

Le règlement n° 1/2003 permet-il une application cohérente et uniforme des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE?



Peter Goldschmidt et Jakob Thomsen*

*Maître de conférences et responsable du développement, EIPA /
historien de formation et titulaire d'un MA en droit européen*



Summary

En décembre 2002, le Conseil a adopté le nouveau règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité CE. Ce règlement, dont les dispositions seront applicables à partir du 1^{er} mai 2004, prévoit trois changements fondamentaux par rapport au régime de notification et d'autorisation en matière d'ententes, instauré par le règlement n° 17/62:

1° Le passage d'un régime d'exemption à un régime dit "d'exception légale", selon lequel tout accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, qui satisfait aux conditions du paragraphe 3 de cet article, est à considérer comme valide *ab initio*.

2° La suppression de la compétence exclusive de la Commission dans l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité et l'attribution aux autorités de concurrence et aux juridictions nationales du pouvoir d'appliquer non seulement l'article 81, paragraphe 1, et l'article 82, mais aussi l'article 81, paragraphe 3, du traité CE. 3° Enfin, l'obligation pour les entreprises d'effectuer elles-mêmes une appréciation de la compatibilité de leurs ententes avec le droit communautaire, étant entendu que cette "autoévaluation" pourra être soumise à un contrôle *ex post* par la Commission ou par les autorités de concurrence des Etats membres, le cas échéant, avec le concours des juridictions nationales.

Toutefois, appliquer les règles de concurrence communautaires de manière uniforme et cohérente ne sera pas une tâche aisée au sein d'un système de compétences parallèles. En effet, l'analyse ci-après a permis d'identifier trois problèmes majeurs dont le nouveau règlement ne semble pas tenir suffisamment compte:

- Il n'établit pas de règles claires et objectives pour ce qui concerne la répartition des affaires entre la Commission et les autorités de concurrence nationales, comportant ainsi le risque que les autorités de concurrence de plusieurs Etats membres soient saisies ou se saisissent de la même affaire sur la base de critères différents.
- Pour les entreprises, l'absence de règles de procédures communes et de sanctions harmonisées constitue une source d'insécurité juridique et de *forum shopping*.
- Le règlement impose aux juridictions nationales de nouvelles tâches d'appréciation dans le cadre de l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité que même la Cour de Justice n'a pas considérées comme relevant de sa compétence.

À la fin de l'article est indiquée une série de propositions de mesures d'accompagnement susceptibles de remédier aux problèmes susmentionnés.

1. Introduction

Lors de sa session du 16. décembre dernier, le Conseil a adopté un règlement visant à introduire un nouveau système de mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.¹ Les dispositions du règlement, destiné à remplacer l'actuel règlement n° 17/62,² seront applicables à partir du 1^{er} mai 2004.

Le règlement, qui modifie de manière radicale les conditions de mise en œuvre de la politique de la concurrence, prévoit, en effet, la suppression de la compétence exclusive de la Commission dans l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité et de l'actuel système de notification retenu par le règlement n° 17. De ce fait, les autorités de concurrence des États membres et les juridictions nationales pourront également appliquer, à l'avenir, la disposition d'exception à l'interdiction des accords³ restrictifs de concurrence contenue dans l'article 81, paragraphe 3.

Dans cet article, nous nous proposons d'examiner si, et si oui, dans quelle mesure le régime instauré par le règlement n° 1/2003 permettra, d'une part, d'assurer l'application cohérente et uniforme des règles de con-

currency et, d'autre part, d'éviter aux entreprises agissant de bonne foi de voir leurs accords faire l'objet de recours répétitifs et/ou d'un traitement différent selon les autorités ou juridictions nationales qui interviennent.

2. Le régime existant

Il est à rappeler que le corollaire du régime d'autorisation retenu par le règlement n° 17/62 est bien son système de notification préalable, permettant aux entreprises souhaitant obtenir une attestation négative (au regard de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82) ou bénéficier d'une exemption conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité CE de notifier leurs accords à la Commission. La notification n'est pas une formalité imposée aux entreprises;⁴ or, pour permettre aux intéressés d'invoquer les dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité, les accords visés à l'article 81, paragraphe 1, doivent être notifiés à la Commission.⁵

Pour les entreprises de bonne foi, le régime de notification a, jusqu'à présent, comporté deux avantages importants: D'une part, elles ont pu se fier à ce que leurs accords soient examinés et traités au regard du droit

communautaire par une seule instance (le principe du "one-stop-shop"); d'autre part, le régime de notification leur a garanti une prévisibilité juridique et, de ce fait, une sécurité juridique considérable.

Certes, les critiques du régime de notification préalable ont fait observer que le nombre de décisions formelles d'exemptions de la Commission, qui peuvent être invoquées devant les tribunaux nationaux, ou relatives à une demande d'attestation négative,⁶ est plutôt limité. Ceci est surtout dû au grand nombre d'accords notifiés tous les ans à la Commission. En effet, pour lui permettre d'accélérer le traitement des nombreuses demandes d'attestation négative et/ou d'exemption dont elle est saisie, la Commission a depuis les années 1970 eu recours à un autre type d'instrument, dont l'utilisation n'est pas prévue par le règlement n° 17, à savoir les lettres administratives de classement.

Ainsi, la Commission peut informer les entreprises concernées par une lettre de classement qu'en fonction des éléments dont elle a connaissance, l'entente notifiée ne tombe pas sous le coup de l'interdiction visée à l'article 81, paragraphe 1, (lettre type attestation négative) ou bien qu'elle réunit les conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (lettre type exemption). Pour la Commission, les lettres de classement ont l'avantage de lui permettre d'accélérer le traitement des demandes d'autorisation qui lui sont soumises à l'examen par les entreprises. Or, pour ces dernières, les lettres administratives présentent, en revanche, l'inconvénient de ne pas lier les juridictions nationales en cas de litige.

C'est ainsi que la Cour de Justice a précisé leur valeur juridique dans une série d'arrêts du 10 juillet 1980. Elles ne constituent ni des décisions d'attestation négative ni des décisions d'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité et n'ont par pour effet d'empêcher les juridictions nationales devant lesquelles l'incompatibilité des accords en cause avec l'article 81 du traité est invoquée, de porter, en fonction des éléments dont elles disposent, une appréciation différente sur les accords concernés. Or, si les lettres administratives ne lient pas les juridictions nationales, l'opinion communiquée par la Commission dans ces lettres constitue néanmoins un élément de fait que les juridictions peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords en cause avec les dispositions de l'article 81 du traité.⁷

À première vue, il pourrait donc paraître moins rassurant pour les entreprises que plus de 90 % des cas de notification sont actuellement clôturés de cette manière informelle (par lettre administrative ou classement simple).⁸ Il semble cependant que les acteurs économiques ont pu s'accommoder de cette pratique qui, malgré ses défauts, leur a assuré une certaine prévisibilité juridique.

La question qui se pose maintenant est celle de

savoir si le régime mis en place par le règlement n° 1/2003 assurera aux entreprises autant de prévisibilité juridique que celui instauré par le règlement n° 17/62.

3. Le règlement n° 1/2003 – Les principes généraux

Aux termes des premiers considérants du règlement n° 1/2003, le régime de notification et d'exemption instauré par le règlement n° 17/62 n'est plus en mesure de satisfaire aux conditions prévues à l'article 83, paragraphe 2, point b), du traité CE selon lequel la Communauté doit tenir compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace, et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif.

Cette référence au double objectif prévu à l'article 83, paragraphe 2, point b), du traité reflète avant tout le souci de la Commission de se libérer de la charge de travail qu'entraîne l'examen du grand nombre de notifications (environ 500) dont elle est saisie par an (et dont la plupart sont innocentes et ne posent aucun problème de concurrence) pour pouvoir en revanche recentrer son activité sur la lutte contre les restrictions les plus graves – et cela par le biais d'une application décentralisée des règles de concurrence communautaires.

Dès lors, le régime d'exemption existant sera remplacé par un système dit "d'exception légale", selon lequel les accords qui satisfont aux conditions de l'article 81, paragraphe 3, seront à considérer comme valides *ab initio*. Il ne sera

Le régime d'exemptions existant sera remplacé par un système dit "d'exception légale" comportant la possibilité d'un contrôle *ex post*.

donc plus nécessaire de notifier les accords à la Commission afin que celle-ci puisse procéder à un contrôle *ex ante* de leur validité. En revanche, les entreprises devront elles-mêmes effectuer une appréciation de la compatibilité de leurs ententes avec le droit communautaire. Toutefois, il appartiendra à la Commission, dont les pouvoirs d'enquêtes viennent d'être renforcés considérablement par le nouveau règlement, et aux autorités de concurrence nationales de veiller à la bonne application du traité au sein d'un réseau de coopération, le cas échéant, avec le concours des juridictions nationales. L'auto-évaluation effectuée par les entreprises est donc soumise à un contrôle *ex post* en cas de besoin.⁹

En outre, le nouveau règlement prévoit la mise à jour, du cadre procédural applicable pour la mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité CE par le biais de la codification d'une série de pratiques et de règles qui au fil des ans se sont ajoutées à la réglementation initialement établie par le règlement n° 17/62 et qui, par ailleurs, s'inspirent amplement de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance. Il s'agit notamment des dispositions du règlement n° 1/2003 relatives aux mesures provisoires, les dispositions en matière de prescription et d'accès au dossier¹⁰ ainsi que celles concernant les droits des entreprises dans le cadre de l'exercice par la Commission de ses pouvoirs d'enquête.¹¹

Toutefois, compte tenu du but de cet article, nous examinerons ci-après principalement les dispositions du règlement n° 1/2003 qui concernent les compétences des autorités de concurrence et des juridictions nationales ainsi que la répartition de compétences entre ces dernières et la Commission.

4. Dispositions visant à assurer une application uniforme des règles de la concurrence

Le règlement n° 1/2003 met l'accent sur la nécessité de garantir des conditions de concurrence homogènes pour les entreprises sur le marché intérieur. En effet, l'application par les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales du droit national de la concurrence à des accords au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, ne peut pas entraîner l'interdiction de ces accords, s'ils ne sont pas également interdits en vertu du droit communautaire de la concurrence.¹²

Afin d'assurer l'application uniforme des articles 81 et 82 du traité, le nouveau règlement prévoit que la Commission et les autorités de concurrence des États membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération.¹³

En outre, il y est prévu qu'un mécanisme de coopération sera mise en place entre les juridictions des États membres et la Commission, permettant, en particulier, aux juridictions nationales de s'adresser à la Commission pour obtenir des informations ou des avis au sujet de l'application du droit communautaire de la concurrence. De même, la Commission ainsi que les autorités de concurrence des États membres doivent désormais pouvoir formuler des observations écrites ou orales devant les juridictions lorsqu'il est fait application de l'article 81 ou 82 du traité.¹⁴

À l'article 16, nous trouvons l'une des dispositions essentielles du nouveau règlement qui prévoit que lorsque les juridictions nationales ou les autorités de concurrence des États membres statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, ces premières ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission.¹⁵ Cette disposition est renforcée par l'article 3 du nouveau règlement qui consacre, au moins de façon implicite, le principe de la primauté du droit communautaire dans le cadre de décisions portant sur des accords susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres.¹⁶

Il est à signaler, par ailleurs, que la Commission maintiendra toujours un rôle prépondérant dans

l'application des articles 81 et 82 du traité. Il ressort, en effet, de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003 que les autorités de concurrence des États membres sont dessaisies de leur compétence pour appliquer les articles précités dès l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III du règlement.¹⁷

En vertu de l'article 10 du règlement, la Commission peut constater par voie de décision que l'article 81 du traité est inapplicable à un accord soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 1, ne sont pas remplies, soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont réunies. Aux termes du considérant 14 du règlement, de telles décisions ont pour but de clarifier le droit et d'en assurer une application cohérente dans la Communauté, en particulier pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou des pratiques au sujet desquels la Cour et les services compétents de la Commission ne se sont pas encore prononcés.

Il ressort des travaux préparatoires du règlement que ces décisions dites "positives" ou "décisions constatant

l'absence d'infraction" arrêtées par la Commission diffèrent sensiblement des décisions d'exemption actuelles en vertu de l'article 81, paragraphe 3: Ces dernières créent des droits opposables erga omnes pour la durée de la décision, alors que l'effet juridique d'une décision positive serait plus limité.¹⁸ Cela étant, il s'agira toujours des décisions au sens de l'article 249 du traité CE qui, aux termes de l'article

La Commission et les autorités de concurrence des États membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles de concurrence communautaire en étroite coopération.

16 précité du règlement, lient les autorités de concurrence et les juridictions nationales et pourront, de ce fait, contribuer de manière efficace à l'application uniforme des règles de la concurrence communautaires.

S'agissant des compétences des autorités de concurrence nationales, l'article 5 du règlement précise que celles-ci sont désormais compétentes pour appliquer l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, du traité lorsque les conditions de l'article 81, paragraphe 3, ne sont pas remplies. A cette fin, elles pourront donc, à l'instar de la Commission, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter toute décision ordonnant la cessation d'une infraction, arrêtant des mesures provisoires, acceptant des engagements ou imposant des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national. En outre, elles pourront – lorsque sur la base des informations dont elles disposent, les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies – décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir. Or, à en juger par le libellé de cet article, elles ne pourront pas prendre une décision formelle constatant l'inapplication de l'article 81, comme le pourra la Commission au titre de l'article 10 précité du règlement.

Quant aux juridictions nationales, l'article 6 du règlement indique qu'elles sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Cela signifie dans la pratique que, lorsque l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, du traité est invoquée devant les tribunaux nationaux, ces derniers sont désormais appelés à déterminer si un accord susceptible d'affecter le commerce entre les États membres est compatible avec le traité ou s'il contient des dispositions anticoncurrentielles et est à considérer, en tout ou en partie, comme nul en vertu de l'article 81, paragraphe 2, du traité.

5. Questions non réglées

Comme il ressort de ce qui précède, le nouveau règlement comporte une série d'articles visant à garantir l'application uniforme des articles 81 et 82 du traité dans un système où la Commission et les autorités de concurrence et juridictions nationales disposent de compétences parallèles.

Toutefois, le règlement nous laisse sans réponse à trois questions essentielles que nous examinons ci-après:

a) *Le réseau et la répartition des affaires*

Signalons, à cet égard que le texte du règlement ne nous permet pas de déterminer comment la coopération et la répartition vont s'opérer au sein du réseau des autorités de concurrence, même s'il est à supposer que la Commission, en tant que gardienne du traité, y joue un rôle prépondérant.

Certes, les dispositions prévues à l'article 13 du règlement (dont la teneur est précisée dans son considérant 18) visent à assurer que la même affaire n'est traitée que par une seule autorité, que ce soit la Commission ou l'autorité de concurrence d'un État membre.

Or, le libellé de l'article 13 n'empêche pas que plusieurs autorités nationales se saisissent de la même affaire, sur la base de critères différents. Il en ressort seulement que le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour ne pas engager une procédure, pour suspendre une procédure, si celle-ci a déjà été engagée, ou pour rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un autre État membre a déjà été saisie de l'affaire.

Il est à rappeler à cet égard, que l'article 3 du règlement permet seulement de régler la question du droit applicable dès qu'un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée

est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, c.-à.-d. le droit communautaire de la concurrence, et non pas les droits nationaux de la concurrence. Or, cette disposition ne constitue pas un critère permettant de déterminer l'autorité qui doit être saisie d'une affaire déterminée. Dès lors, ce n'est que lorsque la Commission se saisit d'une affaire en engageant une procédure en vertu de l'article 11, paragraphe 6, du règlement que le respect du principe du "one-stop-shop" est assuré.

Ajoutons que contrairement aux décisions prises par la Commission, les décisions adoptées par les autorités de concurrence nationales n'ont pas d'effet juridique en dehors du territoire de ces autorités et ne lient pas davantage la Commission.¹⁹

Il convient de signaler, à cet égard, que lors de sa session du 26 novembre 2002, le Conseil "Compétitivité" a décidé d'inscrire à son procès-verbal une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission destinée à clarifier le fonctionnement du futur réseau des autorités de concurrence afin d'assurer que les règles de concurrence de la Communauté sont appliquées de manière effective et cohérente.²⁰ Il est à supposer que cette déclaration commune sera suivie des mesures concrètes dans le cadre de la mise en application du nouveau règlement. Constatons seulement que, à ce jour, la Commission n'a publié aucun projet de mesures en ce sens.

b) *Risques de discrimination et de "forum shopping"*²¹

Quelle que soit l'approche retenue en ce qui concerne la répartition des affaires au sein du réseau, elle ne permettra pas de résoudre le problème que comporte pour les entreprises le fait que les décisions des autorités de concurrence nationales soient limitées dans leur effet au territoire de l'État membre de l'autorité ayant adopté la décision. Cette situation, qui – à première vue – semble être justifiée par l'absence d'harmonisation des règles de procédure et de sanctions nationales dans le domaine de concurrence, constitue toutefois une source d'insécurité juridique et de *forum shopping*.

On pourrait s'imaginer par exemple qu'une entreprise, dont la plainte relative à un accord déterminé, pour être non fondée, a été rejetée par l'autorité de concurrence d'un État membre, "tenterait sa chance" une deuxième fois en saisissant l'autorité de concurrence d'un autre État membre au détriment des entreprises ayant conclu l'accord.

On peut s'interroger légitimement si dans la pratique les juges nationaux seront en mesure d'appliquer les dispositions d'exemption prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité.

Plusieurs autorités nationales risquent de se saisir de la même affaire sur la base de critères différents.

Cela nous amène à évoquer un autre problème non réglé, c.-à.-d. les divergences entre les règles de procédures nationales qui, selon toute probabilité, rendront difficile l'application uniforme du droit communautaire dans un premier temps et qui, en tout état de cause, conduiront à une différence de traitement des entreprises et, de ce fait, au forum shopping.

Signalons à cet égard, que le fait même que les conséquences de la nullité d'un accord, notamment en matière de dommages intérêts, ne relèvent pas du droit communautaire, mais sont à apprécier par les tribunaux conformément au droit national,²² est en soi susceptible de conduire au forum shopping, car le plaignant pourra tenter de former son action en dommages intérêts dans l'État membre dont les règles lui semblent être les plus favorables.

En somme, le risque de forum shopping reste un problème réel auquel par ailleurs – ne l'oublions pas – ni la convention de Bruxelles ni le règlement Bruxelles I semble être en mesure de remédier.²³

c) *Les compétences des juges nationaux en matière de concurrence*

Par ailleurs, on peut s'interroger légitimement si dans la pratique les juges nationaux seront en mesure d'appliquer les dispositions d'exemption prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité. À cet égard, il ne suffit pas de constater que les juges nationaux disposent d'ores et déjà d'une certaine expérience quant à l'application de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, car, comme indiqué par la Cour dans sa jurisprudence antérieure, l'application de l'article 81, paragraphe 3, requiert nécessairement une analyse économique complexe.

En effet, dans le cadre de recours portant sur les décisions de la Commission dans des affaires d'entente, la Cour a considéré qu'il convient de relever, en premier lieu, que l'exercice des pouvoirs de la Commission dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité repose nécessairement sur des appréciations économiques complexes, ce qui implique que le contrôle juridictionnel de ces appréciations doit se limiter, en particulier, à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en déduit.²⁴ Or, comme les juridictions nationales ne bénéficient pas du privilège de pouvoir fonder leurs décisions sur une analyse économique effectuée par les services de la Commission, se pose donc la question de savoir s'il est matériellement possible pour les juges nationaux d'appliquer pleinement l'article 81, paragraphe 3, du traité CE.

Il convient d'ajouter, à cet égard, que contrairement à la Commission et les juridictions communautaires, les juridictions nationales ne sont probablement pas en mesure de tenir dûment compte des liens de la politique

de concurrence avec d'autres politiques communautaires, et ne peuvent pas davantage assurer la cohérence des objectifs poursuivis dans le domaine de la politique de concurrence avec d'autres objectifs du traité, lorsqu'elles sont appelées à appliquer son article 81, paragraphe 3. Cette tâche ne pourra être assurée convenablement que par la Commission, en tant que gardienne du traité.

En résumé, l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité ne se fera certainement pas sans problèmes pour les juges nationaux qui dans beaucoup de cas se verront obligés de surseoir à statuer pour saisir la Cour d'une demande préjudicielle au titre de l'article 234 du traité.

Certes, l'article 15, paragraphe 3, du règlement permettra à la Commission d'agir en tant que *amicus curiae* dans le cadre des affaires ayant trait à l'application des articles 81 et 82 du traité.²⁵ Cela étant, il n'est guère certain qu'une telle pratique permet d'éviter une augmentation importante du nombre de questions préjudicielles soumises à la Cour par les juges nationaux – ou encore qu'elle soit le moyen le plus indiqué pour remédier aux problèmes d'engorgement des services de la Commission.

6. Propositions

Compte tenu de ces lacunes majeures que présente le nouveau régime "d'exception légale", la mise en place d'un certain nombre de mesures d'accompagnement semble s'imposer.

En premier lieu, il conviendrait d'adopter des dispositions claires concernant l'organisation et le fonctionnement du réseau des autorités de concurrence précité comportant notamment des critères précis applicables à la répartition des affaires entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres. On ne pourra guère se contenter de mettre en place un système facultatif de coopération entre les autorités de concurrence (et, le cas échéant, les juridictions) nationales (leur permettant, sur une base volontaire, de procéder à un échange d'informations ou de déferer des plaintes ou des recours aux autorités d'un autre État membre).

Les expériences tirées tant du domaine des ententes que du contrôle des concentrations nous montrent qu'un certain nombre d'États membres actuels ne reconnaissent que difficilement la compétence

de la Commission dans des "cas limites", et ces États membres n'accepteront guère davantage qu'une affaire susceptible d'affecter le commerce sur leur marché national soit traitée par une autorité d'un autre État membre. Il en ira probablement de même pour certains nouveaux États membres qui par orgueil national seront sûrement très attachés à ce que "leurs affaires" soient traitées par leurs propres autorités.

L'absence de règles de procédure communes et de sanctions harmonisées constitue une source d'insécurité juridique et de *forum shopping*.

S'agissant des règles concernant la répartition des affaires entre les autorités de concurrence et les juridictions nationales, il est de la plus grande importance que ces règles comportent des critères clairs et objectifs, et qu'elles soient basées sur des normes quantitatives (telles que celles prévues par le règlement sur le contrôle des fusions et l'accord sur l'Espace économique européen (EEE)) plutôt que sur des critères qualitatifs, étant donné que ces derniers seront toujours susceptibles d'être interprétés différemment ou de faire l'objet de longues tractations entre les différents États membres et la Commission. Ajoutons que l'introduction d'une réglementation claire et nette permettrait de réduire considérablement le risque de forum shopping.

Une solution supplémentaire qui permettrait de lutter efficacement contre le risque de forum shopping consisterait à introduire des sanctions uniformes comme proposées par le Parlement européen²⁶ et à prévoir à plus long terme une éventuelle harmonisation du droit de concurrence des États membres, y compris notamment les règles de procédure comme l'a suggéré le Comité économique et social.²⁷

Parallèlement, il conviendrait d'étudier une autre idée lancée par le Parlement européen qui préconise de concentrer les actions en matière d'ententes dans des tribunaux spécialisés dans tous les États membres en sorte de garantir la sécurité juridique.²⁸

L'introduction de nouvelles voies de recours devant une instance supranationale et impartiale semble plus que jamais nécessaire. De même, il conviendrait d'en-

visager la mise en place d'une cour d'appel au niveau communautaire qui serait compétente pour connaître des décisions nationales concernant des ententes relevant du droit communautaire. De cette manière, il serait possible de tenir compte du fait que les entreprises dont les accords ont été interdits par les autorités de concurrence des États membres ou déclarés nuls par les juridictions nationales ne pourront pas recourir contre une décision d'interdiction nationale devant le Tribunal de première instance. Il est vrai que cette situation ne diffère pas de la situation actuelle. Or, il n'en reste pas moins qu'en raison de l'application décentralisée de l'article 81, paragraphe 3, du traité et de la perte pour les entreprises de leur faculté de notifier leurs accords à la Commission (dont les décisions – à la différence de celles de autorités nationales – peuvent être contestées devant le TPI) l'introduction de nouvelles voies de recours devant une instance supranationale et impartiale est devenue plus que jamais nécessaire.

Comme indiqué dans le dernier considérant (considérant 38) du règlement, le fait d'offrir une sécurité juridique aux entreprises dont l'activité est soumise aux règles de concurrence communautaires contribue à promouvoir l'innovation et l'investissement. Or, pour assurer aux entreprises la prévisibilité et la sécurité juridiques requises, il semble que la mise en application des dispositions du règlement n° 1/2003 doit se compléter par la réalisation d'une ou (idéalement) d'une combinaison de l'ensemble des mesures d'accompagnement précitées.

NOTES

* Peter I.B. Goldschmidt, Maître de conférences et responsable du développement à l'Institut Européen d'Administration Publique (IEAP), spécialisé notamment dans le domaine du droit communautaire de la concurrence et contrôle des fusions. Ancien avocat auprès de cabinets d'avocats à Copenhague et Bruxelles et ancien administrateur principal au Ministère de l'Industrie et du Commerce, y compris au Conseil de la concurrence danois. Expert national détaché auprès de la DG Concurrence de la Commission européenne (1989-1992).

Jakob Thomsen, historien de formation et titulaire d'un MA en droit européen; ancien conseiller politique au Parlement danois (1985-1989) et au Parlement européen (1989-1997); affecté au service de traduction du Conseil de l'Union européenne depuis 1997. Dans le présent article, l'auteur s'exprime à titre personnel et non pas au nom de son institution.

¹ 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, JOCE L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

² Règlement n° 17 du 6.02.1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 CE, JOCE L 204 du 21.02.1966, p. 204/62, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 12167/1999 du 10 juin 1999 (JOCE L 148 du 15.06.1999, p. 5).

³ Sauf indication contraire, la notion "d'accords" inclut ci-après également les "pratiques concertées" ainsi que les "décisions d'associations d'entreprises" au sens de l'article 81, paragraphe 1 du traité CE.

⁴ Voir l'arrêt de la Cour dans les affaires jointes 100-103/80 (Musique Diffusion Française e.a. contre Commission), Rec. 1983, point 93.

⁵ Voir l'arrêt de la Cour dans l'affaire 10/69 (Portelange), Rec. 1969, point 11.

⁶ La question quant à savoir si (et, le cas échéant, dans quelle mesure) les autorités de concurrence ainsi que les juridictions nationales sont liées par une attestation négative n'a pas été clairement tranchée par la doctrine. Pour Valentine Korah (voir V. Korah "EC Competition Law and Practice", 7th edition, Oxford, 2000, p. 176) ainsi que pour Anne Tercinet (voir A. Tercinet, "Droit européen de la concurrence", Paris, 2000, p. 91) une attestation négative ne lie pas les juridictions nationales ou n'assure aux entreprises qu'une sécurité juridique relative. Or, selon Robert Kovar (voir R. Kovar (dir.) "Code Européen de la Concurrence" Paris, 1993, pp. 31-32), l'attestation négative lie, au moins indirectement, les autorités des États membres, et devrait, en outre, mettre fin à toute incertitude en reconnaissant que l'entente qui en bénéficie ne tombe pas sous le coup des interdictions édictées par les articles 81, paragraphe 1, ou 82. Cette question n'est pas sans importance, étant donné que, selon la Commission, les futures décisions constatant l'absence d'infraction, prévues à l'article 10 du règlement, auront la même valeur juridique que les décisions actuelles d'attestation négative. Voir *infra*, note 23.

⁷ Voir les arrêts de la Cour du 10 juillet 1980 dans les affaires jointes 253/78 et 1-3/79 (Giry et Guerlain), point 13, dans

- l'affaire 37/79 (Anne Marty contre Estée Lauder), point 10 et dans l'affaire 99/79 (Lancôme contre Etos), point 10.
- ⁸ Voir en ce sens le livre blanc de la Commission sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 (devenus articles 81 et 82) du traité CE, JOCE C 132 du 12.5.1999, p. 12, point 34.
- ⁹ Voir les considérants 4, 6 et 7 ainsi que les articles 5 et 6 du règlement.
- ¹⁰ Voir notamment les articles 8, 25, 26 et 27 du règlement qui codifient les arrêts de la Cour ou du Tribunal de première instance dans les affaires 792/79 (Camera Care), 53/69 (Sandoz) et T-30/91 (Solvay).
- ¹¹ Voir notamment l'arrêt de la Cour dans les affaires jointes 46/87 et 277/88 (Hoechst), Rec. 1989, p. 2859, points 18 et 19, ainsi que son arrêt récent dans l'affaire C-94/00 (Roquette Frères), point 79 et suivants.
- ¹² Voir considérant 8 ainsi que l'article 3 du règlement visant à définir le rapport entre les articles 81 et 82 du traité et les droits nationaux de la concurrence. Il est à rappeler que, dans sa proposition initiale (COM(2000) 582), la Commission avait proposé un libellé plus clair de l'article 3: "Lorsqu'un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée au sens de l'article 81 du traité ou l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 82, est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, *le droit communautaire de la concurrence est applicable à l'exclusion des droits nationaux de la concurrence*"; (italiques ajoutés).
- ¹³ Voir considérant 15 ainsi que l'article 15 du règlement.
- ¹⁴ Voir considérant 21 ainsi que l'article 15 du règlement.
- ¹⁵ Cet article codifie la jurisprudence de la Cour de Justice dans l'affaire "Masterfoods", cf. l'arrêt de la Cour du 14 décembre 2000 dans l'affaire C-344/98 (Maasterfoods et HB), point 60.
- ¹⁶ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 13 février 1969 dans l'affaire 14/68 (Walt Wilhelm contre Bundeskartellamt), Rec. 1969, p. 1. Dans cette affaire, la Cour a admis que les autorités nationales peuvent intervenir contre une entente, en application de leur loi interne, même lorsque l'examen de la position de cette entente au regard des règles communautaires est pendant devant la Commission, tout en soulignant que cette mise en œuvre du droit national ne saurait porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire. Cette jurisprudence a été reprise dans les affaires jointes 253/78 et 1-3/79, Procureur de la République contre Giry et Guerlain (point 15 et suivants).
- ¹⁷ Il s'agit des décisions d'interdiction (article 7), des décisions sur les mesures provisoires (article 8), des décisions avec engagements (article 9) et des décisions dites "positives" ou de constatation d'inapplication (telles que prévues à l'article 10).
- ¹⁸ Voir l'exposé des motifs de la proposition de la Commission (COM(2000) 582), p. 18-21 ainsi que le livre blanc cité dans la note 8 ci-dessus sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE, p. 23, point 89, où il est indiqué que "ces décisions seront de nature déclaratoire et auront la même valeur juridique que les décisions actuelles d'attestation négative."
- ¹⁹ Voir les commentaires de la Commission concernant l'article 5 du règlement dans l'exposé des motifs relatif à sa proposition initiale (COM(2000) 582, p. 18).
- ²⁰ Voir la communication à la presse publiée suite à la session du Conseil "Compétitivité" (marché intérieur, industrie et recherche) du 26 novembre 2002, p. 25. Un projet de déclaration commune figure dans un rapport sur l'état d'avancement des travaux (doc. n° 8383/1/02) du 27 mai 2002, pp. 66-71, publié au site web du Conseil (<http://register.consilium.eu.int>).
- ²¹ Forum shopping: en l'occurrence une pratique consistant pour les acteurs économiques à choisir la réglementation nationale qui leur est la plus avantageuse, p.ex. en recherchant la juridiction des États membres où les règles de procédure sont les plus favorables, sur la base de critères tels que les règles de preuve, *la rigidité ou la flexibilité* des autorités nationales, les systèmes de sanctions, ou encore la faculté d'obtenir des dommages et intérêts; v. cet égard notamment l'analyse de Jean-Michel et Jérôme Broche: "La proposition du réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences" in: *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 451, septembre 2001, p. 548 et 550.
- ²² Voir l'arrêt de la Cour du 14 décembre 1983 dans l'affaire 319/82 (Kerpen & Kerpen), Rec. 1983, p. 4173, point 12.
- ²³ Voir en ce sens Laurence Idot og Bernard van de Walle de Ghelcke, "Le besoin de sécurité juridique: notifications et exemptions" in: *Cahiers de droit européen*, 2001, n° 1 & 2, pp. 198-199.
- ²⁴ Cf. l'arrêt de la Cour du 13. juillet 1966 dans les affaires jointes 56/64 og 58/64 (Consten & Grundig contre la Commission), Rec. 1966, p. 429. Voir également l'arrêt du Tribunal de première instance du 18 septembre 2001 dans l'affaire T-112/99, Métropole télévision (M6) e.a. contre la Commission, Rec. 2001, p. 2459, point 156.
- ²⁵ Voir le point 4 ci-dessus ainsi que la considération 21 et l'article 15 du règlement.
- ²⁶ JOCE C 72 E du 21.3.2002, p. 305, amendement 4.
- ²⁷ JOCE C 155 du 29.5.2001, p. 78, points 2.10.3 - 2.10.6.
- ²⁸ Voir la résolution du Parlement européen du 18 janvier 2000, JOCE C 304 du 24.10.2000, p. 68. □