des cartels conformément à une «communication» (93); et c'est toujours conformément à une communication qu'elle mène l'analyse du «marché

(86) Communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce, *Journal officiel* n° 139 du 24 décembre 1962.

(87) Communication relative aux accords de licence de brevets, *Journal officiel* n° 139 du 24 décembre 1962.

(88) 34.500 accords bilatéraux ont été enregistrés avant le 1^{er} février 1963 (D.G. GOYDER, J. GOYDER et A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed., Oxford, OUP, 2009).

(89) I. MAHER, «Regulation and Modes of Governance in EC Competition Law: What's New in Enforcement?», *Fordham Int'l L.J.*, 2008, p. 1713.

(90) *Ibid.*, 2008, p. 1728.

(91) G. DELLA CANANEA, «Administration by Guidelines: The Policy Guidelines of the Commission in the Field of State Aids», *State Aid: Community Law and Policy*, 1993, p. 61.

(92) Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, *Journal officiel* n° C 210 du 1^{er} septembre 2006.

(93) Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *Journal officiel* n° C 298 du 8 décembre 2006.

pertinent» (94). Dans le même ordre d'idée, mentionnons le règlement sur les concentrations (95), qui a été, lui aussi, accompagné de *soft law* (96), et plus généralement la pratique de la Commission dans divers domaines est codifiée à travers des communications ou lignes directrices comme, par exemple, la communication *de minimis* (97).

Cette utilisation fréquente de la *soft law* s'explique sans doute par la volonté de la Commission de promouvoir une mise en œuvre efficace et uniforme des règles du Traité, dans un contexte où le processus décisionnel de la méthode communautaire impliquant le Conseil et le Parlement européen ne réussit pas à donner des résultats, notamment en matière de concentrations et d'aides d'État. En outre, en s'appuyant sur la *soft law*, la Commission a ajouté aux articles des Traités un important jeu de normes, qui a eu pour fonction soit d'accompagner les normes classiques, (98) soit d'en codifier la pratique juridictionnelle (99). Les règlements par lesquels la Commission exclut des catégories entières d'accords de l'article 101 TFUE sont, par exemple, toujours accompagnés de *soft law* détaillées expliquant les modalités de leur mise en œuvre par la Commission européenne (100).

(94) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Journal officiel* n° C 372 du 9 décembre 1997.

(95) Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises («le règlement CE sur les concentrations»), *Journal officiel* n° L 24 du 29 janvier 2004.

(96) Voir, par exemple, les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel* n° C 31 du 5 février 2004 et la Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, *Journal officiel* n° C 267 du 22 octobre 2008.

(97) Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), *Journal officiel* n° C 368 du 22 décembre 2001.

(98) Par exemple, Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal officiel* n° L 102 du 23 avril 2010.

(99) Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), *Journal officiel* n° C 368 du 22 décembre 2001.

(100) Voir, par exemple, les lignes directrices sur les restrictions verticales, *Journal officiel* n° C 130 du 19 mai 2010.

Au-delà de l'inflation du nombre de textes de *soft law*, l'importance acquise par celle-ci se trouve confirmée par d'autres indices. Ainsi, l'attitude des juridictions nationales, qui envoient souvent des questions préjudicielles à la Cour de justice concernant l'interprétation des communications ou des lignes directrices, illustre cette évolution (101). De même, comme démontré entre autres par les longues négociations et discussions concernant l'adoption de la communication sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (102), les autorités de concurrence, les États membres, les entreprises, et les barreaux s'impliquent désormais fortement dans le processus de création de la *soft law*, parfois en s'opposant et/ou en ralentissant le processus décisionnel (103). Enfin, la Cour de justice se réfère de plus en plus fréquemment à la *soft law* pas seulement comme aide à l'interprétation des normes juridiques obligatoires, mais aussi comme standard pour vérifier la légalité des décisions de la Commission européenne (104). L'intervention judiciaire dans cette matière reste toutefois assez récente et mérite quelques nuances et explications complémentaires (105).

Dans l'affaire pionnière *Hercules Chemicals*, la Cour a affirmé que la Commission ne pouvait pas se départir des règles qu'elle s'était elle-même imposée dans le Douzième rapport sur la politique de concurrence de 1983. Par conséquent, elle a dû observer des règles plus rigoureuses que celles établies par la jurisprudence antérieure en matière d'*accès au dossier* et de *droits de la défense* (106). Dans le même ordre d'idée, la Cour a reconnu, dans son arrêt de principe *Dansk Rørindustri*, que la Commission a limité son pouvoir discrétionnaire lors de l'adoption de certaines lignes direc-

(101) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 12 mai 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa*, Affaire C-410/09, [2011] *Recueil* I-03853; Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 13 décembre 2012, *Expedia*, Affaire C-226/11, non encore publié au recueil.

(102) Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *Journal officiel* n° C 045 du 24 février 2009, pp. 0007-0020.

(103) R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 175-176.

(104) Appliquant par là l'adage bien connu en droit administratif: «*patere legem quam ipse fecisti*». Voir aussi à ce titre W. HUMMER, «From «Interinstitutional Agreements» to «Interinstitutional Agencies/Offices»?», *European Law Journal*, 2007, p. 64 en contraste avec L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 397.

(105) Voir à ce titre O. STEFAN, «Hybridity Before the Court: A Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law», *European Law Review*, 2012, pp. 49 et s., O. STEFAN, *Soft law to Court: Competition Law, State Aid, and the Court of Justice of the European Union*, Kluwer 2012.

(106) Arrêt de la Cour du 31 mars 1982, *VBVB and VBBB c/ Commission*, Affaires jointes 43 et 63/82, *Recueil*, p. 19, point 25.

trices et ne pouvait se départir de telles règles, sous peine de violer des principes généraux du droit, tels que *l'égalité de traitement* ou *la sécurité juridique* (107). Épinglons également l'arrêt *BASF* où une décision de la Commission a été déclarée « viciée » et « entachée d'une illégalité » (108) en raison de la violation de la communication sur la clémence. La Cour a reconnu des effets juridiques contraignants dans ces cas parce que la Commission, en publiant des instruments de *soft law*, avait créé une *attente légitime*. Force est dès lors de constater qu'à la lecture de ces arrêts, la *soft law* semble produire un impact positif dans la mesure où elle permet d'améliorer le respect de principes constitutionnels essentiels dans le processus de mise en œuvre du droit de la concurrence (109).

Dans ces conditions, la question est de savoir si les lignes directrices et les communications qui font l'objet des arrêts précités et qui ont des effets juridiques contraignants sont vraiment de la *soft law*, et s'il y existe une différence entre la *soft law* et la *hard law*. Une analyse plus approfondie de la jurisprudence permet de répondre par l'affirmative à ces questions. Le juge européen reconnaît des effets contraignants aux instruments de *soft law* dans des conditions extrêmement limitées et fait manifestement la différence entre la *soft law* et la *hard law*. En effet, les communications et les lignes directrices sont contraignantes seulement pour l'institution qui les a publiées (en espèce, la Commission européenne). De plus, si les directives ou les règlements ont des effets contraignants par eux-mêmes, découlant de la force juridique de l'acte, la jurisprudence reconnaît ce type d'effets aux communications et lignes directrices seulement par le biais des principes généraux du droit, tels que la protection des attentes légitimes, la sécurité juridique, la transparence, etc.

De manière plus générale, cette utilisation courante de la *soft law* est révélatrice d'une évolution marquée vers une logique réglementaire en droit européen de la concurrence au détriment de la méthode communautaire

(107) Arrêt de la Cour du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P)*, *Iso-plus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH et autres (C-202/02 P)*, *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P)*, *LR af 1998 A/S (C-206/02 P)*, *Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P)*, *LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P)* et *ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) c/ Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, p. I-05425, point 211.

(108) Arrêt du Tribunal du 15 mars 2006, *BASF AG c/ Commission des Communautés européennes*, Affaire T-15/02, *Recueil*, pp. II-00497, point 541.

(109) Pour une analyse plus détaillée, voir O. STEFAN, « Hybridity Before the Court : A Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law », *European Law Review*, 2012, pp. 62 à 68.

classique (110). En effet, la principale caractéristique de la régulation, selon E. Bernard, consiste en sa grande souplesse, «tant dans l'élaboration que dans l'application du droit, si bien que les sources dites «molles» du droit, tels les chartes ou encore les codes de bonne conduite, se développent tout en prenant, dans les ordres juridiques, une dimension contraignante» (111). Le concept de régulation semble donc capable de rendre compte de ce droit européen assoupli, décentralisé, adaptatif. La régulation substitue au droit autoritaire un «droit à texture ouverte» (112) aux sources et auteurs multiples (113). Dès lors, «sans causer une réelle perte de la substance juridique, la régulation favorise un changement des caractéristiques de la juridicité» (114) et enrobe les différents acteurs dans la douceur de son droit. Nous sommes donc loin des préceptes ordolibéraux.

Cette évolution modifie le rapport traditionnel établi entre normes et règles et le caractère juridique ou non juridique (115) de ces différents instruments devient donc une question relativement accessoire car la juridicité n'est prise en compte que dans le cadre de l'appréhension de l'effectivité qui y serait attachée (116). En effet, bien qu'en théorie, la *soft law* apparaît en contradiction avec la (traditionnelle) *hard law*, la pratique a montré que les diverses sources du droit n'existent presque jamais de manière isolée les unes des autres et qu'il est difficile de déterminer *a priori* l'impact individuel ou relatif de l'élément «hard» ou «soft» sur le développement d'une politique (117). Dans un tel contexte empirique, plutôt

(110) Giandomenico Majone développe d'ailleurs la thèse selon laquelle l'Union serait un «État régulateur»: G. MAJONE, *La Communauté européenne: un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996.

(111) E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse de doctorat soutenue le 25 novembre 2006, bibliothèque de l'ULB, p. 432.

(112) A.-J. ARNAUD, «La régulation par le droit en contexte globalisé», in J. COMAILLE et B. JOBERT (dir.), «Les métamorphoses de la régulation politique», *op. cit.*, pp. 147 et 175 (spéc. p. 147).

(113) E. BERNARD, *op. cit.*, p. 434.

(114) E. BERNARD, *op. cit.*, p. 432.

(115) P. WEIL P., «Towards Relative Normativity in International Law?», *The American Journal of International Law*, n° 77, 1983, p. 415; C. CHINKIN, «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, pp. 862-865 et B. FRYDMAN, «Prendre les standards et les indicateurs au sérieux», *Gouverner par les standards et les indicateurs – De Hume aux rankings*, B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 5 à 65 (sous presse).

(116) O. LOBEL, «The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought», *Minnesota Law Review*, 2004, pp. 309 et 310.

(117) I. MAHER, «Economic Policy Coordination and the European Court: Excessive Deficits and ECOFIN Discretion», *European Law Review*, 2004, p. 831.

que d'établir des différences entre les nouvelles formes de gouvernance et le gouvernement traditionnel, entre «soft» et «hard» *law*, et d'examiner leurs avantages et inconvénients séparément, il serait plus approprié et utile de considérer la possibilité de leur coexistence (118). Dans ce contexte, G. De Búrca et J. Scott ont formulé la «thèse de l'hybridité» qui prend acte de cette réalité et qui explore différentes manières de garantir leur interaction fructueuse (119). D. Trubek et L. Trubek ont affiné leur proposition, en constatant que l'hybridité est la transformation non seulement du droit mais aussi de la gouvernance, ainsi que leur intégration dans un système unique au sein duquel le fonctionnement de chaque élément est nécessaire au succès du fonctionnement de l'autre (120). Cette approche défend donc l'idée d'une nécessaire et nouvelle conceptualisation de notre compréhension du droit communautaire. En effet, les thèses fondées sur des conceptions purement positivistes ne permettent pas toujours de rendre compte des réalités normatives européennes. Le droit de l'Union évolue et la pratique de celui-ci a donné lieu à la création de nouvelles formes de normativités qui, bien que ne répondant pas à l'orthodoxie communautaire, produisent des effets importants sur toute une série d'acteurs. Il n'est plus question de voir ici deux phénomènes étrangers l'un à l'autre (*hard/soft law*) qui modaliseraient leur relation. Il s'agit d'une même réalité (121). Cette manière de considérer le droit de l'Union implique de repenser celui-ci en mettant en avant les effets produits et non plus les sources formelles (122). L'intérêt de la thèse de l'hybridité est qu'elle permet de rendre visibles de nombreux phénomènes qui seraient restés en dehors du champ d'étude

(118) D.M. TRUBEK et L.G. TRUBEK, «Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination», *European Law Journal*, 2005, pp. 361-362.

(119) G. DE BÚRCA et J. SCOTT, «New Governance, Law and Constitutionalism», G. DE BÚRCA et J. SCOTT (dir.), *Law and New Governance in the UE and the US*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 6.

(120) D.M. TRUBEK et L.G. TRUBEK, «New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry and Transformation», *Columbia Journal of European Law*, 2007, p. 543.

(121) G. DE BÚRCA et J. SCOTT, *op. cit.*, pp. 1 à 14.

(122) T. HERVEY et L. TRUBEK, «Freedom to Provide Healthcare Services in the EU: An Opportunity for "Hybrid Governance"», *Columbia Journal of European Law*, été 2007; C. JOERGES, «"Good Governance" in the European Internal Market: Two Competing Legal Conceptualisations of European Integration and their Synthesis», *EUI Working Papers*, n° 2001/29, disponible sur le site www.iue.it, 26 pages; C. JOERGES, «Integration through de-legislation? An irritated heckler», *European Governance Papers (EUROGOV)*, n° 07-03, disponible sur le site www.connex-network.org/eurogov, 28 pages, et N. WALKER et G. DE BÚRCA, «Narrowing the Gap? Law and New approaches to Governance in the European Union», *Columbia Journal of European Law*, été 2007, pp. 519 à 537.

des théories positivistes. Bien que cela donne lieu à une conception plus large et plus complexe, cette thèse constitue à notre avis le meilleur cadre théorique pour comprendre et analyser le droit de la concurrence au sein de l'Union européenne.

À notre avis, l'adoption du Règlement a encore renforcé l'importance de la réglementation hybride et de la *soft law* (123) car c'est à travers ce type d'instruments que la Commission s'efforce d'assurer l'uniformité dans l'application des règles européennes. Ainsi, la Commission a publié un code des bonnes pratiques concernant les articles 101 et 102 TFUE (124) et un modèle du programme sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes a été rédigé au sein du REC (125). Ce dernier a pour objectif de faciliter l'harmonisation « douce » des programmes de clémence existants en Europe et de permettre l'adoption de tels programmes par les autorités qui n'en disposent pas (126).

Toutefois, cette hybridité est parfois problématique dans le contexte de la mise en œuvre décentralisée du droit de la concurrence. D'un côté, la *soft law* publiée par la Commission européenne peut réellement aider à gérer la diversité (127), car elle remplit une fonction informative importante en clarifiant les règles de « hard law » et elle aide les entreprises à mieux déceler et prévenir les pratiques anti-concurrentielles (128). De même, la *soft law* sert de guide pour les autorités nationales dans la mise en œuvre des règles. D'un autre côté, la *soft law* peut être considérée comme un indicateur de la perte de contrôle par les États membres sur la création des règles européennes (129). Cette situation n'est d'ailleurs pas sans susciter des questions importantes de légitimité. En effet, les lignes directrices, communications, etc., traitées dans cette étude sont

(123) N. PETIT et M. RATO, «From Hard to Soft Enforcement of EC Competition Law», in C. GHEUR *et al.* (dir.), *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law: Settlements, Commitments and Other Novel Instruments*, Bruylant, 2009, p. 203.

(124) Commission's Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 TFEU and 102 TFEU, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf.

(125) ECN Model Leniency Programme, http://ec.europa.eu/competition/ecn_model_leniency_en.pdf.

(126) Paragraphe 7, ECN Model Leniency Programme.

(127) N. PETIT et M. RATO, *op. cit.*, p. 203; D. LEHMKUHL, «On Government, Governance and Judicial Review», *Journal of Public Policy*, 2008, p. 147.

(128) Sur le rôle informatif de la *soft law*, voir N. TORNBERG, «The Commission's Communications on the General Good – magna carta or law-making?», *European Business Law Review*, 1999, p. 27.

(129) D. LEHMKUHL, «On Government, Governance and Judicial Review», *Journal of Public Policy*, 2008, p. 139.

presque toutes émises par la Commission européenne unilatéralement sans même consulter systématiquement les parties prenantes ou les autres institutions. Cette situation n'est pas nouvelle car, dès 1968, le Parlement européen attirait l'attention sur les dangers associés à l'utilisation des instruments atypiques (130), et dans son rapport en 1992, le Conseil d'État français condamnait également la prolifération des communications de la Commission (131).

Tenant compte de ces tensions, la Cour de justice ne reconnaît qu'une fonction consultative pour la *soft law* européenne au niveau national : les autorités et les juridictions des États membres n'ont pas les mêmes obligations que la Commission européenne de prendre en considération les lignes directrices, les communications, et les autres instruments publiés dans la série C du *Journal officiel*. Cette position de compromis peut toutefois créer des problèmes importants de cohérence dans le système de mise en œuvre du droit de la concurrence, ainsi que des carences dans le respect des principes généraux du droit dans l'Union européenne. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Pfleiderer* qui concernait l'accès des tiers au dossier dans les affaires d'entente devant les autorités nationales de concurrence. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que ni la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités nationales de concurrence (132) ni la communication sur la clémence (133) n'étaient contraignantes pour les États membres (134). Dans la même perspective, la Cour a noté que même si le « Programme modèle du REC » en matière de clémence (135) visait à harmoniser « certains éléments des programmes nationaux en la matière », il n'avait pas non plus d'effet contraignant à l'égard des juridictions des États membres (136). La Cour a tout au plus reconnu que les orientations

(130) Résolution du Parlement européen du 8 mai 1969, sur les actes de la collectivité des États membres de la Communauté ainsi que les actes du Conseil non prévus par les traités adoptée à la suite du rapport fait au nom de la Commission juridique par M. Burger, *Journal officiel* de 1969 C 63/18.

(131) Conseil d'État, Rapport Public 1992, collection « Études et documents », *Documentation française* 44, 1993, Paris, pp. 22-23.

(132) Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, *Journal officiel* n° C 101 du 27 avril 2004.

(133) Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *Journal officiel* n° C 298 du 8 décembre 2006.

(134) Arrêt de la Cour du 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, Affaire C-360/09, [2011] *Recueil*, I-05161, point 21.

(135) http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

(136) Arrêt de la Cour du 14 juin 2011, *Pfleiderer AG contre Bundeskartellamt*, Affaire C-360/09, [2011] *Recueil*, I-05161, point 22.

exprimées par la Commission étaient «susceptibles d’avoir des effets sur la pratique» des autorités nationales de concurrence. Cependant, elles ne pouvaient constituer, en l’absence d’une réglementation contraignante, un cadre législatif européen harmonisé sur le droit d’accès et il appartenait donc «aux États membres d’établir et d’appliquer [leurs] règles nationales» (137). Cette jurisprudence permet donc une application différenciée du droit de la concurrence au niveau des États membres, avec des conséquences sur la cohérence du système de mise en œuvre au niveau européen.

Dans le même ordre d’idée, citons l’affaire *Expedia* (138). Dans celle-ci, le Conseil français de la concurrence avait lancé des poursuites et infligé des sanctions pécuniaires en raison d’accords relatifs à la création d’une filiale commune conclus entre Expedia et la Société nationale des chemins de fer français (SNCF). La décision a été contestée en justice par Expedia au motif que les parts de marché des entreprises concernées se trouvaient en deçà des seuils fixés par la communication *de minimis*. Rappelons que, conformément à ladite communication, les ententes couvrant une partie négligeable du marché tombent en dehors de l’application du droit de la concurrence et ne sont pas poursuivies par la Commission européenne. La Cour de cassation a donc demandé à la Cour de justice via une question préjudicielle de déterminer si les autorités nationales étaient obligées d’appliquer la *soft law* européenne dans leurs décisions. La haute juridiction française a reçu une réponse négative à cette question. En effet, la Cour de justice a décidé que les autorités et les juridictions nationales n’étaient pas tenues par la communication *de minimis* et étaient souveraines dans leurs décisions de se conformer ou non aux seuils mentionnés dans ledit texte (139). La Cour considère en outre que si les autorités et les juridictions nationales se départissent du contenu de la communication, cela ne serait pas de nature à mettre en cause des principes généraux du droit comme la protection des attentes légitimes et la sécurité juridique (140). Si l’on compare cet arrêt à la jurisprudence *Dansk* précitée, il s’ensuit que ces principes généraux de droit ont un contenu et une utilisation variables dans le système de mise en œuvre décentralisée du droit européen de la concurrence. D’une part, si le cas est instrumenté par la Commission, les particuliers peuvent s’attendre à ce que la *soft law* européenne soit applicable, ou au moins à ce

(137) *Ibid.*, point 23.

(138) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 13 décembre 2012, *Expedia*, Affaire C-226/11, non encore publié au *Recueil*, point 31.

(139) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 13 décembre 2012, *Expedia*, Affaire C-226/11, non encore publié au *Recueil*, point 31.

(140) *Ibid.*, point 32.

que la décision de la Commission de s'en départir soit clairement motivée. D'autre part, au niveau national, le pouvoir discrétionnaire des autorités étatiques apparaît l'emporter sur le principe de transparence et les attentes légitimes des particuliers. Les conséquences de l'affaire *Expedia* sont donc inquiétantes au regard du respect des principes généraux du droit (141). Ces arrêts démontrent enfin que les limites imposées par la Cour de justice de l'Union européenne à la reconnaissance des effets juridiques de la *soft law* au niveau national conduisent à une réalisation seulement partielle des objectifs de transparence et de cohérence. C'est d'ailleurs regrettable que la Cour n'ait pas suivi dans l'arrêt *Expedia* les conclusions de l'avocat général Kokott, qui avait suggéré aux autorités de concurrence et aux juridictions nationales d'examiner « l'opinion que la Commission y exprime au sujet des restrictions sensibles de la concurrence et fournir des motifs susceptibles d'être vérifiés par les tribunaux, dès lors qu'elles décident de s'écarter de cette opinion » (142).

(c) – INSTRUMENTS DE CONTRÔLE ET DE SANCTION :

DÉCENTRALISATION DU CONTRÔLE ET DES SANCTIONS ÉTABLIES

SUITE À DES ANALYSES ÉCONOMIQUES

La décentralisation de la mise en œuvre du droit de la concurrence a provoqué des changements au niveau des compétences des autorités impliquées.

Afin d'exercer leurs nouvelles tâches, les autorités de concurrence des États membres ont la compétence, conformément à l'article 5 du Règlement, d'ordonner la cessation d'une infraction, d'imposer des mesures provisoires, d'accepter des engagements des entreprises, d'infliger des amendes, des astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national, ainsi que de constater que le droit de la concurrence n'a pas été enfreint dans certains cas. L'article 6 du Règlement donne aux instances nationales la compétence d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE.

La Commission conserve quant à elle des fonctions importantes dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, car elle a toujours des pouvoirs concernant la constatation et la cessation d'une infraction (article 7 du Règlement), la compétence d'ordonner des mesures provisoires (article 8 du Règlement), d'imposer des engagements (article 9 du Règlement), et le

(141) Voir aussi O. STEFAN, « Relying on EU Soft Law Before National Competition Authorities: Hope for the Best, Expect the Worst », *CPI Antitrust Chronicle*, juillet 2013, n° 1.

(142) Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 6 septembre 2012, *Expedia*, Affaire C-226/11, non encore publié au *Recueil*, point 39.

pouvoir de statuer concernant l'application de l'article 101 relatif à des accords, décisions ou pratiques. À cet égard, la Commission peut, conformément à l'article 7 du Règlement, imposer des mesures correctives aux entreprises, nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction (143). Comme le constate la littérature spécialisée, ces mesures correctives ne sont pas toujours conformes aux droits et libertés individuels. Ainsi, en imposant ce type de mesures, la Commission devra d'avantage assurer un juste équilibre entre, d'un côté, la nécessité de protéger la libre concurrence sur le marché et, d'un autre côté, le droit de propriété et la liberté contractuelle des entreprises (144).

Les pouvoirs d'enquête de la Commission font l'objet du Chapitre V du Règlement (qui établit également la possibilité pour les autorités nationales d'exercer leurs compétences de la manière prévue par le droit national) et permet à la gardienne des Traités de mener des enquêtes par secteur économique ou par type d'accords; elle peut demander des renseignements auprès des entreprises et recueillir des déclarations de la part des personnes physiques et morales; elle a des pouvoirs importants d'inspection des divers locaux (y compris le domicile des chefs d'entreprise), ou des documents de l'entreprise. De même, conformément au Chapitre VI du Règlement, la Commission peut imposer des amendes et des astreintes aux entreprises. Le système d'imposition d'amendes de plus en plus élevées tel qu'exercé actuellement par la Commission européenne soulève également des soucis concernant les droits procéduraux des entreprises, question sur laquelle nous nous pencherons brièvement dans la dernière partie de cet article.

Avec le Règlement, les autorités de contrôle disposent donc d'importants pouvoirs d'enquête et de répressions.

(143) Le mécanisme de contrôle mis en place dans la politique de clémence doit également être mentionné. Ainsi les amendes des entreprises peuvent être réduites si elles coopèrent dans la découverte des infractions au droit de la concurrence. Cette politique de clémence a eu pour effets de stimuler les entreprises à dénoncer les cartels. Dans le nouveau contexte du Règlement, un programme de clémence a été conçu par la Commission afin d'aligner les règles applicables par les différentes autorités de concurrence, et constituer par là un premier pas pour l'harmonisation des règles de clémence en Europe – ECN Model Leniency Programme, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

(144) Pour une analyse des mesures obligeant les titulaires des droits de propriété intellectuelle à les céder aux parties tiers pour assurer le respect de l'article 102 TFUE, voir A. ANDREANGELI, «Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: the impact of the antitrust remedies provided by the Modernisation Regulation on investigated parties freedom to contract and to enjoy property», *The Competition Law Review*, 2010, pp. 225 et s.

Par ailleurs, et comme analysé ci-avant, le système mis en place par le Règlement se caractérise par un enchevêtrement des compétences et des pouvoirs entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres dans la mesure où il crée un régime de compétences parallèles, conformément auquel les affaires peuvent être traitées par une seule ou plusieurs autorités de concurrence ou par la Commission. Afin d'assurer une certaine cohérence dans ce système décentralisé, différents mécanismes ont été mis en place.

Tout d'abord, lorsqu'un même accord ou une même pratique est porté devant plusieurs autorités de concurrence, la procédure peut être suspendue afin que l'affaire soit traitée par une seule autorité – la mieux placée. L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision dessaisit toutes les autorités de concurrence nationales. Cela offre à la Commission un rôle de *primus inter pares* dans le réseau des autorités (145). Conformément à l'article 14 du Règlement, la Commission doit consulter un comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes avant de prendre une décision. Ce comité est composé de représentants des autorités de concurrence des États membres.

En outre, la diversité du système est gérée par l'intermédiaire du REC, un mécanisme de nouvelle gouvernance (146), qui assure la cohérence et l'effectivité du système d'application décentralisé au moyen de mécanismes de rapportage et de pression des pairs. En effet, le réseau des autorités de concurrence a été constitué pour pallier les différences dans les procédures et les modalités de travail des autorités de concurrence nationales, en assurant la division efficace du travail et une application homogène des règles de concurrence. Ainsi, les autorités de concurrence des États membres coopèrent au sein du réseau notamment en fournissant des informations concernant des nouveaux cas et décisions, en coordonnant des investigations, en s'entraînant dans les investigations, en échangeant des preuves et autres informations et en discutant de différents problèmes d'intérêt commun. Le réseau bénéficie aussi des mécanismes d'information et coopération pour l'attribution des affaires, ainsi que des mécanismes permettant d'octroyer l'assistance requise par l'un des membres si nécessaire. Le REC dispose également d'un site web (147) où ses membres publient annuellement des

(145) I. MAHER, «Functional and Normative Delegation to Non-Majoritarian Institutions: The Case of the European Competition Network», *Comparative European Politics*, 2009, p. 427.

(146) I. MAHER, «Competition Law Modernization: an Evolutionary Tale?», in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 737.

(147) http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

rapports d'activité et où il publie lui-même plusieurs rapports chaque année, afin d'informer les citoyens de ses activités (148).

Ce fonctionnement du réseau, basé sur l'échange d'informations et l'attribution des affaires à l'autorité la mieux placée peut soulever des soucis concernant les droits des entreprises sous investigation. Notamment, on peut s'interroger si l'échange d'informations entre les autorités assure la protection des données confidentielles, et si le système d'allocation des compétences au sein du réseau est suffisamment transparent. Le Règlement et la communication sur la coopération au sein du REC mentionnent toutefois certaines garanties dans ce sens. Identifions-en les principales.

L'échange d'informations confidentielles au sein de réseau est fait dans des conditions strictes conformément à l'article 12 du Règlement. Ainsi, les informations transmises peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger des sanctions seulement si la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires ou si les informations ont été recueillies d'une manière assurant le même niveau de protection des droits de la défense que celui reconnu par la législation de l'autorité destinataire. De même, le secret professionnel doit être respecté dans l'échange des informations, conformément à l'article 28 du Règlement. Concernant les informations reçues dans le cadre d'une demande de clémence, l'échange se fait, en général, avec le consentement de l'entreprise qui a fourni les données concernées (section 2.3.3 de la communication sur la coopération).

Quant à la répartition des compétences, la communication sur la coopération au sein du réseau mentionne que, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure doit rester en charge de l'affaire. Dans le cas d'une éventuelle réattribution, cela doit s'effectuer dans les deux mois suivant l'initiation d'une procédure (paragraphe 18 de la communication) et les entreprises concernées sont informées le plus vite possible (paragraphe 34 de la communication). Comme mentionné au paragraphe 32, l'autorité la mieux placée est de toute façon une autorité compétente à engager une procédure d'office à l'encontre de l'infraction, et, conformément au paragraphe 33, toutes les autorités fonctionnant au sein du REC appliquent le droit européen de la concurrence et assurent les mêmes garanties procédurales.

L'article 15 du Règlement impose un mécanisme de coopération loyale entre les juridictions nationales et la Commission en leur permettant de

(148) Par exemple, le REC publie sur internet des statistiques, des rapports annuels ou des comptes rendus cinq fois par an permettant la comparaison des performances des diverses autorités de concurrence : <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html#1>.

demander des informations ou des avis sur les cas soumis à leur juridiction au moyen d'une procédure qui a été comparée au renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE (149). En outre, dans le cadre de la coopération prévue au Règlement, les autorités se sont engagées dans des échanges informels concernant la pratique de mise en œuvre du droit de la concurrence, ainsi que des problématiques procédurales et conceptuelles dans le domaine de la politique de concurrence. Les membres du réseau échangent également des informations sur les enquêtes sectorielles qu'ils mènent, même si cela n'est pas requis par le Règlement. Toutes ces activités permettent aux membres du REC de «modeler les lois et les procédures de concurrence» (150) et d'exercer un contrôle sur les différents acteurs sans pour autant solliciter systématiquement la Cour de justice.

Quant aux instances juridictionnelles, l'article 16 du Règlement établit que les juridictions nationales ne peuvent pas, dans un cas qui fait déjà l'objet d'une décision de la Commission, prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Ces instances nationales sont, de surcroît, censées s'abstenir de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. Cette obligation reprend les solutions jurisprudentielles adoptées dans les arrêts *Delimitis* (151) et *Masterfoods* (152).

Les autorités de concurrence et la Commission peuvent également intervenir comme *amici curiae* dans des procédures initiées devant les juridictions nationales. La Commission publie à cette fin sur son site web, dans certains cas, l'avis fourni à la juridiction nationale (153), ainsi que certaines interventions d'*amici curiae* (154). La possibilité de déposer des observations écrites d'office par la Commission a été reconnue récemment par la Cour de justice dans le cas *X BV* (155).

(149) K. WRIGHT, «The European Commission's Own "Preliminary Reference Procedure" in Competition Cases?», *European Law Journal*, vol. 16, n° 6, 2010.

(150) *A Look Inside the ECN: Its Members and its Work*, ECN Brief Special Issue, page 14, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2010/brief_special.pdf.

(151) Arrêt de la Cour du 28 février 1991, *Stergios Delimitis c/ Henninger Bräu AG*, Affaire C-234/89, *Recueil*, p. I-935.

(152) Arrêt du 14 décembre 2000, *Masterfoods Ltd c/ HB Ice Cream Ltd.*, Affaire C-344/98, *Recueil*, p. I-11369.

(153) http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html.

(154) http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html.

(155) Arrêt de la Cour du 11 juin 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst c/ X BV*, Affaire C-429/07, *Recueil*, p. I-04833.

Enfin, l'article 15 du Règlement prévoit que les États membres doivent transmettre à la Commission des copies des jugements rendus concernant l'application des articles 101 et 102 TFUE. Les parties non confidentielles de ces jugements sont publiées sur le site de la Commission (156) afin de constituer une source d'information sur l'activité juridictionnelle dans le domaine de la concurrence sur le marché européen. Malheureusement, la mise en œuvre de cette obligation d'information laisse beaucoup à désirer comme le précise la Commission en 2009 à l'occasion du rapport sur le fonctionnement du Règlement (157).

En bref, la décentralisation de 2003 a ainsi mis en place un système d'échange d'informations (*reporting*) à grande échelle et a également donné une nouvelle dimension à l'implication des pairs dans l'application du droit de la concurrence.

Plus globalement, ce système a donc abouti à privilégier l'*autorégulation* car, en l'absence d'un système de pré-notifications, le rôle et les responsabilités des entreprises dans la mise en œuvre du droit de la concurrence ont augmenté, en leur donnant la possibilité d'analyser leurs propres données et de déterminer si les règles du Traité sont respectées. Il incombe ainsi aux entreprises d'endosser la responsabilité de modifier les accords, décisions et pratiques qu'ils désirent mener afin de les aligner aux standards des articles 101 et 102 TFUE. Ceci ne constitue sans doute pas une révolution dans la mesure où la plupart des accords notifiés à la Commission européenne, certainement dans les premières années, étaient des accords qui ne posaient pas, en principe, de problèmes fondamentaux du point de vue du droit de la concurrence. En effet, ils ne contenaient, dans la majorité des cas, que des restrictions verticales dans des contrats entre les clients et les fournisseurs. Toutefois, ce nouveau système qui évite à la Commission de traiter de ces notifications, lui permet de s'occuper de vrais problèmes posés par les ententes horizontales établies entre des concurrents. Grâce à la décentralisation dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, la Commission a désormais la possibilité d'introduire une approche plus économique dans son analyse des ententes et d'utiliser ses ressources limitées à des fins qui seront plus bénéfiques pour la libre

(156) <http://ec.europa.eu/competition/eojade/antitrust/nationalcourts>.

(157) Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the Functioning of Regulation 1/2003 COM (2009) 206, final, SEC (2009) 574 final, 29 avril 2009, point 270, disponible sur le site <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0574:FIN:EN:PDF>.

concurrence sur le marché européen (158). D'ailleurs, cette volonté d'assurer une analyse économique adéquate lors de la mise en œuvre du droit de la concurrence a abouti à mettre en place, en juin 2005, un groupe de travail afin d'améliorer le partage des connaissances techniques entre les membres du REC et d'assurer une meilleure compréhension des problématiques quantitatives ainsi que des outils d'analyse économique (159).

III. — Conséquences sur la protection juridictionnelle effective

L'évolution du droit de la concurrence européen pose toute une série de questions quant à son adéquation avec certains principes directeurs de l'action communautaire. Ces interrogations portent par exemple sur la tension entre l'usage de plus en plus marqué de *soft law* au regard des principes démocratiques, ou encore sur les demandes récurrentes des entreprises afin d'obtenir des garanties supplémentaires en termes de transparence et d'unité d'application dans la mise en œuvre du nouveau dispositif européen.

Parmi ces différentes interrogations, le degré de protection juridictionnelle effective des entreprises au sein du droit de la concurrence européen nous a paru une question centrale dans la mesure où le droit au juge, dans une « Union de droit » (160), constitue une garantie particulièrement importante. Ce principe de protection juridictionnelle effective est d'ailleurs inscrit dans la Charte des droits Fondamentaux (article 47) et signifie que toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal (161).

(158) I. MAHER, « Competition Law Modernization: an Evolutionary Tale? », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 729.

(159) Les membres du groupe sont principalement des économistes travaillant dans des fonctions de direction au sein de leurs autorités de concurrence respectives, et ils se rencontrent deux fois par an pour discuter certains cas, des questions concernant la politique de concurrence, ou bien la méthodologie de l'analyse économique et constitution des preuves dans ce domaine – *A Look Inside the ECN: Its Members and its Work*, ECN Brief Special Issue, page 24, disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2010/brief_special.pdf.

(160) L. FICCI, « L'État de droit et la jurisprudence communautaire », M. DONY et L. ROSSI (dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, pp. 114 et s.

(161) L'article 19, paragraphe 1^{er}, 2^{ème} aliéna, TUE énonce que « [l]es États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

Afin de traiter ce sujet, nous aborderons deux questions bien concrètes qui nous permettront de jauger le degré de protection juridictionnelle effective en droit européen de la concurrence: le *droit à un procès équitable* pour les victimes des activités anticoncurrentielles mais également pour les entreprises sous investigation (a) et les *possibilités de recours en annulation* ou *d'exceptions d'illégalité* devant la Cour de justice vis-à-vis de la *soft law* dans le domaine antitrust (b).

(a) — LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

La compatibilité des procédures européennes de mise en œuvre du droit de la concurrence avec les droits de l'homme peut toucher soit les victimes des activités anticoncurrentielles soit les entreprises sous investigation.

Concernant les victimes, le droit à une compensation fut confirmé en 2001 par la Cour dans l'arrêt *Courage c. Crehan* (162). Récemment, dans *Donau Chemie* (163), celle-ci a affirmé que les actions en réparation devant des juridictions nationales sont une contribution importante pour maintenir un niveau de concurrence effective sur le marché européen. Par ailleurs, et comme mentionné plus haut, la Commission a fait des efforts importants afin d'assurer une compensation effective pour les victimes des activités anticoncurrentielles, notamment en introduisant des normes concernant les procédures de compensation, ainsi que la possibilité d'introduire des actions collectives. Ces réformes sont très importantes, dans la mesure où les dommages occasionnés sont en général répartis entre un vaste nombre des victimes, tels que des consommateurs ou des PME. Dans ces circonstances, il est en effet quasi impossible d'assurer la réparation sans faire appel à un système de recours collectif.

Concernant les droits des entreprises sous investigation, ce sont clairement les articles 6 de la CEDH et 47 de la Charte des droits fondamentaux qui sont le plus souvent invoqués par les entreprises en relation avec les pouvoirs de la Commission européenne d'imposer des sanctions. En particulier, le caractère pénal de ces dernières est fortement débattu car la Commission n'est pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 CEDH et ne pourrait donc pas imposer des «peines» au sens pénal du terme. De plus, la Commission cumulerait des fonctions incompatibles avec le droit à un procès équitable, telles que la réunion des fonctions d'investigation,

(162) Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001, *Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, Affaire C-453/99, *Recueil*, p. I-06297.

(163) Arrêt de la Cour (première chambre) du 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG et autres*, Affaire C-536/11, non encore publiée.

d'accusation et de jugement. Enfin, on reproche au système de mise en œuvre du droit de la concurrence le fait que les entreprises contre lesquelles une procédure a été engagée ne puissent pas plaider au cours de séances publiques leur cas devant les membres de la Commission qui ont pourtant la compétence de décider des amendes (164).

En tout état de cause, vu la gravité des sanctions, les montants des amendes imposés par la Commission, le traumatisme qu'une telle sanction impose à la réputation des entreprises, mais également au regard du texte même du Règlement, qui autorise la criminalisation des procédures antitrust en droit national (165), force est de reconnaître qu'à tout le moins des garanties procédurales supplémentaires sembleraient être nécessaires afin d'assurer un niveau adéquat de protection juridictionnelle effective.

Face à ces critiques, la Commission a, ces dernières années, fait des efforts pour renforcer la protection des droits de l'homme. Elle a notamment offert plus de possibilités aux parties d'interagir avec les services chargés des investigations, établi de bonnes pratiques concernant les procédures antitrust (166) et renforcé le rôle du conseiller-auditeur en vue de garantir les droits procéduraux (167). De plus, en 2013, dans le souci d'assurer une certaine transparence, la Commission a publié une note d'explication sur la manière dont les inspections doivent être conduites (168).

Sur cette question, la Cour eur. D.H. a récemment décidé dans l'affaire *Menarini* (169) que le système italien de mise en œuvre du droit de la concurrence – fort semblable au système européen – ne posait pas de problèmes du point de vue du droit à un procès équitable. En effet, une autorité administrative du type Commission européenne, qui a des fonctions d'inves-

(164) D. SLATER, S. THOMAS et D. WAELBROECK, «Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?», *European Competition Journal*, 2009, pp. 122-136.

(165) Voir aussi D. SLATER, S. THOMAS et D. WAELBROECK, «Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?», *European Competition Journal*, 2009, pp. 103-121.

(166) Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE (*Journal officiel* n° C 308/06 du 20 octobre 2011).

(167) 2011/695/UE : Décision du président de la Commission européenne du 13 octobre 2011 relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence (*Journal officiel* n° L 275 du 20 octobre 2011).

(168) Disponible sur le site http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf.

(169) Cour eur. D.H., Affaire n° 43509/08, *A Menarini Diagnostics SRL c/ Italie*, jugement du 27 septembre 2011.

tigation ainsi que le pouvoir de prendre des décisions, peut, sans entraver l'article 6 CEDH, imposer des amendes pour des activités contraires au droit de la concurrence, pourvu que ses décisions soient soumises au contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction (170).

Le contrôle juridictionnel ultérieur (et son étendue) apparaît donc comme extrêmement important puisqu'il détermine si les garanties de l'article 6 de la CEDH ont été respectées. Or, au niveau de l'UE, le contrôle exercé par la Cour de justice peut paraître insuffisant pour garantir le droit à un recours effectif, car le juge européen analyse principalement le respect des procédures, en laissant à la discrétion de la Commission la pondération des éléments de fait qui implique souvent des appréciations économiques complexes (171). Cette opinion n'est toutefois pas partagée par la Cour de justice qui a décidé, à plusieurs reprises (172), que le système actuel de mise en œuvre du droit de la concurrence est conforme aux droits de l'homme (173). Au vu de ces jurisprudences, certains auteurs considèrent qu'il serait toutefois souhaitable de limiter la marge discrétionnaire des autorités de concurrence quand elles imposent des «peines». Dans de tels cas de figure, ces autorités devraient s'effacer au profit d'instances judiciaires (174). Une telle solution pose toutefois toute une série de problèmes pratiques au vu de la nature décentralisée du droit de la concurrence en Europe, et des différents niveaux de spécialisation des juridictions des États membres (175) mais elle permettrait de répondre plus clairement aux exigences de l'article 6 CEDH.

Un autre cas récent, l'affaire *Otis*, met en lumière certaines contradictions existantes et confirme les critiques formulées par certains auteurs.

(170) Pour une analyse critique de cet arrêt, voir T. BOMBOIS, «L'arrêt *Menarini c. Italie* de la Cour européenne des droits de l'homme. Droit *antitrust*, champ pénal et contrôle de pleine juridiction», ces *Cahiers*, 2011, pp. 544-589.

(171) D. SLATER, S. THOMAS et D. WAELBROECK, «Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?», *European Competition Journal*, 2009, pp. 136-139.

(172) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 8 décembre 2011, *KME Germany AG, KME France SAS et KME Italy SpA c/ Commission européenne*, Affaire C-272/09, non encore publiée; Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 8 décembre 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission européenne*, Affaire C-386/10 P, non encore publiée.

(173) Et ce également dans le contexte de l'AELE – Cour AELE, Affaire E-15/10, *Posten Norge c/ ESA*, jugement de 18 avril 2012.

(174) M. BRONCKERS et A. VALLERY, «Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for Authorities and Which Role for the Courts after *Menarini*?», *European Competition Journal*, 2009, pp. 294-296.

(175) *Ibid.*, p. 297.

Dans celle-ci, le requérant en dommages et intérêts suite à un cartel est de nature particulière puisqu'il s'agit de la Commission. En effet, celle-ci, après avoir sanctionné certaines entreprises pour un cartel dans le domaine de la manufacture des ascenseurs et des escalateurs, a introduit une action en réparation contre les mêmes entreprises devant une juridiction nationale belge. En effet, certains ascenseurs des bâtiments de la Commission ont été achetés au cours de la période durant laquelle le cartel était opérationnel. Suite au recours préjudiciel formulé par le juge belge (176), la Cour de justice de l'Union a confirmé la capacité procédurale de la Commission comme victime d'activités anticoncurrentielles et a souligné l'importance des actions en dommages et intérêts intentées devant des juridictions nationales à l'encontre des responsables de cartels. Cette affaire illustre clairement que la mise en balance des intérêts publics et privés peut s'avérer problématique et que la Commission doit être particulièrement attentive aux conflits d'intérêts qui la guettent (177).

En fait, nous sommes d'avis que l'application des droits de l'homme au droit de la concurrence doit se faire d'une manière proportionnelle, et assurer un juste équilibre entre la nécessité de protéger les intérêts privés des entreprises qui doivent avoir la possibilité de se défendre contre les accusations de la Commission et la nécessité de sanctionner les comportements illégaux (178). Cette question a été le sujet des arrêts touchant aux droits des victimes d'être indemnisées, tels que *Pfleiderer* et *Donau Chemie* précités, et concernant en particulier le droit des victimes de demander l'accès aux documents issus de la procédure de clémence. D'une part, cet accès doit être limité pour assurer l'efficacité des programmes de clémence. En effet, les entreprises ne seraient pas stimulées à révéler des cartels si elles savaient que les informations fournies aux autorités pourraient ultérieurement être utilisées contre elles dans d'éventuelles actions en dommages et intérêts intentées par les victimes. D'autre part, il sera très difficile d'assurer une compensation efficace des victimes si ces dernières n'ont pas accès à des informations qui leurs seraient utiles devant les juridictions. Dans les deux affaires mentionnées, la Cour de justice a considéré qu'il revenait aux juridictions nationales d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence dans le cas soumis à leur appréciation.

(176) Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis NV et autres*, Affaire C-199/11, non encore publiée.

(177) Voir le commentaire de R. PATEL et P. STUART, «Now the Commission Wants Compensation Too... The Commission as Private Damages Claimant and Its Implications», *CPI Antitrust Chronicle*, July 2013, pp. 1 et s.

(178) R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 249.

Si la mise en balance entre les intérêts publics et privés est problématique pour le respect du droit au procès équitable, la protection juridique des individus est aussi menacée par l'utilisation extensive de la *soft law*. La prochaine section discute de cet aspect.

(b) — LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA *SOFT LAW*

Pour que le principe de protection juridictionnelle effective ne constitue pas un principe sans substance, il est nécessaire de lui donner vie au travers d'un certain nombre de procédures concrètes. Le recours en annulation et l'exception d'illégalité constituent manifestement le cœur du principe. En effet, ces actions sont essentielles dans la mesure où elles permettent de retirer de l'ordre juridique des normes illégales et/ou d'en supprimer les effets. Elles servent également de base utile, mais pas toujours suffisante, au recours en indemnité. En outre, elles constituent des armes importantes et puissantes à disposition du citoyen afin de contester les abus ou détournements de pouvoir dont il serait victime. Enfin, le recours en annulation est, dans certains cas, une étape nécessaire à l'utilisation d'autres voies de droit (179).

Les évolutions successives des conditions d'accès au prétoire luxembourgeois par les requérants non-privilegiés constituent manifestement une question fort débattue dans la littérature juridique, sur laquelle nous ne

(179) Pour preuve, dans un arrêt *TWD*, prononcé le 9 mars 1994, la Cour a jugé que les exigences de sécurité juridique, qui justifient la forclusion en cas de dépassement d'un délai de recours, conduisent à exclure la possibilité pour le bénéficiaire d'une aide jugée incompatible avec le marché intérieur par une décision de la Commission de remettre en cause la légalité de cet acte à défaut d'avoir introduit un recours en annulation dans le délai de deux mois prévu par le Traité (Arrêt du 9 mars 1994, *TWD*, Affaire C-188/92, *Recueil*, p. I-00833, point 17). Décider autrement reviendrait, selon la Cour, à reconnaître à l'intéressé « la faculté de contourner le caractère définitif que revêt à son égard la décision après l'expiration des délais de recours » (point 18). Par la suite, la Cour a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence à plusieurs reprises (Voir les arrêts de la Cour du 12 décembre 1996, *Accrington Beef e.a.*, Affaire C-241/95, *Recueil*, p. I-6699, point 15; du 30 janvier 1997, *Wiljo/Belgische Staat* (C-178/95, *Recueil* 1997, p. I-00585, points 20-21); du 14 septembre 1999, *Commission/AssiDomän*, Affaire C-310/97, *Recueil*, p. I-05363, point 61; du 20 septembre 2001, *Banks*, Affaire C-390/98, *Recueil*, p. I-6147, point 111; du 22 octobre 2002, *National Farmers' Union/Secrétariat général du gouvernement*, Affaire C-241/01, *Recueil*, I-9108, point 35. Dans un arrêt *Nachi* du 15 février 2001, la Cour l'a même étendu à certains actes à portée générale, considérant qu'une entreprise ne pouvait, à l'occasion d'un litige devant une juridiction nationale, remettre en cause à titre incident la validité d'un règlement fixant des droits antidumping dès lors qu'elle « aurait pu sans aucun doute en demander l'annulation en vertu de l'article 230 CE » (Arrêt du 15 février 2001, *Nachi Europe*, Affaire C-239/99, *Recueil*, p. I-1197, points 37 et 38).

reviendrons pas dans cette contribution (180). Toutefois, nous désirons nous pencher sur les possibilités de recours en annulation ou d'exceptions d'illégalité vis-à-vis de la *soft law* dans le domaine du droit de la concurrence (181).

Les instruments de *soft law* ne sont pas mentionnés expressément dans les articles 263 et 277 TFUE, et, pour pouvoir être contestés en justice, ils doivent remplir les conditions mentionnées dans la jurisprudence développant lesdits articles du Traité, notamment la condition liée à la production des «effets de droit obligatoires». Celle-ci doit se comprendre de la manière suivante : la Cour de justice n'ouvre son prétoire que pour les instruments, qu'elle qu'en soit la forme (182), ayant des effets juridiques contraignants (183). La Cour considère (184) en effet que seuls les recours contre «les actes ayant des effets juridiques obligatoires, de nature à modifier sensiblement la situation juridique du requérant, c'est-à-dire produisant des effets à l'égard des tiers» sont recevables (185).

La question de la recevabilité des recours en annulation de la *soft law* en droit de la concurrence s'est donc naturellement posée à de multiples reprises.

(180) Voir sur cette question J. VAN MEERBEECK et A. VAN WAEYENBERGE, «Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du Dédale européen», *Les innovations du Traité de Lisbonne – Incidences pour le praticien*, N. DE SADELEER, H. DUMONT et P. JADOU (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 165 à 204 et A. CREUS, «Commentaire des décisions du Tribunal dans les affaires T-18/10 *Inuit* et T-262/10 *Microban*», ces *Cahiers*, pp. 659-678.

(181) Pour un exercice similaire dans le domaine environnemental voir J. SCOTT, «In Legal Limbo : Post-legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law», *C.M.L.R.*, 2011, pp. 329 et s.

(182) En effet, aussi bien des communications de la Commission (arrêt de la Cour du 16 juin 1993, *France/Commission*, Affaire C-325/91, *Recueil*, p. I-3283), que des «mesures internes» (arrêt de la Cour du 9 octobre 1990, *France/Commission*, Affaire C-366/88, *Recueil*, p. I-3571) ou des «Codes de conduites» (arrêt de la Cour du 13 novembre 1991, *France/Commission*, Affaire C-303/90, *Recueil*, p. I-5315) ont été jugés recevables.

(183) S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 342.

(184) Arrêt du 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, dit «AETR» (22/70, *Recueil*, 263, points 38 et s.).

(185) D. SIMON., *op. cit.*, p. 518 et A. VAN WAEYENBERGE et P. PECHO, «L'arrêt *Unibet* et le Traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective», ces *Cahiers*, 2008/1-2, pp. 123 à 156 – voir également arrêt de la Cour du 20 mars 1997, *France v. Commission*, Affaire C-57/95, *Recueil*, p. I-1627, point 7, où la Cour a considéré qu'une communication de la Commission dans le domaine des pensions était susceptible de contrôle, ainsi que «toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit».

Dans l'arrêt *France c. Commission*, tant l'avocat général Tesauro que la Cour ont considéré que les communications de la Commission peuvent être contestées si elles sont capables de produire des effets juridiques (186). Dans le cas d'espèce, l'avocat général a interprété le texte de la communication aux entreprises publiques dans le secteur manufacturier comme ayant une force juridique contraignante, et la Cour a admis le recours en annulation (187). La communication imposait de nouvelles obligations juridiques et était, en fait, du *hard law* «déguisé en *soft law*» (188).

Une étude plus complète de la recevabilité des arguments contestant la légalité des instruments de *soft law* a été faite par l'avocat général Tizzano dans l'affaire *Dansk Rørindustri* (189). Dans ses conclusions, l'avocat général établit tout d'abord que les lignes directrices constituent des actes de portée générale, établissant les principes et les règles que la Commission s'est engagée à suivre dans le calcul des amendes. En outre, il admet clairement que même si les lignes directrices sont dépourvues de force contraignante, elles sont capables de produire des effets juridiques. Enfin, il observe qu'en l'espèce la Commission a appliqué les lignes directrices dans la décision contestée. Tenant compte de ces arguments, l'avocat général conclu à l'existence d'un lien juridique entre les lignes directrices et la décision de la Commission et, par conséquent, admet que les lignes directrices puissent faire l'objet d'une exception d'illégalité telle que prévue à l'article 277 TFUE. Ce même raisonnement fut tenu par la Cour dans son arrêt, selon lequel : «[e]u égard aux effets juridiques que peuvent produire des règles de conduite telles que les lignes directrices et dès lors que celles-ci comportent des dispositions de portée générale dont il est constant qu'elles ont été appliquées par la Commission dans la décision litigieuse, ainsi qu'il a été relevé aux points 209 à 214 du présent arrêt, force est de constater, en effet, qu'un lien direct existe entre cette décision et les lignes directrices» (190).

(186) Conclusions de l'avocat général Tesauro présentées le 16 décembre 1992 dans l'Affaire C-325/91, *République française c/ Commission des Communautés européennes*, *Recueil*, p. I-03283, point 5; Arrêt du 16 juin 1993, *France c/ Commission*, Affaire C-325/91, *Recueil*, p. I-3283, point 9.

(187) Arrêt du 16 juin 1993, *France c/ Commission*, Affaire C-325/91, *Recueil*, p. I-3283, point 23.

(188) L. SENDEN, *Soft Law in EC Law*, *op. cit.*, p. 266.

(189) Conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 8 juillet 2004 dans l'Affaires jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission des Communautés européennes*, *Recueil*, p. I-05425, points 54-64.

(190) Arrêt de la Cour (grande chambre) du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Recueil*, p. I-05425, point 237.

À l'instar des conclusions de l'avocat général, la Cour admet que les lignes directrices puissent être contestées par le requérant (191).

Dans l'affaire *A/S* (192), les requérants attaquaient une décision de la Commission imposant des amendes et invoquaient, conformément à l'article 277 TFUE, l'illégalité des lignes directrices desquelles la décision s'était inspirée. Afin de décider si l'exception d'illégalité était admissible, le Tribunal a vérifié, conformément à sa jurisprudence, l'existence d'un lien juridique entre la décision contestée et les lignes directrices. Or, contrairement au cas *France c. Commission* mentionné ci-dessus, l'arrêt *A/S* ne mentionne pas que les lignes directrices doivent produire des effets juridiques pour pouvoir faire l'objet d'une exception d'illégalité mais aborde la question à travers la sécurité juridique. À cet égard, le Tribunal relève que les lignes directrices «déterminent, de manière générale et abstraite, la méthodologie que la Commission s'est imposée aux fins de la détermination du montant des amendes infligées par la décision et assurent, par conséquent, la sécurité juridique des entreprises» (193). La légalité des lignes directrices concernant les amendes a été ainsi confirmée.

L'appréciation, par la Cour, des «effets juridiques obligatoires» semble donc à géométrie variable : parfois ignorée au profit de leur adéquation au principe de sécurité juridique, parfois reconnue seulement à l'encontre de la Commission européenne (comme dans l'affaire *Dansk*), ou seulement si l'instrument de *soft law* ajoute des obligations supplémentaires non inscrites dans le *hard law* (comme dans l'affaire *France c. Commission*) (194). Or, un cadre d'analyse clair concernant les effets juridiques obligatoires nous paraît essentiel afin d'offrir un niveau suffisant de protection juridictionnelle effective sur le plan européen mais également sur le plan national.

En effet, la question des effets juridiques obligatoires de la *soft law* et, en conséquence de sa justiciabilité, se pose avec d'autant plus d'importance, au vu de ses conséquences sur le plan national pour les entreprises

(191) *Ibid.*, points 236 et 237.

(192) Arrêt du Tribunal du 20 mars 2002, LR AF 1998 A/S, anciennement *Løgstør Rør A/S c/ Commission des Communautés européennes*, Affaire T-23/99, *Recueil*, p. II-01705 ; Arrêt du 20 mars 2002, *HFB e.a. / Commission*, Affaire T-9/99, *Recueil*, p. II-148.

(193) Arrêt du Tribunal du 20 mars 2002, LR AF 1998 A/S, anciennement *Løgstør Rør A/S c/ Commission des Communautés européennes*, Affaire T-23/99, *Recueil*, p. II-01705, point 274 ; Arrêt du 20 mars 2002, *HFB e.a. / Commission*, Affaire T-9/99, *Recueil*, p. II-148.

(194) Notons à cet égard qu'il est parfois difficile de cerner si les lignes directrices ou les communications de la Commission introduisent des obligations supplémentaires pas mentionnées dans des instruments de *hard law*.

et les autorités. À cet égard, l'affaire *Polska Telefonia Cyfrowa (PTC)* (195) concerne l'application de lignes directrices sur les marchés des communications électroniques (196). Les lignes directrices étaient publiées au *Journal officiel*, mais elles n'étaient pas disponibles dans toutes les langues officielles de l'Union européenne, notamment le polonais. Ce défaut de traduction n'avait pas empêché l'office des communications électroniques polonais de s'appuyer sur le texte desdites lignes directrices pour conclure qu'une entreprise, PTC, détenait une puissance significative sur le marché des services de terminaison d'appel vocal et pour lui imposer certaines obligations réglementaires. Confronté à une contestation de la part de PTC de la décision de l'office, le juge national a demandé à la Cour de justice de déterminer si des lignes directrices pouvaient être opposées aux particuliers même si elles n'étaient pas publiées au *Journal officiel* en polonais, langue officielle de l'Union européenne et de la procédure concernée (197). La Cour a rappelé en premier lieu que les obligations inscrites dans des normes adoptées par les autorités publiques peuvent être opposées aux particuliers uniquement lorsque ces derniers ont eu la possibilité de s'y familiariser. Ceci est, selon la Cour, le cas des normes imposant des obligations, tels que les règlements ou des directives (198). En deuxième lieu, la Cour a indiqué que les lignes directrices sur les marchés de communications électroniques suivaient un régime différent, en ce qu'elles sont des règles non contraignantes, publiées pour cette raison dans la série «C» du *Journal officiel*, et qu'elles ne contiennent aucune obligation susceptible d'être imposées directement à des particuliers. Toutefois, l'arrêt laisse sous entendre que rien n'empêche les autorités nationales de s'appuyer sur ces documents lors du traitement de leurs dossiers. Par conséquent, les lignes directrices pourraient être opposées aux particuliers indirectement même si dans le cas d'espèce elles n'étaient pas traduites en polonais (199). L'arrêt *PTC* promeut donc la cohérence dans le système de la mise en œuvre décentralisée du droit

(195) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 12 mai 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa*, Affaire C-410/09, *Recueil*, I-03853.

(196) Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.* n° C 165 du 11 juillet 2002, pp. 6-31.

(197) Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 12 mai 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa*, Affaire C-410/09, *Recueil*, I-03853, point 21.

(198) *Ibid.*, points 24-27.

(199) Voir aussi O. STEFAN, «European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide between Legally Binding Force and Legal Effects», *The Modern Law Review*, 2012, vol. 75, n° 5, pp. 879-893.

de la concurrence, en encourageant les autorités nationales à appliquer la *soft law* de la Commission européenne même si celle-ci n'est pas publiée dans toutes les langues officielles. Force est de constater que, même si elles n'engendrent pas d'obligations juridiques dans le chef des particuliers, les lignes directrices sur les marchés électroniques affectent clairement la situation juridique de l'opérateur de télécommunications PTC : elles ont été utilisées par l'autorité nationale dans sa décision de lui imposer des obligations réglementaires. Toutefois, ces conséquences ne sont pas reconnues par la Cour de justice et n'ont donc pas de portée juridique. Il s'ensuit que, dans un cas similaire, les particuliers n'ont aucun moyen de contester la légalité des instruments juridiques que les autorités nationales peuvent utiliser quand elles imposent des sanctions.

Dans le même sens, et comme illustré par l'affaire *France c. Commission* précitée, la Cour de justice reconnaît les effets contraignants des instruments de *soft law* qui interprètent des normes de *hard law* d'une manière extensive, en créant de nouvelles obligations non prévues dans le Traité. Dans ces situations, la *soft law* est généralement considérée *ultra vires* et est annulée par les juridictions de Luxembourg. Toutefois, l'on s'interroge sur la clarté des critères employés pour déterminer si la *soft law* introduit de nouvelles obligations allant au-delà de ce qui est écrit dans des instruments traditionnels. Comme le note J. Scott, dans le cas des directives ou règlements cadres, il est souvent impossible de déterminer les frontières des obligations qui y sont inscrites (200). De même, si la *soft law* ne semble pas introduire des nouvelles obligations légales, elle peut promouvoir une interprétation très radicale d'une obligation mentionnée dans un règlement ou une directive, et par conséquent, elle peut avoir des conséquences importantes sur les droits et les obligations des particuliers ou des États membres. Aussi, l'on peut envisager qu'en absence de la *soft law*, les autorités européennes ou nationales pourraient interpréter l'obligation spécifique mentionnée dans l'instrument de *hard law* d'une façon plus indulgente ou, au contraire, plus sévère. Il apparaît donc difficile à déterminer si cela ajoute formellement des nouvelles obligations aux Traités, aux règlements ou aux directives mais en tout cas cela affecte manifestement la situation de l'entreprise. Dans sa forme actuelle, l'appréciation de la Cour de justice quant aux effets juridiques de la *soft law* et aux conditions requises pour qu'un contrôle juridictionnel de celle-ci puissent avoir lieu apparaissent donc flous et basés sur une approche au casuistique.

(200) J. SCOTT, «In Legal Limbo: Post-legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law», *C.M.L. Rev.*, 2011, pp. 329 et s.

Plus globalement, ce qui semble problématique avec le critère des « effets juridiques *obligatoires* » est d'ordre ontologique. En effet, la caractéristique essentielle de la *soft law* est de ne pas produire d'effets juridiques contraignants mais d'inciter à adopter un comportement ou d'explicitier l'attitude qui sera normalement suivie dans la mise en œuvre. Dès lors, ce critère aboutit, dans la majorité des cas, au vu de la grande difficulté de prouver que l'acte contient de nouvelles obligations ou est décisionnel, à une déclaration d'irrecevabilité des demandes de contestation de légalité de la *soft law* (201), soit au motif qu'elle n'a pas d'effets juridiques obligatoires, soit au motif qu'il s'agit d'actes préparatoires et donc inattaquables (202). Or, nous avons démontré dans cette contribution l'importance de la *soft law* et de ses effets dans la pratique des entreprises. En conclusion, au regard de l'importance occupée par la *soft law* en droit européen de la concurrence, le critère des « effets juridiques obligatoires » ne semble pas adéquat pour offrir une réelle protection juridictionnelle effective.

Conclusion

Pour le chercheur pragmatique, l'intérêt d'un objet, d'une norme, d'un dispositif se mesure souvent moins à la qualité de son « pedigree » qu'à l'importance des effets de régulation qu'il produit. Le droit de la concurrence européen offre à cet égard un champ particulièrement intéressant. En effet, cette approche a permis de mettre en avant un certain nombre d'évolutions récentes dans le domaine du droit de la concurrence qui ont révélé une *diversité* accrue au niveau des règles spécifiques, compétences et pratiques des autorités de concurrence (203). C'est la raison pour laquelle nous avons défendu la « thèse de l'hybridité » qui prend acte de cette réalité et qui a pour ambition d'analyser leurs interactions.

Cette nouvelle configuration du droit de la concurrence européen ne répond plus que partiellement aux exigences ordolibérales qui promeuvent

(201) S. LEFEVRE, *op. cit.*, p. 342.

(202) F. MARIATT, D. RITLENG et D. SIMON, *Contentieux de l'Union européenne / 1*, Paris, Kluwer, 2011, pp. 86 et s.

(203) Comme l'analyse d'I. Maher le démontre, la diversité dans la mise en œuvre du droit de la concurrence a été augmentée parce que le droit de la concurrence a ses racines dans la théorie économique. En effet, vu que les différents modèles économiques adoptés par les autorités nationales ou par la Cour de justice ne sont pas forcément identiques, ils peuvent générer des résultats différents dans des cas similaires. I. MAHER, « Functional and Normative Delegation to Non-Majoritarian Institutions: The Case of the European Competition Network », *Comparative European Politics*, 2009, pp. 414 et s.

la création de quelques règles, de nature constitutionnelle, garantissant la liberté économique et d'une instance indépendante juridictionnelle ou quasi juridictionnelle pour en assurer le respect. En effet, cette étude a montré combien le rôle de la Commission en qualité d'arbitre s'est érodé au profit de celui de coordinateur diligent. Plus que jamais, la Commission est présente tout au long du processus d'élaboration, de mise en œuvre et de contrôle du droit de la concurrence. Cela lui permet de mener plus aisément une véritable politique en la matière mais sa qualité d'instance devant garantir les règles du jeu s'en trouve malmenée. Ce nouveau rôle l'oblige d'ailleurs à produire de nombreux documents explicatifs et techniques (*soft law*) afin de donner du sens à son action et assurer un minimum de cohérence et de prévisibilité dans un système de plus en plus diversifié et décentralisé.

Cette utilisation abondante de la *soft law* demeure toutefois un phénomène inquiétant car ces documents, en constante augmentation, sont considérés trop souvent comme purement techniques, échappant ainsi à certains contrôles politique ou judiciaire. Or ils constituent une partie importante des normes que doivent suivre les entreprises et ils produisent de nombreux effets réglementaires. Cette évolution et le flou relatif entourant certains arrêts de la Cour de justice concernant la justiciabilité de la *soft law* font que la protection juridictionnelle, bien que consacrée par la Charte des droits fondamentaux, voit son effectivité diminuée. Il est donc temps de faire entrer plus clairement ce type de norme dans le radar de la Cour de justice afin de permettre aux parties prenantes de les contester plus aisément.

Plus globalement, au niveau de la méthode communautaire, l'on constate une transformation à au moins trois niveaux. On assiste tout d'abord à un éclatement des *acteurs* qui coexistent désormais à travers de réseaux aux formes et pouvoirs qui ne sont pas encore complètement encadrés ni totalement délimités. Notamment, le REC, véritable colonne vertébrale du système d'application décentralisé, n'a pas de personnalité juridique et ses règles de fonctionnement sont peu nombreuses et pas toujours limpides. La transformation de l'action publique européenne réside également dans l'utilisation abondante de nouveaux *instruments* d'action publique – plus incitatifs que contraignants – qui impliquent systématiquement une collaboration entre les acteurs. La collaboration et l'échange d'informations entre la Commission et les autorités nationales sont désormais essentiels pour la création d'une culture et d'un discours commun en matière économique ainsi que juridique. Enfin, les modes de *contrôle* et de *sanction* à l'encontre des entreprises restent à caractère répressif mais sont désormais largement décentralisés alors que le Règlement a instauré des mécanismes de rapportage reposant sur des sanctions du type « contraintes par l'image » au sein du REC.

À l'avenir, et bien que des efforts aient été entrepris par les institutions en vue d'améliorer la situation, le principal défi de l'Union européenne sera d'offrir plus de transparence dans les mécanismes de gouvernance de cette politique publique et d'assurer aux entreprises un meilleur accès au juge.