



## COUNTRY STUDIES

# European Commission - Peer Review of Competition Law and Policy 2005

### Introduction

“Peer review” is a core element of OECD work. The mechanisms of peer review vary, but it is founded upon the willingness of all OECD countries and their partners to submit their laws and policies to substantive questioning by other members. The European Commission’s competition law and policy have been subject to such review in 2005. This report was prepared by Mr. Michael Wise for the OECD.

### Overview

---

### Related Topics

**COMPETITION LAW AND POLICY**  
**IN THE EUROPEAN UNION**

**-- 2005 --**

## **ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**

Pursuant to Article 1 of the Convention signed in Paris on 14th December 1960, and which came into force on 30th September 1961, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) shall promote policies designed:

- to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;
- to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and
- to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.

The original Member countries of the OECD are Austria, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom and the United States. The following countries became Members subsequently through accession at the dates indicated hereafter: Japan (28th April 1964), Finland (28th January 1969), Australia (7th June 1971), New Zealand (29<sup>th</sup> May 1973), Mexico (18th May 1994), the Czech Republic (21st December 1995), Hungary (7th May 1996), Poland (22<sup>nd</sup> November 1996), Korea (12th December 1996) and Slovak Republic (14th December 2000). The Commission of the European Communities takes part in the work of the OECD (Article 13 of the OECD Convention).

© OECD 2005

Permission to reproduce a portion of this work for non-commercial purposes or classroom use should be obtained through the Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, for every country except the United States. In the United States permission should be obtained through the Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, or CCC Online: <http://www.copyright.com/>. All other applications for permission to reproduce or translate all or part of this book should be made to OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

## ***FOREWORD***

This report, prepared by the Secretariat of the OECD\*, was the basis for a peer review examination of the European Commission in the OECD Competition Committee on 19 October 2005. Competition policy played a central role in the development of the European Union and its institutions. It has achieved a quasi-constitutional status, distinctively based on the direct application of law to economic actors rather than on administrative exercise of policy discretion or on political or interest-group bargaining. Competition law in the European Union is in transition, as policies about antitrust, mergers and State aids are increasingly based on market-centred economic considerations. Modernisation of concepts sets out basic analysis in an administrable format while making its economic underpinnings more explicit. By eliminating notification and prior approval while sharing enforcement responsibility with national agencies, the European Commission seeks to redirect resources so that DG Comp can concentrate on complex, Community-wide issues. A high priority is to clarify the relationships among the leniency programmes of the Community and the national agencies. In adopting an economic approach to dominance, liability should depend upon effects that harm competition; in appropriate cases, assessing the scope for recoupment should be an integral part of such an approach. DG Comp has added economic expertise and strengthened quality controls; nonetheless, a further increase in economic analysis capacity is called for. With projects to liberalise industries regulated by Member states well under way, the Commission's new program for impact analysis of EU legislative proposals is turning attention to avoiding unnecessary and disproportionate restrictions on competition in the legislation of the EU.

---

\* This report was prepared by Michael Wise.



## TABLE OF CONTENTS

<b>Executive Summary</b> .....	7
<b>1. Foundations</b> .....	8
1.1 <i>Context and history</i> .....	9
1.2 <i>Policy goals</i> .....	14
<b>2. Substantive issues: content of the competition law</b> .....	15
2.1 <i>Framework</i> .....	15
2.2 <i>Horizontal agreements</i> .....	19
2.3 <i>Vertical agreements</i> .....	23
2.4 <i>Abuse of dominance</i> .....	25
2.5 <i>Mergers</i> .....	30
2.6 <i>State aid</i> .....	33
2.7 <i>Unfair competition and consumer protection</i> .....	35
<b>3. Institutional issues: enforcement structure and practices</b> .....	36
3.1 <i>Competition policy institutions</i> .....	36
3.2 <i>Enforcement processes and powers</i> .....	37
3.3 <i>Judicial review</i> .....	42
3.4 <i>Other means of applying EU competition law</i> .....	43
3.5 <i>International issues</i> .....	47
3.6 <i>Resources and priorities</i> .....	48

<b>4. Limits of competition policy: exclusions and sectoral regimes</b>	<b>50</b>
<b>5. Competition advocacy and policy studies</b>	<b>56</b>
<b>6. Conclusions and policy options</b>	<b>59</b>
<i>6.1 Policy options for consideration</i>	<i>69</i>
<b>Notes</b>	<b>74</b>

**COMPETITION LAW AND POLICY IN THE EUROPEAN UNION****EXECUTIVE SUMMARY**

The European Commission, supported by the European courts, developed the framework for competition policy in Europe, building on a conceptual and legal foundation of promoting market opening and strengthening community institutions. The competition law of the European Union is now in transition toward policy based on market-centred economic considerations, relying more on application by the now-extensive network of national-level authorities applying broadly consistent substantive rules. Substantive doctrines are adapted to administrative methods of application, as regulations and guidelines increasingly follow an analytic format based on an economic perspective.

Anticompetitive agreements are prohibited and void, and something close to a *per se* rule can be used against hard-core conduct, though economic benefits can lead to exemption from the prohibition. Enforcement against cartels would be strengthened further if sanctions applied to individuals as well as firms; if that is not feasible under Community law, the Commission could promote and support the imposition of individual sanctions under the national laws of Member States. Most restraints in agreements about supply and distribution are permitted, unless there is market power.

Curbing abuses by firms that dominate markets and suppress competitors or harm consumers is the other main subject of Community “antitrust” law. This area of law is due for modernisation to adapt it to the Commission’s more economics-centred approach, to focus on likely or actual market foreclosure effects more than on formally defined prohibited behaviours. In adopting an economic approach to dominance, liability should depend upon effects that harm competition; in appropriate cases, assessing the scope for recoupment should be an integral part of such an approach.

The inclusive legal standard for merger control can deal with all kinds of competitive effects. The Commission’s 2004 guidelines about horizontal mergers imply strong harmonisation in approach across the Atlantic, at least for horizontal combinations. But the courts’ critical response to several Commission merger control actions revealed weaknesses in its decision process, which the Commission has moved to correct by increasing its capacity for economic analysis and strengthening its internal quality controls. These checks, with which the Commission is still experimenting, improve quality but can increase costs. Nonetheless, a further increase in economic analysis capacity is called for.



**SUMMARY (contd.)**

The administrative process for applying the law is adapting in order to strengthen investigative powers and better incorporate economic evidence in decision-making, and thus convince the courts while maintaining policy consistency in a system of decentralised enforcement. Member State competition agencies and courts can apply Community substantive law, and the informal “European Competition Network” (ECN) is the medium for facilitating inter-agency co-ordination. Modernisation of the enforcement process, by eliminating notification and prior approval of exemptions while sharing enforcement responsibility with national agencies, is designed, among other things, to redirect resources so that DG Comp can concentrate on complex, Community-wide issues and investigations. A high priority here is to clarify the relationships among the leniency programmes of the Community and the national enforcement agencies.

Coverage of Community competition law is broad and generally consistent, with no sectoral exclusions and few provisions for special enforcement processes. Treaty provisions that prohibit Member State measures contrary to Treaty rules about public undertakings and undertakings with special or exclusive rights have been the foundation for the long-term liberalisation program to reform traditional infrastructure monopolies. Treaty principles about controlling State aid try to prevent competition-distorting actions by national public authorities. The Commission’s new program for impact analysis of EU legislative proposals that might affect competition in the internal market is turning attention to avoiding unnecessary and disproportionate restrictions on competition in the legislation of the EU.

**1. Foundations**

The competition law of the EU responded to Europe’s mid-century economic conditions. Its development, driven by the imperative of market integration, profited from the symbiosis between the protection of competition and the promotion of open trade. Decisions of the European Court of Justice (ECJ), pursuing the goals of strengthening the community and eliminating trade barriers, established the legal framework underpinning an ambitious Community competition policy. The European Commission’s Competition Directorate (DG Comp, formerly DGIV) is in a nearly unique position in the European Community system, because in the area of competition policy the Commission can apply direct enforcement power that is not dependent on national governments. Community competition law is undergoing a profound transition, after moving beyond the initial goals of opening markets and establishing a competition culture to become a mature, comprehensive enforcement structure centred on the European Commission. The substantive principles that the Community institutions developed have now become a common legal framework shared with the national laws of the Member States. In the future, the law will evolve within the network of national and Community agencies that share

responsibility for applying it. The principal focus of this study is the European Commission, as the administrative organ of the 25-country European Union. Most of the discussion would also apply in the context of the EEA, with its 3 additional countries and closely co-ordinated competition policy and enforcement.<sup>1</sup>

### ***1.1 Context and history***

In post-war Europe, administered economies faced development needs and state monopolies. The institutions of the European Union were created in a context of state intervention through ownership and control over trade and prices, as Europe was rebuilding after depression and war. The designers of the new post-war political economy framework, seeking to expand and integrate markets and sustain development, concluded that competition policy would be a necessary element of the new structure, principally to curb abuses of national monopolies.

The framework developed as a treaty group of states. Characterising the legal status of the European Union and comparing it to other institutions have become complex tasks as functions have evolved.<sup>2</sup> In those aspects of its operation that are dependent on consensus, it resembles an international organisation of states coming together to promote co-operation. In other aspects it resembles a federal government, capable of applying powers directly. The development of competition policy and the direct application of that policy by the Commission represent such federal tendencies. Those tendencies also appear in rulings of the ECJ that establish the supremacy of Community law and require national courts to apply Community law as their own. (Hartley, 1994)

The concepts and institutions of EU competition law appeared first in the European Coal and Steel Community (ECSC). The need to stabilise Germany's post-war economy and integrate it into western Europe, while preventing German firms from dominating markets, was most evident in the key coal and steel sectors. A new legal entity, the ECSC, was created by the 1951 Treaty of Paris to administer these sectors. The ECSC included most of the elements that were later incorporated into EU competition policy.<sup>3</sup> The terms of its rule prohibiting restrictive agreements while permitting exemptions pioneered the now-familiar language. It also set the benchmark for sanctions that is still the norm, of an administrative fine up to 10% of annual turnover. The ECSC prohibition against restrictive agreements, to be applied directly by the ECSC administrative body, appeared unusually sweeping. It was a clear departure from the consensus approach that had emerged from pre-war discussion and experience about competition policy, to register cartels in order to control abuses rather than prohibit them outright. By contrast, the ECSC treatment of dominant firm conduct more closely resembled the pre-war consensus, of correcting abuses by controlling future practices and prices (after consultation with

the Member government concerned). ECSC provisions about “interference with conditions of competition” regulated government subsidies and assistance, foreshadowing the Common Market’s rules about state aids. The ECSC competition law system also required prior approval of mergers; however, the merger rules, the only part of the ECSC system that reflected US experience, had little influence on later developments.<sup>4</sup> The ECSC became effective in 1953. Its competition provisions were not actually applied very much during the 4 years before the Treaty of Rome established the broader Common Market in 1957.

The Common Market used the ECSC as a model for basic policies and rules. The discussions preparing the European common market recognised that controlling anticompetitive practices was a critical prerequisite. The preparatory documents described the problems of monopoly and the need for rules against discrimination, market division and suppression of output or technology. The fundamental goals that the Treaty of Rome set for the Common Market include preventing national discrimination and establishing a system to ensure that competition is not distorted. The competition rules in the Treaty of Rome build on those of the ECSC about agreements, dominance and subsidies, though not the ones about merger control. The rules for the Common Market add some precision to the prohibition of restrictive agreements, while strengthening rule against abuse of dominance into a prohibition. These basic articles were conceived as constitution-like, anticipating that their content would be determined in practice. Generality was also prudent, as the Treaty necessarily bridged or avoided some differences among the Members’ views. Some favoured a strict competition law and envisioned the Treaty rules as legal norms to be applied in judgments by courts. Others saw the Treaty provisions as programmatic statements about policy intentions to guide administrative discretion. (Gerber, 1998)

The Council gave the Commission broad powers to develop and apply the law. The Member States did not focus on competition policy very much during the 4 years it took to prepare the regulation to implement the Treaty rules, and thus the Commission ended up with more autonomy in this area than it might have otherwise. (Goyder, 1998) The 1962 enforcement regulation centralised responsibility in the Commission. Its approach to cartels emphasised the Treaty’s prohibition, because obtaining an exemption required a decision from the enforcer. It carried over from the ECSC process the possibility of obtaining a negative clearance decision, but it did not provide for an “opposition” procedure (under which inaction by a deadline would constitute approval or exemption). Between 1957 and 1962, some national agencies had begun to apply the Treaty provisions.<sup>5</sup> But the Council enforcement regulation marginalised the national agencies and courts by giving the Commission priority in investigations under Community law and exclusive competence over the key subject of exemptions. The Commission had to consult

about enforcement actions with a committee of representatives from the Member States, but the committee's views were advisory, not binding. The Council rejected a proposal to give this committee veto power. When the system was implemented in 1962, the Commission received over 35,000 notifications requesting exemption or negative clearance. Case-by-case response proved impossible; general rules were obviously needed instead. The block exemption regulation of 1965 responded to the overload, while underscoring the Commission's autonomy in competition policy. The Council delegated authority to the Commission to issue regulations setting generally applicable objective standards for exemption from the cartel prohibition. The Council has not delegated such authority to issue regulations to the Commission for any other substantive field.

With encouragement from the judiciary, competition law framed an economic constitution. In the process of decision and appeal during the first decades of Community competition law enforcement, the dialogue between the Commission and the ECJ set the direction and scope of competition policy. ECJ support for broad interpretation and wide application of the Treaty competition provisions has been fundamentally important. The Commission did not face the narrow, technical limitations on jurisdiction or power that some national courts have imposed on new competition agencies. Instead, the ECJ supported expansive claims of competition policy jurisdiction, because they implemented the Court's goals of promoting market integration and strengthening the institutions of the common market. The Court's encouragement of the Commission in setting the terms of market integration gave the Treaty rules about competition a quasi-constitutional status.

The Commission moved carefully at first. Decisions might expand jurisdiction because of potential effects on trade, then balance that expansion by some narrowing of the basic prohibition. The Commission concentrated on jurisdictional and procedural questions, avoiding heavy fines and aiming enforcement toward private firms more than state-owned companies. The 1964 *Conventio Faïence* case illustrates the commercial context that the Commission faced: a complex of obligations and constraints upon members of a trade association effectively cut off a national market from significant imports. The case was resolved in characteristic fashion, with a negotiated undertaking to transform the cartel into an open-entry venture. Distribution agreements dominated enforcement attention, while recurrent controversies about parallel imports also highlighted the importance of the market-integration goal. That goal explains and probably justifies the priority given to vertical matters; however, as a consequence of that choice, "not until some years later did the Commission get to grips with some of the major horizontal cartels that had operated with impunity." (Goyder, 1998, p. 70)

Increasing confidence in EU competition policy culminated in the 1989 merger regulation, completing the European competition-policy “toolkit”. After 20 years of laying the foundation, by the 1980s the Commission was taking stronger enforcement actions. The single-market program and the Single European Act of 1986 reinforced the market-integration objective and thus provided additional momentum for active competition policy. Merger control, which the drafters deliberately omitted from the 1957 Treaty, was finally adopted by a Council regulation after 17 years of effort. Business supported this move to establish a single point in Europe for regulation of large-scale mergers. Implementation involved a process of adjustment. The first time the Commission prohibited a merger, in 1991, governments where the firms were located protested. It took some time to overcome the early impression that political factors could play a role in Commission merger actions. (Gerber, 1998) Wielding this significant power to affect key business decisions bolstered the visibility and prestige of Commission competition enforcement generally.

State interventions and monopolies drew increasing attention. A line of cases dating from 1985 invoked basic Treaty obligations against national legislation that interfered with the effective operation of the Community’s competition law. The Commission’s program to encourage reform of monopolies in infrastructure service sectors began with telecommunications. Here again, the courts supported the Commission’s initiative. The ECJ’s 1986 *Telecommunications Terminals* decision distinguished between inherently governmental and essentially commercial functions, narrowing the exemption for public services and permitting a Commission action for abuse of dominance against British Telecom. A directive to eliminate monopoly rights that harmed competition followed in 1988, expanding on previous directives that had required more transparency about state owned enterprises. Other decisions in the Commission’s liberalisation program since then have addressed postal services, mobile telecommunications, airports, ports and maritime transport, insurance and broadcasting, while the Council has issued legislation in the form of directives calling for reforms in telecommunications, energy and postal services.

Community competition policy is now being reshaped in terms of economic principle. In this project, which has been underway since the mid-1990s, the Commission is building on the increasing reliance on economic reasoning and analysis demanded by merger control and the liberalisation program.<sup>6</sup> With the market integration goal largely accomplished concerning industry and trade, attention shifted both to the constraints on trade in services and to the standard competition policy fare of cartels and monopolies. The shift in enforcement focus entailed a shift in analysis away from formal categorisation. The foundation for the economic reconstruction was laid in the 1997 guideline about the definition of a

relevant market. The first major substantive projects were the complete revisions of the rules about vertical and horizontal restraints, replacing long listings of specific requirements and prohibitions with general principles and market-share tests. The Commission is reformulating regulations and revising guidance to modernise Community competition law along these lines.

Closer judicial oversight led the Commission to improve its internal procedures. Addition of the new Court of First Instance (CFI) in 1989, which doubled the capacity of the Community's judiciary, provided a more practical avenue for parties to appeal Commission decisions. The Community courts remain supportive of the Commission's competition policy initiatives. But the CFI has rejected Commission actions for procedural errors and for defects in the quality of its reasoning and its treatment of evidence. When the CFI adopted rules permitting "fast track" review, it became practical for parties to seek judicial review of merger decisions too. About 20 merger cases are in some stage of appeal to the Community courts now. (Vesterdorf, 2005) In 2002, the CFI rejected three Commission merger decisions within 4 months, in opinions that sharply criticised the Commission's economic analysis and its treatment of evidence. Partly in response to problems that these decisions revealed, DG Comp created a new special economic unit and accelerated the recruitment of industrial economists generally in order to increase its capacity for economic analysis, and it introduced additional quality-control checks into its processes of investigation and case evaluation.

After 40 years of experience, in 2004 the Community implemented a "modernised" enforcement process.<sup>7</sup> By removing the Commission's monopoly on deciding about exemptions, the new system makes it much more practical to apply the law through national institutions and processes. The founding treaty envisioned enforcement co-operation between the Commission and Member State national authorities, at least as a transition measure. But of the original six, only Germany had a similarly ambitious competition law system at that time.<sup>8</sup> Now, all of the Member States have competition laws and enforcement agencies, and their national substantive laws have generally converged on the Community standards. Some areas of divergence remain, and the new enforcement regulation deals with the questions of co-existence and supremacy. National law can be applied to conduct that meets the jurisdictional test concerning effect on trade between Member States, but the national authorities must also apply Community law at the same time, and national law cannot prohibit restrictive agreements that would not violate the Treaty. But national law can be stricter than Community law concerning unilateral behaviour.<sup>9</sup>

## **1.2 Policy goals**

The Treaty makes competition a principal goal, but it does not elaborate what the concept means. The activities prescribed for the Community institutions include several that directly implicate competition policy: to provide “an internal market characterised by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital,” and “a system ensuring that competition in the internal market is not distorted.” (Article 3) The Community and its Member States are to adopt a co-ordinated economic policy based on “an open market economy with free competition.” (Article 4) These parts of the Treaty thus set out the goal of free and undistorted competition for the Community’s internal market. The basic rules of Articles 81-87 do not limit the choice of policy goals. They do make clear that the competition rules address government measures as well as private conduct. The Treaty’s opening statement implies that the most fundamental objective of the Community can be understood as promotion of economic welfare and progress,<sup>10</sup> with competition policy being one of several instruments for that purpose. Thus the Treaty text also includes policy goals that might be construed as inconsistent with promoting competition—although they are typically phrased in a way that implies there will be no need to choose. For example, Community institutions are to support industry competitiveness, in part by “encouraging an environment favourable to cooperation”; however, this provision is not to be taken as a basis for any Community measure “that could lead to a distortion of competition”. (Article 157) Even the complementary fundamental free trade goal of the common market, embodied in the prohibition against controls on imports and exports, is not unqualified. Other policies that can justify national limits on trade are “public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property”. (Article 30)

The goal of promoting market integration was important when the common market was still being established. Where industries were traditionally established within national markets, the challenge was to get them to transcend those boundaries. The market integration goal explains the emphasis on vertical relationships and intellectual property rights, which were seen as obstacles to cross-border trade. That goal was the link in the Commission’s partnership with the ECJ. Policy developed with an emphasis on legal form, more than economic content, in part because of this partnership with the courts and in part because of the influence of concepts from German competition law. One commentator concluded from these dynamics that the policy goals of Community competition law were not efficiency or equity, but legality in the service of market integration. (Wilks & McGowan,

1996) With progress toward realisation of the internal market, the relative importance of the market integration goal has declined.

Policy statements now stress efficiency, consumer welfare and competitiveness. The mission statement of DG Competition sets out a number of possible goals, including in the same sentence both the welfare of consumers and the competitiveness of the European economy. Covering all bases, it contends that “[o]pen and competitive markets are an important means to increase the competitiveness of industry, stimulate technological development and innovation, and to provide consumers with lower prices, larger choice and better quality goods.” The 2000 Guidelines on Vertical Restraints declares that “the protection of competition is the primary objective of EC competition policy, as this enhances consumer welfare and creates an efficient allocation of resources. In applying the EC competition rules, the Commission will adopt an economic approach which is based on the effects on the market ... Market integration is an additional goal of EC competition policy. Market integration enhances competition ...”. The Commission’s guidelines about horizontal mergers detail the benefits to consumers, of low prices, high quality products, a wide selection of goods and services and innovation. These guidelines do not mention improving competitiveness. But the Commission’s 2004 annual report on competition policy, while mentioning the general notion of improving efficiency, highlights the Lisbon agenda to promote European competitiveness, being careful to note that “competition policy is not an end in itself, but one essential tool to achieve efficient market outcomes.”

## **2. Substantive issues: content of the competition law**

Substantive doctrines are adapted to administrative methods of application. Regulations and guidelines now follow an analytic format based on an economic perspective.

### **2.1 Framework**

The basic norms and rules are the text of the Treaty and actions taken by the Council. They thus represent political-level enactments taken by agreement among the Member States. The general rules about antitrust and state aid issues are in the Treaty text. Merger control rules are in a Council regulation. Directives adopted by the Council, which require implementation through the laws of the Member States, have been particularly important about liberalisation.<sup>11</sup>

Regulations issued by the Commission, the administrative body of the Community, are important tools for implementing competition policy. The block exemption about vertical agreements in distribution, adopted in 1999, and its



accompanying guidelines introduced the now-standard format of an explanation of analytical method and a compact set of clear standards or prohibitions, coupled with thresholds or safe-harbours based on size or market share. This approach considers implicitly the likely costs and benefits of the practices at issue, by including a proxy for the likelihood of market power or significant market impact. It also takes account of benefits for compliance and enforcement of making rules clear and concise. This new format is replacing regulations that had been criticised as excessively legalistic, typically comprising detailed “black lists” of terms that were forbidden and “white lists” of ones that were required or permitted. The Commission has issued revised regulations following this format about horizontal agreements, insurance, motor vehicle distribution and servicing and technology transfer agreements.

Decisions in individual cases demonstrate concretely what the general rules imply. Decisions are not generally treated as a source of substantive rules, although judicial opinions have created some widely used doctrines of Community law that are not found in the texts of the treaties or legislation. In competition law, ECJ judgments created the important doctrine that Community jurisdiction does not apply to practices whose effect on trade or on competition is not appreciable. More specific rules derived from the Court’s judgments could be somewhat unstable, for the ECJ does not consider its past judgments to be binding precedents (although it usually follows them).

Notices and guidelines follow the courts’ cases and indicate the Commission’s policy direction. As the courts stepped back from shaping substantive doctrines, the initiative shifted to the Commission, which has relied often on the “soft law” of guidelines and notices. (Gerber, 1998) The Commission has issued such pronouncements about the interpretation of fundamental issues such as effect on trade and *de minimis* coverage, market definition, policies about setting fines and promising leniency, horizontal mergers, vertical restraints (elaborating on the regulation), technology transfer agreements, horizontal restraints and co-operation with national courts. Projects for similar restatements of principles and guidance are underway about other kinds of mergers, abuse of dominance and state aids.

Community competition law applies only if there is sufficient Community impact. This concept, which defines the limits of the Community’s legal competence and its boundary with the laws of the Member States, is interpreted expansively. The Treaty’s competition rules address conduct that “may affect trade between the Member States”.<sup>12</sup> The Commission’s Guidelines on the effect on trade concept, issued in April 2004 as part of the modernisation package, collect doctrines from court judgments to define the cases that national agencies can handle without also applying Community law. If an agreement as a whole is capable of affecting trade, Community law applies to all of it, including parts that individually do not affect

trade, and to all of the parties, including ones whose individual contribution to that effect would be insignificant. The jurisdictional test can be met based on the expected effects of potential competition and on positive as well as negative changes in patterns of trade. The further requirement that the effect be appreciable limits this broad scope, though. The Guidelines define what is not considered “appreciable” based on cumulative thresholds of market share (5%) and aggregate turnover (EUR 40 million). In general, these levels define a rebuttable negative presumption. Below those levels, the enforcer has the burden of showing that there is nonetheless an appreciable effect on trade in order to establish Community law jurisdiction over an agreement or practice. For agreements that “by their very nature” would affect trade, though, each threshold establishes a positive rebuttable presumption: above those levels, parties to such agreements have the burden of showing that there is nonetheless no appreciable effect on trade in order to avoid Community law jurisdiction. Virtually any agreement that controls imports or exports or that is implemented in more than one Member State would be covered by the positive presumption. There is also a clear presumption that an agreement or practice that covers all of a Member State meets the “affecting trade” requirement, because a cartel or abusive practice of such wide scope would necessarily affect the competitive prospects of potential competitors from outside. More judgment is called for in dealing with agreements or practices that apply only in a part of a single Member State. The Guidelines follow case law in denying that markets must be defined first before identifying jurisdictional effects, but they also refer to the Commission’s general Notice about market definition for the purpose of identifying these thresholds. Because one of the thresholds is based on market share, it may be necessary to define markets.

Community law applies to entities that are “undertakings”, determined by function. This defined term is interpreted broadly, based on the nature of activities rather than formal structure. It excludes the sovereign functions of a state, but it includes the state’s commercial activities. It thus includes state bodies engaged in commerce, nationalised industries, municipalities, trade associations, private individuals, co-operatives and associations. Economic activity, not profit, is the important element. Some close cases have involved social insurance funds. Factors that may lead to finding that such a fund is not an undertaking include whether it is compulsory and motivated by solidarity or redistribution. On the other hand, it is more likely to be considered an undertaking if it is potentially in competition with similar private-business entities.

A standard analysis for defining markets is used for the tests based on market power. The Commission’s 1997 Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law lays out systematically the considerations used to identify product and geographic markets. Legal criteria come

from the enforcement and merger regulations. A relevant product market comprises all those products or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use. The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas. The method relies principally on demand substitutability, which is described as "the most immediate and effective disciplinary force on the suppliers of a given product." This is tested by examining the market's likely reaction to a 5-10% permanent relative price increase. Supply substitutability may also be taken into account where its effects are equivalent to those of demand substitution. Potential competition is not taken into account when defining markets, but may be considered in the competitive assessment. The guidance recognises that the market definition analysis might depend on the nature of the competition issue under examination. The focus in merger cases is prospective, anticipating market conditions in the future. By contrast, in dealing with restraints or abuse of dominance, the focus could be on present or past conditions, and it could include an examination of whether the conduct has affected conditions in the market and thus the evidence used to define it.

Anticompetitive agreements are prohibited and void, unless exempted. Article 81(1) prohibits agreements that have the object or effect of preventing, restricting, or distorting competition. The prohibition extends to decisions by trade associations and to "concerted practices". These terms are interpreted broadly, to include arrangements that are not legally enforceable contracts. The alternative characterisations, about the nature of the object or of the effect, also invite broad interpretation. But there are limits: for example, a supplier's arrangements with its customers may not be treated as a set of agreements if the customers had not acquiesced in the supplier's program.<sup>13</sup>

Small-scale agreements are not usually considered to be likely to affect competition. In a series of Notices issued since 1970, the Commission has limited the scope of the Article 81 prohibition by describing transactions that are likely to be too small to have appreciable effects.<sup>14</sup> The latest such *de minimis* Notice sets thresholds based on market share at 10% for agreements between competitors and 15% for agreements between non-competitors. Where there are parallel networks of similar agreements in a market, the threshold is lower, at 5%. The Notice also implies a collective threshold for that situation, stating that cumulative foreclosure is unlikely if less than 30% of the market is tied up in such parallel networks. Regardless of market share, hard-core agreements cannot benefit from *de minimis* treatment. The Notice's definitions of such hard-core agreements are the same ones

used in the block exemption regulations and guidelines about vertical and horizontal agreements. The rationale for *de minimis* treatment is that competition concerns are unlikely if companies do not have a minimum degree of market power.<sup>15</sup>

Economic benefits from an agreement can lead to exemption from the prohibition. Under Article 81(3), an agreement that would otherwise be prohibited may nonetheless be permitted, if it improves production or distribution or promotes technical or economic progress and allows consumers a fair share of the benefit, imposes only such restrictions as are indispensable to attaining the beneficial objectives, and does not permit the elimination of competition for a substantial part of the products in question. Improvements in productive efficiency obviously can be considered. Promoting progress could also include prospects for innovation that may be less immediately tangible. Neither “efficiency” nor “progress” implies a broad social balancing of economic advantages and disadvantages. Goals pursued by other Treaty provisions can be taken into account to the extent that they can be subsumed under the four conditions of Article 81(3). Guidelines from the Commission acknowledge that applying the 2 parts of Article 81 is a balancing process, seeking to identify the net economic effect of the restriction and the efficiencies. An increase in market power increases firms’ ability and incentive to raise price, but cost efficiencies may permit them to reduce price. In balancing these potentially opposite effects, the requirement that benefits be passed on to consumers results in a sliding scale.

## 2.2 *Horizontal agreements*

The Treaty specifies some of the horizontal agreements it prohibits. The listing, which is not exclusive, includes direct or indirect fixing of prices or trading conditions, limitation or control of production, markets, investment or technical development and sharing of markets or suppliers. Decisions have clarified what else Article 81 prohibits. All forms of agreements to divide markets and control prices, including profit pooling and mark-up agreements and private “fair trade practice” rules, are prohibited. Exclusionary devices such as aggregate rebate cartels are prohibited even if they make some allowance for dealings with third parties. Joint purchasing and selling are permitted in some market conditions. Exchange of price information is permitted only after enough time has passed, and only if the exchange does not permit identification of particular enterprises.

Something close to a *per se* rule can be used against hard-core conduct. It is not necessary to prove that price fixing, market division or output limits or quotas actually raised prices or reduced output. Decisions have made clear that those effects are presumed, and parties to the agreements cannot overcome the presumption by claiming they had no intention or capacity to achieve an anti-competitive effect. The

decision to fix prices is enough to establish the infringement. To set the fine, though, factors in addition to the nature of the infringement could also be relevant to showing the gravity of the offence. These factors could include the cartel's geographic scope and its impact, if that can be measured. Showing implementation of the cartel agreement would not require evidence of marketplace effect; for example, it would be enough to show that the colluders announced agreed price increases or met to monitor compliance. For hard-core infringements, the ECJ has agreed that factors related to intent may be treated as more significant than those related to effects.

Agreements that are tacit or undocumented may be prohibited as anticompetitive "concerted practices". This term covers co-operative activity short of explicit agreement, which the ECJ has described as "co-ordination between enterprises, that had not yet reached the point of true contract relationship but which had in practice substituted co-operation for the risks of competition." The term can include hard-core restraints. Cases about concerted practices typically look for evidence of arrangements for reaching and enforcing compliance with implied agreements to limit competition. The Commission has applied the concept to conduct that some other enforcers would treat as ordinary agreements, such as formal industry-wide market-sharing arrangements set up by trade associations. In this role, the term fills a conceptual gap in a legal tradition that privileges documentary formalism. But pure oligopoly interdependence would not be a prohibited "concerted practice".<sup>16</sup> Intentional communication and awareness are needed, not just mutual awareness of the benefit of restraint.

Because Article 81 explicitly applies to "decisions" of trade associations, Community law can deal with this common setting for cartel agreements in a straightforward way. There is no need to infer constructive agreements or resort to theories of collective dominance. The decisions that Article 81 prohibits can include an association's formal rules or its more informal actions or recommendations. Where the infringement is attributed to the association, the Commission may nevertheless take into account the sum of the members' turnovers in calculating the association's fine. Under some conditions, the members may be liable for the payment of the fine by the association. The Commission will obviously go after the members for their own behaviour.<sup>17</sup>

In its application to non-hard core agreements, Article 81 resembles a rule of reason.<sup>18</sup> The Article 81(1) prohibition and the Article 81(3) exemption criteria require market analysis and balancing of positive and negative effects in cases of horizontal co-operation that does not amount to a hard-core cartel. The Commission has issued block exemption regulations about agreements for production specialisation and for research and development, accompanied by guidelines to show

how Community law can allow competitor collaboration where it contributes to economic welfare without creating a risk for competition. The case law is not entirely consistent about whether the assessment of market conditions and consideration of potentially competing policies and effects are part of determining whether Article 81(1) prohibits an agreement or of determining whether Article 81(3) exempts it.<sup>19</sup> For non-hard core agreements, the ECJ has said that market conditions, market structure and the economic context determine whether Article 81(1) prohibits it. For a hard-core agreement, those considerations might come up, if at all, only to determine whether efficiency claims under Article 81(3) exempts it. Yet the ECJ's *Wouters* judgment found that not every agreement which clearly restricts competition necessarily infringes Article 81(1). The judgment took particular account of the context and objectives of the agreement. In the *Wouters* case, the court found that the objective included a public interest purpose, to ensure the integrity and experience of the providers of professional services, that was in the interest of consumers and the sound administration of justice. Where the effects restricting competition are inherent in the pursuit of such objectives and can be reasonably held to be necessary in order to ensure the proper practice of the profession, as it was organised in the Member State, the court found that the agreement was not covered by the Article 81(1) prohibition at all. The public interest criteria that the court invoked would also appear relevant to the issue of exemption under Article 81(3). The Commission's Guidelines state that the four conditions for exemption are exhaustive, so no other grounds can be invoked. (Guidelines on the application of Article 81(3), para. 42). Nonetheless, the courts have made clear that the goals set out under other provisions of the Treaty can be taken into account where they can be subsumed under the conditions of Article 81(3). Conflation of the two aspects of Article 81 may spread, now that other agencies and courts can apply both of them. (Goyder, 2003)

Assessment considers factors such as market power and market structure under both aspects of Article 81. The Commission's guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal cooperation agreements explain the standard analysis of horizontal agreements in general and apply it to several common types. Determining under Article 81(1) whether the agreement could restrict competition involves determination of the nature of the agreement, definition of markets, and evaluation of market structure and market power, including considerations such as the nature of the products, market concentration, barriers to entry, stability of shares and the countervailing power of buyers or suppliers. The horizontal guidelines presume that if parties have a low combined market share, co-operation is not likely to restrict competition. The guidelines do not prescribe a single rule, because conditions and effects can vary significantly, but they do suggest particular levels for some kinds of agreement. For agreements about joint purchasing and commercialisation (that is,

selling, distribution and promotion), the guidelines set a safe harbour at a combined market share of 15%. High market shares will not necessarily be a concern for standardisation agreements, and the assessment focuses more on whether the standards could raise barriers to entry. No market share test is needed for agreements that, because of their very nature, are unlikely to reduce competition. This could be the case, for example, if the parties could not carry out a project independently at all, or if their agreement is about an activity that does not affect any relevant parameter of competition. At the other extreme, no market share threshold applies to the hard-core restrictions of price-fixing, output limitation and allocation of markets or customers, which are generally prohibited irrespective of the parties' market shares. The guidelines then explain the application of the cumulative Article 81(3) criteria about economic benefits and its caveats about sharing the benefit with consumers, indispensability of the restraint to achieving the benefit and not eliminating competition by dominating the market.

The block exemption regulation about specialisation treats production rationalisation in the same way that the guidelines treat similar practices which are not covered by the exemption. For agreements between competitors to specialise production, the regulation sets a market share threshold for exemption at 20% (for all parties combined, and subject to certain conditions, including the absence of hard-core restraints). The guidelines describe how the law would apply to analogous agreements for joint production (which are also covered by the regulation) and for subcontracting agreements between competitors. The guidelines refer to the same 20% combined market share threshold in explaining both the Article 81(1) test of effect on competition and the Article 81(3) test of whether economic benefits outweigh the effect on competition.

The block exemption regulation for research and development is generous, particularly to innovation that promises to create new markets. Agreements between competitors about research and development are exempt up to a combined market share of 25% (of the market for the product that is the subject of the joint research), subject to certain conditions and the absence of hard-core restraints. Here too, the guidelines about the application of the block exemption regulation use the same level to presume the lack of effect on competition and to explain why benefits would be presumed to outweigh harm to competition. If the collaboration is developing something for which there is not yet any market, the guidelines recognise that a successful first-mover effort should not necessarily be seen as an elimination of competition, even though it could lead to huge initial market shares once the product is developed. Thus, the block exemption permits such agreements to continue regardless of market share for the first 7 years after the product comes to market. At that point, the safe harbour of 25% applies.

Enforcement of Article 81 developed in an environment that had tolerated formal industry co-operation, sometimes amounting to self-regulation. Early cartel cases targeted national-scale industry associations and substantial international agreements about quinine, dyes, aluminium and chemicals. Some cartels had formal committees that kept minutes of their agreements. For other cases, obviously co-ordinated market actions could support an inference of agreement. Collection and exchange of information about price and output through trade associations has been a concern, as a means of tacit or even explicit co-ordination to confirm and police agreements. By the early 1990s, some cartel cases had resulted in total fines of over EUR 100 million. As the fines for price fixing mounted, Commission enforcement strategy began relying increasingly on insider evidence supplied by firms seeking clemency. This was formalised in the Commission's 1996 leniency notice, publicly announcing what had been an unofficial practice.

The level of enforcement against horizontal cartels has sharply increased since 2001. The Commission has issued an average of about 8 decisions per year, compared to fewer than 2 per year over the previous decades. The Commission's notice about setting fines treats hard-core cartels as "very serious infringements," for which the fine, determined by gravity, would normally be at least EUR 20 million (before considering other factors). The fines imposed in these recent cases confirm that treatment. In 31 Commission cartel decisions since 2001, the fines totalled EUR 4 billion. The peak was in 2001, with EUR 1 836 million. The level then dipped, and in 2004 the total was about EUR 390 million. Despite the increased activity, the fines being imposed may not yet be enough to deter hard-core infringements.<sup>20</sup>

### **2.3 Vertical agreements**

Most restraints in agreements about supply and distribution are permitted, unless there is market power. The 1999 block exemption regulation for vertical co-operation agreements restated the Commission's analysis of these restraints. Recognising that parties typically enter agreements to manage the distribution chain in order to improve efficiency and that smaller-scale agreements are unlikely to affect competition either upstream or downstream, the regulation applies a market share screen. It exempts most agreements involving a supplier or buyer with a market share under 30%, considering that to be a level at below which vertical agreements would be expected to lead to an improvement in production or distribution and allow consumers a fair share of the resulting benefits (as long as they do not include certain particularly harmful restraints). The buyer's share of its downstream market is considered where the contract requires the supplier to sell exclusively to that buyer. Vertical agreements involving associations of retailers are also exempted, as long as the turnover of each is below EUR 50 million. Where



parallel, similar networks of agreements account for more than 50% of a market, the Commission reserves the power to disapply the exemption, on 6 months notice; it has not yet done so, though. There is no presumption of violation where an agreement involves a supplier with a share over 30%. But with increasing market power come increasing concerns that agreements might impair competition, by foreclosing other suppliers, raising barriers to entry or reducing interbrand competition and facilitating collusion. The regulation also notes possible concerns about reducing intrabrand competition and about creating obstacles to market integration. The regulation applies to many types of agreements, replacing previous notices and regulations about topics such as exclusive distribution and franchising. Unlike previous regulations of similar topics, it does not contain a list of permitted clauses, an approach which had tended toward uniformity of practice out of a fear that whatever was not permitted would be prohibited. The vertical block exemption regulation takes the opposite position: below the 30% threshold, whatever is not prohibited is permitted.

Fixing minimum resale prices and excessive territorial protection remain black-listed, regardless of low market share. Resale price maintenance has always been treated as a *per se* infringement, at least with respect to minimum prices; however, recommending a resale price or requiring resellers to respect a maximum resale price are exempted, up to the 30% market share threshold, provided that the result is not a fixed or minimum sale price due to pressure from, or incentives offered by, the supplier. Territorial resale constraints are suspect, but some are permitted, to protect systems of exclusive dealership, preserve functional distinctions between wholesalers and retailers or prevent resale of components leading to competition with the supplier.

Provisos in the general rules address issues that arise in selective distribution systems and franchising. The regulation and accompanying guidelines do not dwell on the nature of the product for which suppliers may select and limit distributors. They do make a distinction between qualitative and quantitative criteria for selection. Qualitative criteria support selecting distributors on the basis of objective criteria determined by the nature of the product, which justify requiring distributors to demonstrate technical competence and provide suitable facilities. Quantitative criteria limit the potential number of dealers, for example by requiring minimum or maximum sales or even fixing the number of dealers. The regulation does not try to distinguish between claims for special treatment about technically complex or dangerous products and those about luxury or image goods. Systems that apply objective, qualitative, non-discriminatory criteria for selecting distributors do not infringe generally Article 81(1). Selective distribution may be combined with exclusive territories and location clauses, but only if the buyers are permitted to market to consumers outside their territory. Thus the guidelines treat a ban on

internet sales as a forbidden hard-core restraint. The guidelines underline the connection between the economic approach to vertical restraints and an economic appreciation of consumer information needs. Restraints may be more acceptable when applied to new or complex products whose qualities are difficult for consumers to judge before purchase and consumption (and for “credence” goods, whose quality consumers may not be able to judge well even after consumption). Most distribution and service franchises are evidently included in the block exemption regulation. How much the exemption applies to franchising is somewhat uncertain, though, because it does not cover agreements that are primarily concerned with intellectual property rights.

Sector-specific regulation governs vertical relationships in motor vehicle distribution and servicing. Lobbying and then recalcitrance led to a separate regulation for this problematic sector. The 2002 regulation is the Commission’s third effort to break down constraints that have tended to prevent parallel imports, limit consumer choice for cars and service and dampen price competition within and between national markets. The latest regulation followed a series of infringement actions that imposed fines totalling EUR 276 million. At the time (1998), the EUR 102 million fine against Volkswagen was the largest fine the Commission had ever imposed against an anticompetitive restraint. (The CFI later reduced this fine to EUR 90 million.) The experience persuaded the Commission to take a tougher line in this sector than the general vertical restraints regulation.<sup>21</sup> The “black list” of forbidden clauses is unusually long and detailed. Manufacturers do not benefit from the block exemption if they do not allow their authorised dealers to sell competing brands or if they limit the dealers’ ability to open secondary outlets in other territories. The regulation applies the same market-share safe-harbour, of 30% (and 40% for a selective distribution system with a limited number of distributors), and it permits suppliers to use an exclusive system, but only if the system imposes no constraints on making passive sales to customers in other areas.

#### **2.4 Abuse of dominance**

Curbing abuses by firms that dominate markets and suppress competitors or harm consumers is the other main subject of Community “antitrust” law. Article 82 prohibits the abuse of a dominant position. Some acts that the Treaty lists as abuse are imposing unfair purchase or selling prices or trading conditions (either directly or indirectly), limiting production, markets, or technological development in ways that harm consumers, discrimination that places trading parties at a competitive disadvantage and imposing non-germane contract conditions. Other kinds of conduct by a dominant firm that disadvantage other parties in the market could also be abuses.<sup>22</sup> Practices such as loyalty rebates that would not be objectionable when done by a firm without market power could be considered abuses when done by a

firm in a dominant position. To find infringement it is not necessary to show that an abusive practice produced an actual anticompetitive effect; it is enough that the conduct, when undertaken by a dominant firm, tends to restrict competition or is capable of having or likely to have that effect. There is no provision for exemption, although the case law has developed a doctrine that otherwise abusive conduct is not prohibited under Article 82 if it is “objectively justified”.

Dominance is a broader concept than economic market power over price. It is not the same as economic monopoly, although a monopoly would clearly be dominant. Dominance is often presumed at market shares over 50%, and it may be found at lower levels depending on other factors. The ECJ’s *Hoffman-LaRoche* (1979) and *United Brands* (1978) judgments explained the meaning of dominance under the Treaty, describing it as a “position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers.” These still-authoritative judgments found dominance based on features such as vertical integration, because that enabled a firm to act independently of its suppliers of intermediate services, and at market shares of 40-45%. In current practice, there appears to be a safe harbour at a market share of about 25%<sup>23</sup> and a rebuttable presumption of dominance at about 40-50%. Dominance depends on factors other than market share, such as the number and relative size of other firms and the conditions of entry. A finding of dominance is more likely if entry is difficult or if there are no other firms of comparable size or with the capacity to counter the leader’s strategies. Some recent actions imply that especially close attention will be paid to the conduct of “super-dominant” firms with shares over 90%. That treatment would confirm that dominance is subject to a sliding scale. (Goyder, 2003)

Article 82 is not limited to single-firm misconduct. Under the theory of collective or joint dominance, several firms can share and abuse a dominant position. When the Commission first tried to apply Article 82 to oligopoly, the Court of First instance rejected the argument (although the court upheld the finding of infringement under Article 81 as a restrictive agreement). To find that several firms together hold a dominant position, the court demanded that the firms be “united” by “economic links”, such as a network of interdependent intellectual property licenses. A formal cartel could possess collective dominance. Judgments applying the analogous language about dominance in the Merger Regulation, which have been cited as authority for the application of Article 82, imply that oligopoly interdependence might amount to collective dominance if the members could monitor each other effectively, if retaliation against defectors was credible enough to provide each member with an incentive to maintain co-ordination and if customer and consumer responses would not undermine co-ordination.

Exploitation of market power by charging high prices could be an abuse, although no final decision has actually condemned it. In the 1970s, reviewing Courts annulled 2 Commission decisions that had challenged high prices as abuses. The early Court judgments about abuse of dominance agreed with the principle, though, that “unfair” pricing could include setting prices to take advantage of market or monopoly power. Prices would be too high if they bore no reasonable relation to the economic value of the product. The ECJ has also endorsed the concept that Article 82 could prohibit prices for licensing intellectual property rights that are “particularly high” and “not justified by the facts”.<sup>24</sup> Despite the theoretical support for the sweeping principle, in the end the decisions have declined to find infringements based upon the evidence in the cases.

For predation, anticompetitive intent can be inferred from prices too low to recover costs; the strength of the inference depends on the cost reference. Prices below average variable cost are presumed to be predatory, that is, intended to eliminate competitors. Prices above that level that do not recover total costs may also be treated as predatory, but that conclusion may depend on further evidence of the intent to eliminate or prevent competition. “Super-dominance,” that is, extremely high market shares, may also be a relevant circumstance. Thus, the Commission has applied Article 82 against the collective “fighting ship” tactics of members of an ocean shipping conference, even though the prices were not demonstrably below costs. There is no recoupment requirement. The ECJ has endorsed the Commission’s view that it need not demonstrate that the dominant firm will succeed in raising its prices after its predatory tactics have weakened or eliminated its competition. The Commission recognises that recoupment could be relevant, though. For example, a recent decision about ADSL pricing pointed out that entry barriers would enable the predatory firm to recoup its losses. Cross-subsidy can support predatory tactics, and thus the Commission has addressed the asymmetric financial advantages of one-time public monopolies. The Commission accepted a commitment from *Deutsche Post* to effect a corporate reorganisation in order to make financing transparent. It implies a general principle under Article 82, that a statutory monopoly setting up a new business must cover the entire incremental cost from the revenues of that new business.

Discrimination is included among the abuses listed in the Treaty text, which prohibits putting other parties at a competitive disadvantage through the application of dissimilar conditions to equivalent transactions. This language implies some common principles of competition laws about discrimination, notably that the discrimination must be between transactions involving the same product or service and that it must actually cause competitive harm. The harm could be to an individual competitor, though, and not necessarily to competitive conditions in the market. Price variations that correspond to different national markets have been treated as

prohibited discriminations, in the absence of objective justification in terms of differences in costs or in the extent of the seller's exposure to different risks in different markets. Decisions have prohibited discriminations about inputs that impose a "price squeeze" on non-integrated competitors or that unfairly favour national-champion incumbents.

Putting pressure on customers to enter into requirements contracts can be an abuse. Many cases have dealt with the foreclosure effects of loyalty rebates. Loyalty programs may be permitted if they are based on cost efficiencies. Only cost savings to the supplier can justify quantity-based rebates. Indeed, recent decisions imply that the only way to avoid liability is to base the loyalty scheme strictly on cost differences. Refusal to supply a customer can be an abuse, particularly if the customer is a long-time regular trading partner, but a reasonable justification, such as the customer's poor credit, can overcome the prohibition.

The prohibition of tying is implied in the Treaty text, which prohibits imposing non-germane conditions in contracts. The elements of tying, or refusing to supply a product unless the customer also takes another, allegedly unnecessary one, are dominance in the tying product, a separate tied product, coercion to take them together, an anti-competitive effect in the market for the tied product and the absence of an objective, proportionate justification for the tie. Bundling, which can make the price of the tied product effectively 0, can be construed as coercion. The most prominent application of Article 82 to tying tactics is the Commission's 2004 action against Microsoft.

Refusal to licence intellectual property, under some circumstances, can violate Article 82. The leading case reaching this result emphasised that the refusal prevented the production and marketing of a new product for which there was a potential consumer demand. The ECJ later refined the conditions for finding liability. The firm seeking the license must not be intending essentially to duplicate what the owner of the right already offers, there must be a potential consumer demand for the firm's product, the refusal to license must not be justified by objective considerations; and the refusal must prevent, to the detriment of consumers, the development of a market in which the licence is an indispensable input.

The doctrine of "essential facilities" combines discrimination, tying and refusal to deal. The suggestive label points to common application in sectors dominated by historic infrastructure monopolies, controlling facilities such as ports, wires, pipelines and airports. The logic – denying access to something that competitors need to provide their own product or service – invites a broader application. The courts have resisted invitations to extend the doctrine, though. The ECJ refused to

find that newspaper distribution is an essential facility, reasoning that a competing newspaper could use the post or rely on newsstand sales.

Problems in network industries about access and strategic exclusion remain prominent in the Commission's Article 82 caseload. The program for liberalisation of these sectors relies largely on indirect application, through sector-specific directives. Improvements in national regulation and market opening have not eliminated the need for direct enforcement actions, though. In 2003, the Commission fined Deutsche Telekom EUR 12.6 million for exclusionary pricing of local loop access, and it fined Wanadoo EUR 10.4 million for an exclusionary strategy in pricing ADSL. In these actions, the Commission pointed the way for further sector reform and presented a standard for cost assessment. (EC DG Comp 2004)

Original case law doctrines about abuse of dominance rested on the concept of "distortion" of competition, from Article 3(g) of the Treaty. Thus the acquisition of a competitor could be a prohibited abuse because the dominant position distorted the market structure. A refusal to supply a competitor might be treated as adversely affecting the structure of the market by destroying the competitor's capacity to compete effectively. The seminal *United Brands* decision focuses on how the dominant firm's strategies limited the independence of smaller business, implying that coercion could demonstrate dominance regardless of actual effect on the competitive process. It also decried restraints that "limit markets to the prejudice of consumers", implying appeal to a consumer-welfare standard as well. The early *Hoffman-LaRoche* and *Michelin* cases barred fidelity devices that pressured firms to deal with a dominant firm unless there was "economic equivalency" in the transactions and there was no significant effect on the structure of competition. The approach implied by these judicial authorities, concerned about preserving the positions of individual firms and competitors, no longer reflects the Commission's own policy view.

A wide range of remedies is available to correct and deter abuse of dominance. The new enforcement regulation has authorised the Commission to order structural relief, which could include divestiture but might also include other dispositions of property rights. These measures must be proportionate. The Commission may only use structural measures to correct abuse of dominance where there is no equally effective behavioural remedy, or any behavioural remedy would be more burdensome to the entity that will be the object of the structural remedy. The new enforcement regulation also confirmed that the Commission can order interim relief, which is particularly significant in cases about access. Behavioural orders and financial sanctions remain the principal tools. Substantial recent fines include EUR 13 million for exclusionary pricing in telecoms and EUR 24 million for loyalty rebates. The fine against Microsoft shows that Community sanctions against abuse

of dominance can be vigorous; at EUR 497 million, it exceeds the total fines the Commission imposed against horizontal cartels in 2004.

Article 82 is one of the next subjects due for modernisation. The Commission plans to issue a discussion paper soon, which may be a prelude to proposed enforcement guidelines. The result will probably follow the pattern of other new guidelines, focusing on aspects of conduct that are related to competitive effects and economic principles more than on formal distinctions and classifications. A contribution to the discussion from the Economic Advisory Group for Competition Policy, posted on the DG Comp website in July 2005, advocates an economic approach based on the market effect of a practice, rather than its form or classification.

## 2.5 *Mergers*

The inclusive legal standard for merger control can deal with all kinds of competitive effects. The Commission may prevent or correct a merger that would “significantly impede effective competition ... in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position.” This substantive standard is subsidiary to the Regulation’s fundamental criterion, whether the transaction is “compatible with the common market.”<sup>25</sup> The 2004 revision of the Merger Regulation revised the original 1989 standard. The principal issue motivating the change was non-coordinated effects in oligopoly markets, where the merged firm might have market power without necessarily having an appreciably larger market share than the next competitor.

The Commission’s 2004 guidelines about horizontal mergers imply strong harmonisation in approach across the Atlantic, at least for horizontal combinations. The guidelines’ structural safe-harbours and presumptions are based on market shares and HHI. The guidelines presume that a merger does not impede effective competition if the new entity’s market share would not exceed 25%; however, this presumption does not apply to coordinated effects, where the merged entity would be collectively dominant along with other third parties. The guidelines rely on HHI levels not as firm cut-offs, but as points beyond which it is more, or less, likely that detailed analysis will be needed or that a competition issue will arise. With that general caveat, the guidelines draw the bottom line at post-merger HHI of 1000. The line of greater scrutiny is drawn at post-merger HHI up to 2000, changing by less than 250 points, or over 2000, changing by less than 150 points. Regardless of these levels, though, the guidelines warn that special attention will be paid if any party has a pre-merger share over 50%, or if there are obvious issues of potential or toe-hold entry, innovation, cross-shareholding, “maverick” market behaviour or indications of oligopoly behaviour in the industry. The guidelines discuss in detail the theories

of non-coordinated and co-ordinated anti-competitive effect. Where non-coordinated effects are the concern, an important indicator where products are differentiated can be the closeness of substitution between the merging firms' products, for homogeneous products, an important factor is the relative capacities of the merging firms and their rivals. A market share over 50% and a significant market share advantage over any rival may be a strong indication that the merger would create or strengthen a dominant position. Where co-ordinated effects are the concern, the guidelines describe the conditions for finding that a merger will create or strengthen a position of collective dominance.

Countervailing factors include buyer power and entry. Whether significant entry is likely is determined by inquiring whether an entrant would find it profitable to do so in post-acquisition market conditions. Entry must not only be likely but also sufficient and timely. The measure of timeliness could vary in different product markets, but the normal test is 2 years.

Efficiencies can also be a mitigating factor, if they are merger specific, timely, verifiable, and benefit consumers. Reductions in variable or marginal costs are more likely to lead to lower prices, and hence they would get more weight than savings in fixed costs. The guidelines disavow an efficiency "offence", that is, that increases in productive efficiency, giving the merged firm a cost advantage over rivals, will be a reason to reject a merger.

If one of the parties is financially failing, the guidelines would permit an otherwise anti-competitive merger. The rationale is that the competitive structure would deteriorate equally absent the merger. The parties must show that the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market by financial difficulties if not taken over by another firm, that there is no less anti-competitive alternative acquirer, and that in the absence of a merger the assets of the failing firm would inevitably exit the market.

The merger regulation and the guidelines do not call for considering policies other than effects on competition. Efficiencies are taken into account as part of the competitive assessment. Although the Commission does not consider other policies explicitly, the merger regulation recognises that Member States may do so in defined circumstances. They may take "appropriate measures" to protect public security, media plurality and prudential financial rules, as long as those measures are compatible with Community law, concerning mergers that have a Community dimension. Member States could invoke these principles to block or regulate transactions that do not impede competition; however, they could not invoke them to authorise a transaction that the Commission has blocked.<sup>26</sup>



A concentration cannot be put into effect before it is notified to the Commission and the Commission has cleared it. This merger control power applies only to transactions that are large enough to have a Community dimension. That status and the associated obligation to notify the Commission in advance are defined in terms of turnover, in total and within the Community. A transaction has a Community dimension when the combined aggregate worldwide annual turnover of all of the firms involved is more than EUR 5 billion, and the aggregate turnover within the EEA of each of (at least two) of them is more than EUR 250 million. An alternative definition captures certain transactions that have significant effects in several Member States. If the merging firms concentrate their Community business in a single Member State (with each of them having more than two-thirds of its Community turnover there), then the merger does not have Community dimension and the national competition authorities are responsible for it. There is also now a discretionary process for avoiding multiple national filings and reviews. If a merger may have to be reviewed in 3 or more Member States, the merging firms can request that the Commission examine the merger, which it will do if none of the Member States objects. Merger control is more like a formal approval than a simple notification. The merger regulation, the Commission's implementing regulation and its "best practice guidelines" set out the process. It begins with informal contacts with DG Comp staff, including submission of a briefing memorandum and draft notification documents, before any formal filing is made. The formal process begins with submission of a detailed notification describing the transaction, its motivations, markets affected, market shares, and conditions of supply, entry and exit, and considerable other documentation. The Commission may use all of its other powers to get further information from the merging parties and from others. The Commission's decision process for mergers is similar to the process for other competition matters, except that merger decisions are subject to strict deadlines. The deadlines are now set in terms of working days. In the "first phase," the issue is whether to clear the transaction or to open a second phase investigation; the deadline to finish the first phase is 25 days; if the matter continues to the "second phase" investigation and decision, the deadline is 90 days from the beginning of the second phase; if the parties offer modifications to deal with competition concerns, the first phase can be extended to 35 days, and the second phase, to 105 days.

Guidelines about the treatment of non-horizontal mergers, particularly vertical ones, may be issued in the future, once Court judgments have been taken in some important pending cases. The most prominent of these is the appeal of the Commission's decision against the conglomerate GE-Honeywell merger. The Commission is also engaged in a study of the effectiveness of merger remedies.

## 2.6 *State aid*

Basic principles for the control of state subsidies and other aids in order to prevent distortion of competition are contained in Articles 87-89 of the Treaty. The Commission determines whether aid violates the Treaty standard, and it can order the Member State to end it and order the recipient of illegal aid to return it. The Council can override the Commission's actions about state aid, in exceptional circumstances, but it must do so by unanimous vote. The policy motivation for state aid control in the original treaties was to prevent national favouritism and thus promote opportunities for trade and competition among the Member States. DG Competition administers the system for notification and approval and deals with state aid policy and decisions about most sectors. Other directorates-general apply the rules in transport, coal, agriculture and fisheries.

The substantive criterion is whether the aid distorts or threatens to distort competition by favouring some products or enterprises (and affects trade between Member States). Drawing on this text, the elements that define state aid are state resources, advantage to firms or industries, selectivity, distortion of competition and effect on trade. Correct classification has practical consequences. A measure that falls within the formal category "state aid" must be notified and approved by the Commission in advance. Thus the first issue to determine is whether a program or action constitutes aid. To then assess whether aid is compatible with the common market, the Treaty describes permissible purposes for aid. Aid is permitted for redressing underdevelopment and unemployment and for dealing with serious economic disturbances and important projects of common European interest. Aid for other regional development and for promoting culture and preserving heritage is permitted only where it does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest. The Council may define other categories of aid that are compatible with the common market. Aid issues are classified into "horizontal," regional, fiscal and sectoral, as well as the special provisions about coal, transport, agriculture and fisheries. Recent cases have involved shipbuilding, motor vehicles, steel, telecoms and broadcasting. The Commission has issued several notices and guidelines clarifying its policies about aid for regional development, employment, research and development, environmental protection and corporate rescue and restructuring. Block exemption regulations define permissible aids for small and medium sized enterprises, training and employment. The process of applying the legal standards and regulations depends more on categorisation than on direct evaluation of actual or threatened distortions of competition in particular markets.

Aid that pays for provision of public services might conflict with the principle that state aid should not distort competition. The state aid rules permit compensation for the performance of functions that the market could not be expected to provide,

such as geographic coverage or universal access, but they do not permit over-compensation. The ECJ resolved a long-running controversy over how to balance these considerations in its 2003 *Altmark* judgment. The judgment announced criteria for determining that support does not confer a competitive advantage, and hence does not constitute aid that must be notified and approved in advance. These are: clear definition of the public service obligations in national law; objective and transparent parameters for compensation determined in advance; and compensation no greater than costs (including a reasonable profit). Most imaginatively, the court decided that the provider would have no competitive advantage, and therefore the compensation would not be aid, if it had been selected through open bidding or a public procurement process. If there is no competitive bidding process, the reference for costs will not be the actual cost of the provider, but those of a hypothetical, normally efficient and economically viable company.

In July 2005, the Commission issued a package of measures clarifying treatment of compensation for public services, building on the direction of the case law. One element of the package is a Commission decision that specifies conditions under which compensation for public services does not have to be notified in advance. The decision includes a quantitative threshold, being applicable to compensation of less than EUR 30 million per year provided the beneficiaries have annual turnover of less than EUR 100 million. Compensation to hospitals and social housing for services of general economic interest benefits from the decision irrespective of the amounts involved. Compensation for air and sea transport to islands and for airports and ports is covered by the decision below thresholds that are defined in terms of passenger volumes. Another element of the package is a framework document explaining the conditions under which compensation that does not meet the criteria of the decision, and hence must be notified and approved, would nonetheless be compatible with the state aid rules. In particular, compensation that exceeds the costs of the public service or that is used by the recipients in other markets that are open to competition would be incompatible. The package also includes an amendment to the directive about transparency, clarifying the obligation to maintain separate accounts to facilitate checking for over-compensation.

The Commission is focusing its attention on the kinds of aid that are most likely to distort competition. These are restructuring aid, regional aid targeted to large firms, fiscal aid to attract investment and aid sectors that are key to competitiveness such as newly liberalised services and network industries. In the traditional network industries, aid is often connected to controversies over responsibility for stranded costs. The Commission has undertaken an inquiry about new guidelines for state aid, following the Council's March 2005 direction to Member States to work towards reducing the level of state aid while making allowance for market failures. The Council called for redeploying aid towards

research and innovation and the optimisation of human capital, while reforming regional aid to encourage investment and reduce disparities. General rules will try to identify better the classes of likely market failure that can be traced to subsidy distortions. Application will examine whether the aid corrects the failure and whether it is done in a way that minimises distortions of competition. The system of notification and approval is likely to be retained, but the Commission's consultation notice also suggests that some oversight and enforcement responsibility could be shared with independent authorities in Member States.

## **2.7 *Unfair competition and consumer protection***

Claims about unfair competition between firms are matter of Member State national law. By contrast, consumer protection is recognised in the Treaty as a Community responsibility. Treaty Article 153 provides that "the Community shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests." Community regulation about consumer protection is authorised to some extent, but principal reliance is placed on Member State laws. The Treaty permits Member States to adopt consumer protections that are more stringent than Community regulations in the area. The Treaty language implies a focus on product standards, including environmental and safety concerns.

Community consumer protection policy now also addresses market issues such as information asymmetry and bargaining fairness. A directive to harmonise Member States' rules on unfair commercial practices was signed in May 2005 and is expected to become effective in 2007. It clarifies consumers' rights by establishing common rules against aggressive or misleading marketing to consumers. It defines a limited range of "sharp practices" that are to be prohibited EU-wide. These include so-called "pressure selling", such as implying that a consumer cannot leave the shop without signing a contract, conducting personal visits to the consumer's home and ignoring the consumer's request to leave or not to return, and misleading marketing, such as bait-and-switch tactics, falsely claiming to adhere to a code of conduct or describing a product as "gratis", "free" or "without charge" if the consumer has to pay anything other than unavoidable delivery or collection costs. The directive also establishes general principles that can be used to assess whether other types of practices should be prohibited as unfair. The key test in most cases is whether the practice would unfairly distort the behaviour of an "average" consumer, although there are also provisions aimed at preventing exploitation of particularly vulnerable consumers. These norms will be enforced at the national level. The lack of Community-wide consumer protection enforcement contrasts with the Commission's powers to apply competition policy directly.

To make the connection between competition and consumer interests more visible, DG Comp has designated a Consumer Liaison Officer to develop contacts with consumer NGOs, soliciting complaints about infringements and comments on policy proposals. The post will also improve communications with other Commission Directorates General, especially Health and Consumer Protection.

Norms about fair dealing and relative bargaining power between businesses, such as rules against sales below cost and abuse of economic dependence, are not part of Community law. They are, however, included in the laws in several Member countries, and sometimes in their competition laws. These laws related to unfair competition can be inconsistent with a consumer-welfare conception of competition policy. Under the Community enforcement regulation, Member State laws about the unilateral conduct of dominant firms can be stricter than Community law. This concession to local variation permits these national regimes to control abuses of economic dependence in conditions where dominance of an economic market is not an issue.

### **3. Institutional issues: enforcement structure and practices**

The administrative process for applying the law is adapting to strengthen investigative powers and better incorporate economic concepts and evidence in decision-making, in order to convince the courts while maintaining policy consistency in a system of decentralised enforcement.

#### **3.1 *Competition policy institutions***

The European Commission, as the Community's executive body, implements its competition policy. By Treaty, the Commissioners shall, "in the general interest of the Community, be completely independent in the performance of their duties," neither seeking nor taking instructions from a government or anyone else, and refraining from any action incompatible with their duties. Member governments undertake to respect the principle and not to seek to influence members. The Commissioners have protected tenure during their 5 year terms. Only an order from the ECJ can remove a Commissioner. Still, the Commission's structure and appointment process embody indirect links to the Member governments and to the Community's political institutions. There are 25 Commissioners, one from each Member State. When a Commission is created, the Member State governments first agree on a nominee for Commission President. Once approved by Parliament, the president-elect then nominates the other Members of the Commission, in accordance with proposals made by each Member State. The president-elect's nominees are then appointed by the Council, after approval by Parliament. The nominees tend to be politically experienced, often with previous service as government ministers.

Decisions about policy initiatives and cases are taken by the Commission as a body, which meets weekly (but which can also act by written procedure or delegated authority). As a practical matter, competition policy is dominated by the Commissioner holding the competition portfolio. The Commission has not disagreed with the Competition Commissioner's recommendation on a major enforcement matter since some merger decisions in the early 1990s. More recently, deliberation among the Commissioners did lead to adjustments in some state aid matters and the motor vehicle block exemption regulation. But on balance, the *de facto* prerogative of the Commissioner for Competition has increased. With that increased prerogative has come increased confidence that Commission decisions about important competition cases are made independently of other policy considerations and influences.<sup>27</sup>

In the Commission staff, the Directorate-General for Competition is principally responsible for competition policy and enforcement. Headed by a Director General who is a career Community manager, DG Comp is organised into 10 directorates, for management, antitrust and merger policy, cartel enforcement, sectoral expertise (4 directorates) and state aid (3 directorates, including one for policy). DG Comp's complement has been stable for several years at just over 600 permanent staff. In addition, DG Comp relies on contract and auxiliary personnel and experts seconded from Member State competition agencies.

### **3.2 *Enforcement processes and powers***

The Commission uses broadly similar basic procedures and investigative tools for dealing *ex post* with infringements<sup>28</sup> of Articles 81 and 82 and for decisions about notified mergers. A complaint or merger notification, or a decision to start a procedure at the Commission's own initiative, is followed by an investigation by DG Comp, managed by a case handler. The evidence and proposed remedy are presented to the respondent in a "statement of objections". The respondent has a right of access to the investigative file and an opportunity to reply, in writing and at an oral hearing. The decision is taken by the Commission, on a recommendation of the Competition Commissioner. The Commission no longer processes applications for individual exemption or negative clearance, because it no longer has the power to issue them. The enforcement regulation provides for the possibility of a "guidance letter", but it sets conditions to discourage routine requests. Now that the historically important system of notification and exemption has been eliminated, the legal criteria describing what is prohibited and what qualifies for exemption apply directly. In effect, this approach puts a burden on companies to evaluate their agreements accurately, as they are at risk for making a mistake.<sup>29</sup>

A complaint is submitted on a prescribed form. Comprehensive background information and documentation are required. The complainant is asked to detail the factual basis of the claim, supply information about markets and market shares, submit documents and statistics relating to the complaint, give names of persons who could testify about it, explain the complainant's legitimate interest in the matter and specify the relief sought.

Investigative tools and powers deal principally with documentary information, since Commission procedures rely heavily on documentary evidence. A request for information may be a "simple" request or a "request by decision." Each will state the basis and purpose of the request, specify the information requested and the deadline, and indicate the consequences of incorrect or misleading response. There is no penalty for failing to respond to a simple request, although a company can be fined if its responses are false or misleading; by contrast, a company risks substantial fines for failure to respond to a request by decision. It is no longer necessary for the Commission to send a simple request before sending a request by decision.

To get information that companies are likely to want to conceal, the Commission can launch a "dawn raid." It has the power to enter business premises (and vehicles), to examine physical records and take copies and extracts. It can seal the premises during the search and ask representatives for explanations of what it is finding. The Commission can require responses about factual matters, but not statements that admit an infringement. The company can have its lawyer present, but cannot delay the process too long in order to summon counsel. In antitrust matters, but not merger investigations, the "dawn raid" power extends to homes of individual directors, managers and staff, on reasonable suspicion that books and records about the business and the subject of the investigation are there. If a firm resists cooperating, the use of force to obtain entry requires an order from a national court. The Commission must describe the nature of the suspected infringement and the target's involvement in it and explain the need for the particular search. The national court can verify that coercive measures are not arbitrary or disproportionate; however, the court may not demand to see the evidence in the Commission's file. The power to search residences has not yet been used as of mid-2005.

Testimony has been relatively unimportant. In the past, it has usually been confined to answers to factual questions about documents asked during a dawn raid and statements made at an oral hearing after the Commission has issued a statement of objections. The Commission now has a limited additional power to interview persons during investigations. But the individuals must consent to the process, and they face no penalty if the information they provide is false or misleading. Leniency applicants, who are under a duty of co-operation, are more constrained to tell the

truth than the subjects of these interviews will be. As of mid-2005, the new interview power had only been used in cartel investigations.

Providing false or misleading information in an investigation, or failing to provide complete and accurate responses within the time set by a request by decision, may result in fines of to 1% of turnover. Daily periodic penalties of up to 5% of average daily turnover may also be imposed to compel complete and accurate responses to a request by decision. Usually, those penalties would accrue only if the recipient fails to respond on time. In a merger proceeding, recalcitrance that requires the Commission to resort to a request by decision can toll the decision deadline.

The Competition Commissioner decides about whether to send a statement of objections, after consultation with the Commission's Legal Service, an external unit that reports to the President of the Commission. The parties have a right to access the Commission's file after the Commission has issued the statement of objections. The statement of objections is not usually the first contact between the Commission staff and the respondent about the theory of the possible case, though. A pattern of "best practices" about the exchange of views and evidence has developed over the years. For merger matters, DG Comp has set out these "best practices" in a publication, in which DG Comp commits to make its best efforts to provide notifying parties with access to key documents such as third-party submissions once the second phase begins. They also provide for "clear the air" meetings between merging parties and third parties and regular "state of play" meetings between merging parties, senior DG Comp officials and the investigating team.

The oral hearing is conducted by a Hearing Officer. Most parties now take advantage of this opportunity.<sup>30</sup> There are now 2 Hearing Officers, who report to the Competition Commissioner but are not part of the Competition Directorate. In addition to ensuring the parties' right to be heard, they rule about confidentiality and other process issues. Their role and status was strengthened by a 2001 Commission Regulation stressing the need for independent oversight of competition proceedings. Their independence is ensured mostly by transparency about their appointment and termination, rather than by protected tenure. The hearing is not before the Commission or the Competition Commissioner. Those in attendance are usually the respondents, investigating staff, staff from other directorates of DG Comp, and staff from other Commission services and from Member State enforcement agencies.

"Scrutiny" or "peer review" panels are an important innovation in the internal process at DG Comp. These *ad hoc* committees are assigned to review a matter and report about it directly to the Director-General. This process for internal quality control was set up in 2003, but it is not entirely new. Similar reviews had been done on a few occasions since the early 1990s. Panels are used about 10-12 times per year



for cases that raise complex or novel issues. About 60% of the reviews to date have dealt with second-phase merger investigations, and about 30% with antitrust cases. The Director General designates each panel, which normally includes one head of unit, one senior case handler and one junior case handler. The review is organised by an official from the DG Comp policy directorate, who serves as “scrutiny officer” and writes the report for the Director General. The session at which the case team makes its presentation to the panel may last a full day. The Commission Legal Service, the Hearing Officer and other interested services may attend. Panels have suggested changes in more than half of the cases they have reviewed, mostly about remedies. In at least one case, a review of a merger resulted in dropping the case completely. Most peer reviews are held after the parties have replied to the statement of objections, so the panel can consider both the staff’s case and the strength of the parties’ response to it. A review may be held at an earlier stage, before the statement of objections is sent, to try out a potentially innovative theory.

Advisory Committees composed of officials from Member State competition agencies play a role in both antitrust and merger matters. These committees meet regularly and submit opinions about proposed decisions. Their opinions about mergers are appended to the decision and published. Their opinions about other cases are appended to the decisions and may be published if the Committee recommends it. Advisory Committee views do not control DG Comp’s recommendation to the Commission. But the consultation process is a valuable avenue for achieving general consensus, and DG Comp takes the views seriously.

The draft decision is prepared by the DG Comp case-handler (or team of case-handlers) and reviewed by DG Comp management. It is also reviewed by the decision scrutiny unit. The Competition Commissioner consults with the Legal Service and the Advisory Committee from the Member States before proposing a decision to the Commission. There are several other means for providing a measure of quality control over the staff’s recommendation, in addition to the possibility of an internal scrutiny panel. The Hearing Officer prepares a report about procedural issues, which goes to the Advisory Committee, and a separate report to the Director General assessing the response to the staff’s case. Although the Hearing Officer’s principal role is about issues of process, the reports may include insights about the evidence and the substantive issues. The Chief Competition Economist reports independently to the Director General and the Competition Commissioner. With the agreement of the Director General, the Chief Competition Economist could submit his advice to the Commission itself in a separate opinion. The proposed decision is adopted by majority vote of the Commission members, although non-controversial matters can be decided without formal deliberation.<sup>31</sup>

The principal sanction for substantive infringements, set out in the Council regulation on enforcement, is an administrative fine against the infringing undertaking. This fine can be as high as 10% of the undertaking's global annual turnover. The regulation does not authorise fines against individuals. A Commission guideline explains the considerations applied in setting fines for infringements of Article 81 and Article 82. The process begins with a basic amount, which is then adjusted upwards for aggravating circumstances and downwards for attenuating circumstances.<sup>32</sup> The basic amount depends on the gravity of the infringement (which includes its nature and impact (if measurable) and the size of the market) and its duration. The guideline recognises three classifications in terms of the gravity of the infringement: minor, calling for a fine between EUR 1 000 and EUR 1 million; serious, up to EUR 20 million; and very serious, over EUR 20 million. These approximate levels are not fixed. That amount can then be increased to account for duration, up to 50% for medium duration infringements and up to 10% per year for longer ones. The aggravating circumstances could include repeat offences, refusal to co-operate, leadership in the violation, retaliation against other firms and the need to set the penalty greater than the gain. The attenuating circumstances could include with a passive role in the violation, non-implementation, termination upon Commission intervention, reasonable doubt about whether the conduct was an infringement, negligence and co-operation with the Commission (outside of the leniency programme). The enforcement regulation now makes clear that the Commission can accept binding commitments to correct infringements and that the Commission can impose a fine for failure to comply with these commitments; however, commitments are not to be accepted in cases where the Commission intended to impose a fine in the first place.

The power of the courts to review the amount and appropriateness of a fine is unlimited. The courts do not require the Commission to follow a prescribed formula, recognising that an element of discretion is needed to tune sanctions to effective deterrence. But in law, the courts can reach their own decisions about the reasonableness of fines. Because of how fines are determined, this means the courts could effectively substitute their own opinions for the Commission's about the gravity and duration of the infringement. Decisions have paid close attention to how the Commission's computation conforms to the relevant criteria of aggravation and attenuation, if not to the choice of the starting point. (Joshua, 2004)

The Commission has had a formal leniency program since 1996. After revisions to the program's terms in 2002, which replaced the "decisive evidence" requirement and the "ringleader" proviso, the process is more certain and transparent. The first undertaking that comes forward can receive full immunity from fines. The evidence it supplies should be enough for the Commission to order an inspection. The application may be hypothetical; actual evidence can be supplied

in a second stage. Conditional immunity can be granted within weeks, providing applicants with some legal certainty at an early stage. Even after the Commission has launched an inspection, immunity may still be possible if immunity has not already been granted to another. If immunity has already been granted, or if the Commission already has enough evidence to find an infringement, reductions of fines remain possible for companies that provide significant added value to the Commission's case. For the second firm to come in, the fine could be reduced by 30-50%<sup>33</sup>; for the third, 20-30%; for others, no more than 20%. There are conditions: the applicant must co-operate throughout the Commission's proceeding and end its involvement in the cartel, and it may not have coerced others to participate in the violation. Applications continue to increase. There were 16 in 2003 and 29 in 2004<sup>34</sup>.

There have been controversies about whether corporate statements that leniency applicants provide to the Commission are discoverable in private civil suits. This concern has been raised in particular with respect to US treble damage civil suits. The Commission considers that a corporate statement, in which the company describes its participation in a cartel with effects in the EU, and which has been produced for the sole purpose of applying for immunity or a reduction of fines under the Commission's leniency programme, should not be discoverable for use in other legal proceedings. While the Commission does not want to hinder civil litigation, it does not believe that plaintiffs in civil litigation should benefit from the unrelated and autonomous procedure of the Commission's leniency programme, undermining that programme in the process. Against this background and to reduce the risk that confidentiality of such statements will be compromised, the Commission will depart from standard Commission practice, which depends strongly on written evidence. The Commission has already processed a large number of leniency applications on the basis of oral statements rather than written corporate statements. The Commission investigators record the applicant's oral statement on a tape and will use the tape as evidence in its decisions and in proceedings before the EC Courts. The tape is treated as non-discoverable.

### **3.3      *Judicial review***

Commission decisions are subject to oversight by the two European courts. The ECJ, which was established in the original ECSC, ensures enforcement against Member States, decides disputes between the Community and Member States (and between Community institutions) and ensures uniform interpretation of Community law by deciding questions referred to it by national courts. The CFI was created to reduce the ECJ workload and backlog by dealing with the cases with no political or constitutional importance and those involving complex facts. The ECJ can review CFI judgments, but only on matters of law. The possibility of a substantive appeal to

the courts brings the Community's competition enforcement system into compliance with the European Convention on Human Rights. The ECJ held in 1980 that the Commission process did not provide the "independent and impartial tribunal" that the Convention requires.

The decision of the Commission in an infringement matter, to terminate the violation or pay a fine, is binding. The parties can bring an action in the CFI to annul it, on grounds of fact or law. Filing the court action does not itself suspend the application of the decision. The parties can request that the CFI suspend application pending the appeal. For fines, the Commission's practice is to agree to suspend pending appeal, on condition of providing a bank guarantee for the fine plus interest. If the courts annul a merger decision, that action does not amount to clearance; rather, the matter is sent back to the Commission to re-examine the notification, potentially repeating the two-phase merger review process. The judicial process has normally taken 2-3 years to complete. The CFI adopted an expedited process, providing for written procedures and a full hearing, through which it can complete a matter within 8-10 months after a Commission decision. Thus there is now a realistic prospect of judicial oversight of time-sensitive matters such as mergers. Rules about standing are generous, so complainants are regarded as individually concerned and hence can challenge the Commission's action or inaction.

The scope of review under the general Treaty provision looks limited and supervisory, not involving re-examination on the merits. (Article 230) The grounds for judicial review are lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, the Treaty itself or a rule of law related to its application and misuse of power. Despite this apparently narrow scope, the CFI and the ECJ have also overturned Commission decisions for inadequacy of evidence or error of fact. The courts have devised a category of "comprehensive review," and when applying it the CFI will control the accuracy and quality of the Commission's reasoning about economic and market analysis. The court rules provide for commissioning independent expert reports. In its 1985 *Wood Pulp* judgment, the ECJ relied on reports of its appointed experts to overturn the Commission's findings and conclusions.<sup>35</sup> The CFI at first rejected about half of the Commission's decisions imposing substantial fines; however, those actions may have represented an effort to set ground rules about procedures, since several of the rejected fines were later upheld after the Commission revisited the matters to correct the procedural flaws. (Wils, 2004)

### **3.4 Other means of applying EU competition law**

Private parties can sue in national courts, under national procedures, for relief from infringements of Community competition law. Such actions in national courts

could have attractions, such as co-ordination with related claims about breach of contract or unfair competition. In general, remedies for infringement of obligations under Community law are determined by national legal systems and procedures, subject to a requirement of non-discrimination and efficacy. The claimant under Community law must not be worse off than a claimant under national law. Sometimes the Community law claimant can even do better, as the ECJ requires national courts to make remedies available in some situations even where national law does not. (Hartley, 1994) State aid principles are also enforceable by private parties in national courts, that is, the disadvantaged competitor can obtain a judicial declaration and order that non-notified aid is illegal and thus must be repaid.

The practical incentive to file a private action was dampened by the available alternative of a cost-free complaint to the Commission, which for years acted as though it were under an obligation to give complaints priority treatment. The usual Commission infringement proceeding has elements of privately-initiated litigation. An advantage of taking the trouble to meet the demands of a formal complaint at the Commission is that complainant gains party standing, including the right to participate to some extent in the proceedings at the Commission and to seek judicial review if the action is unfavourable.

The Commission has long tried to encourage resort to private suits in national courts. In 1992, the CFI freed the Commission of the obligation to give complaints priority treatment, permitting it to defer to a national court to deal with a matter that did not have enough Community interest. Taking immediate advantage of the CFI's endorsement of its right to set enforcement priorities, the Commission issued a notice on co-operation with national courts to call attention to the option and provide guidance. Notably, national judiciaries must make available to claimants under Community competition law all remedies and procedures, such as injunctions and compensation, that are available to claimants under analogous or related national laws. But the Commission's monopoly on granting exemptions under Article 81(3) remained a disincentive until 2004. DG Comp is again trying to promote more private enforcement, to empower those who are the object of infringements of the law. Stronger private relief, providing complainants with a credible alternative avenue, is conceptually a correlate, or even a precondition, for the Commission's greater discretion over its own priorities and case selection. Procedures and powers of Member State legal systems must be taken into account, and judges need to be knowledgeable about competition issues. To meet this challenge of decentralised enforcement generally, the Commission and others are supporting efforts by associations of national judges to organise seminars and programs about competition law and enforcement.

National courts are making more use of provisions permitting them to ask the Commission for information and opinions. The Commission has promised to respond quickly, within 1 month for information and 4 months for an opinion. The Commission's ultimate recourse if national courts appear to be taking inconsistent positions about a practice in an industry would be to take a decision itself. DG Comp has not usually made *amicus* appearances in national matters, but that is also an option that might be considered.

Member State competition agencies and courts can apply Community substantive law.<sup>36</sup> All Member States have taken the necessary national legislative steps to be sure that national institutions have the power to apply Community law. Indeed, national authorities now have an obligation to apply Community law if the jurisdictional requirement of Community effect is met. National authorities can, under Community law, order cessation of an infringement, order interim measures, accept commitments, impose fines and make negative determinations that there are no grounds for action. In a few countries, such as Ireland, the "national authorities" designated under the Community enforcement co-operation system include courts. Co-operation is encouraged and to some extent required. National authorities must notify the Commission 30 days before adopting an infringement decision, accepting a commitment or withdrawing the benefit of a block exemption regulation. The Commission can take over a case if, after consultation, it appears that the national authority might produce a result in conflict with established principles of Community law or that this is necessary in order to ensure efficient enforcement or to develop Community competition policy. Confidential information can be exchanged for purposes of Community law enforcement or simultaneous Community-national law action; however, confidential information from Community cases cannot be used directly in national law cases that threaten individual penal sanctions, except in the so-far unusual situation where the source and recipient countries have similar sanctions. A national authority can suspend or decline to pursue its own action if another authority is already dealing with the same conduct. This is optional, not mandatory. National authorities must assist the Commission's investigations, obtaining court orders if needed for dawn raids. National authorities may now carry out investigations in aid of the Community-law actions of other national authorities.

The informal "European Competition Network" (ECN) is the medium for facilitating inter-agency co-ordination. The ECN is conceptually and functionally distinct from the Advisory Committee that must be consulted about Commission enforcement proposals. It is also distinct from the association of European national competition agencies, which has been in existence for several years (and which includes agencies in countries that are not Member States of the EU). The basis for the ECN is in the enforcement regulation requirements for consultation and

provisions about information exchange and case allocation. The network is mentioned in the recitals of the enforcement regulation, but the ECN has no legal status. The notice on co-operation explains how it will work, to allocate cases, handle information and ensure consistency. A joint declaration in the modernisation package describes the agencies' non-binding expectations about co-operation. Normally, a case would be handled by the authority of the Member State that is most affected, and others would stay their own proceedings. The Commission would normally deal with matters that substantially affect more than 3 Members or where its intervention is appropriate in order to ensure efficient enforcement or to set policy. Where a national authority is already acting on a case, the Commission would only exercise its power to take over if it looks like it will be in conflict with others or with established Community case law, if it is taking too long, or if similar problems are appearing widely and a Community decision is needed to clarify Community policy. The Commission would not normally adopt a decision in conflict with a national authority's decision if it has been kept fully informed about the case. The ECN is also a forum for informal co-operation. The members hold occasional plenary meetings at the policy level. There are also working groups on topics such as leniency, transitional issues, sanctions and procedures, and Article 82, and sector subgroups about railways, electricity and insurance.

As agencies across the Community share enforcement responsibilities, complications will arise about parallel investigations and leniency applications in several jurisdictions. Exchange of experiences has led to the introduction of generally consistent leniency programs in the Member States. Programs are in place in 17 Members now, and programs are planned in several more. Enforcement could suffer if multiplicity and inconsistency deter firms from coming forward. Differences among the programs are few, mostly about the obligation to stop the infringing conduct. Some permit continuation to avoid tipping off other conspirators so they will destroy evidence. Although the absence of programs in a few Members may cause firms some anxiety about the risk of exposure, the network notice requirement provides some safeguard. Information given by a leniency applicant can only be exchanged with other enforcement bodies with the applicant's consent, except if it has also applied with the receiving authority or if the receiving authority promises in writing not to use it or any information collected after the date of transmission to impose a sanction on the applicant. This permits *de facto* export of leniency to countries without programs. Multiple filing is consistent with parallel competences, but demanding complete applications everywhere imposes some practical burden. To ease the burden, a few national authorities are accepting "short form" leniency applications. One potential complication arises from the fact that several Member States provide for criminal penalties. In Ireland and the UK, the national leniency programs deal with the eligibility of individuals. This is less clear

in other Member States that provide for criminal liability, at least for some anticompetitive conduct. These include Austria, Belgium, France, Germany, Greece and Spain.

The merger regulation also provides for co-ordination among the agencies. The system of allocating jurisdiction provides the possibility that, with the agreement of the Member State agencies, the Commission can review mergers that do not have a community dimension but that would need to be notified in a large number of Member States. The system provides for consultation about such transactions before they are notified. In the first year, there were 30 requests for clearance to DG Comp because of multiple coverage, obviating 214 national-level multiple notifications. This amounted to about 10% of the cases under the new regulation. On a few occasions, company requests to have their mergers reviewed by the Commission were vetoed by Member States that wanted to review the mergers themselves.

### **3.5 *International issues***

Community institutions have not usually claimed jurisdiction on the grounds that conduct outside the Community has had an effect within it. Instead, other legal constructions are applied so that conduct outside the Community that is a matter of concern to Community enforcement can be characterised as having taken place within the Community. One such device is the group economic unit. If a parent outside the Community could control an affiliate or subsidiary within it, that power will support an imputation that the foreign parent has acted within the Community. This imputation does not require proof that the parent has actually done so. Another tool is the conception of the implementation of a practice. If a cartel sells something to a customer in the Community, the agreement is said to be implemented there even if the sale is direct and no member or affiliate is actually found within the Community territory. ECJ judgments supporting these legal constructions have declined to apply the arguments of the Commission and the Advocates General of the ECJ in favour of the simpler, more direct doctrine of jurisdiction based on effect in the Community. But at least for mergers, cases such as *Gencor* and statements in speeches by enforcement officials imply acceptance of the emerging international law norm of an effects-based approach, at least where effects are immediate, substantial and foreseeable. (Goyder, 2003)

The Commission has formal co-operation agreements in competition matters with the Canada, Japan and the United States. The agreement with the United States provides for notification of cases that concern the important interests of the other party, exchange of information on general matters, co-operation and co-ordination, traditional comity and positive comity, that is, providing for a request that the other party take action under its legislation concerning behaviour affecting the important



interests of the requesting party.<sup>37</sup> These arrangements have fostered a near-continuous co-ordination in merger and cartel cases, notably to deal with simultaneous leniency applications. Formal notifications from one to the other occur nearly once a week in each direction. The Commission cooperates on a bilateral basis with numerous other competition authorities. Relationships have been particularly continuous with Australia, China, Korea, Mexico, Brazil and EFTA countries. Cooperation with OECD Members is carried out on the basis of the 1995 OECD recommendation. With Korea, the Commission has established a permanent forum of consultation, transparency and cooperation on competition. The Commission has also initiated with China structured dialogue to exchange experiences and views on competition matters. With certain Latin American and Mediterranean area countries, the EU has free trade agreements, which usually contain basic provisions concerning cooperation in competition matters. The Commission has particularly close cooperation, including exchange of confidential information, with the EFTA Surveillance Authority in enforcing the competition provisions in the Agreement on the European Economic Area (EEA Agreement). Information exchanged between the Commission and the EFTA Surveillance Authority may be forwarded to the competition authorities in the Member States and the EFTA countries. Recognising the importance and opportunity for close co-ordination of large-scale cartel investigations, the Commissioner has supported moving toward a “second generation” agreement allowing the exchange of legally protected information with the US enforcers. (Kroes, 2005)

### **3.6 Resources and priorities**

DG Competition is one of the largest competition agencies in the world, with about 615 permanent staff.<sup>38</sup> About a quarter of them deal with state aid (167 work years in 2005), and about half with antitrust, mergers and liberalisation (375). In addition to the permanent staff positions, the competition mission relies on about 67 auxiliary and contract agents, many of them in support positions, and about 41 experts seconded from national enforcement agencies. The competition directorate has long been considered understaffed. One reason given for shifting more cases to national agencies was the fear that resources in DG Comp were “clearly inadequate” for law enforcement in the Community (Goyder, 2003, p. 531) Staff levels have increased since the 1990s. In 1999, the total complement of permanent staff was 486. In the context of decentralisation, the resources available now for Community law enforcement are substantial. Taken together, the competition agencies in the EEA area have nearly 3300 staff.

DG Comp is organised into directorates that specialise by enforcement function and some that concentrate on sectors. Creation of sectoral directorates and units is intended to improve the capacity to respond to matters that arise under different

legal theories, by reducing the need to re-establish basic factual foundations. The special merger task force has been disbanded. Its capacity is now distributed among the mergers units in each of the 4 sectoral directorates. In June 2005 a new directorate specialising in cartels was established. After the dismantling of the merger taskforce, this is the only directorate in DG COMP devoted to a particular enforcement function. Specialisation on this subject is motivated by the importance in these cases of investigative methods and legal issues such as the rights of defence. Thus, this directorate's staff of about 40-50 is dominated by lawyers and other experts, such as accountants, who work regularly with legal issues. It does not have a monopoly on cartel cases, though. The sectoral enforcement divisions may have a comparative advantage in detecting cartel behaviour, because of their continuing contacts within industries. State aid occupies 3 directorates, one of them for policy and co-ordination, one for network industries and liberalised sectors and one for regional, restructuring, research and development and environment and energy aids.

As economics is playing a larger role in Community competition policy, the proportion of economists on the DG Comp staff has increased. The number of permanent DG Comp staff whose training is in economics (173) is still somewhat lower than the number whose training is in law (202). But ten years ago, lawyers reportedly outnumbered economists 7 to 1. (Wilks & McGowan, 1996) To raise the profile of economic analysis, a separate economic unit was created in 2003. The new Chief Competition Economist reports directly to the Director General. He is supported by about 10 experts, all with doctorates in industrial organisation economics, who work with the staff of the enforcement and policy directorates. The Chief Competition Economist and half of the members of this unit come from outside the Commission. They are serving in DG Comp on temporary contracts. Case support occupies about 7 members of the unit. The unit is called on for most Article 82 cases and second-phase merger investigations, and occasionally for Article 81 cases. The unit also contributes to policy studies. The Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), composed of academic economists nominated by the Chief Competition Economist and appointed by the Commissioner, is another source of expertise and advice about policy for DG Comp and the Commissioner. EAGCP sub-groups about antitrust, mergers and state-aid may present an opinion at the request of the Chief Competition Economist, the Director General or the Commissioner, and its members may also be asked for advice on an ad-hoc basis.

The Commission has adopted as one of its primary objectives to re-invigorate the 2000 Lisbon agenda, to improve European innovation and competitiveness. Highlighting this commitment, the Competition Commissioner launched a series of inquiries into competition problems in some critical sectors that should be counted on to make contributions to European competitiveness. These inquiries will examine

conditions and recommend measures for enforcement or regulatory reform in financial services (retail banking and business insurance), electricity and gas. About 8-9 professionals are assigned to work on each inquiry, along with their other duties. The first reports from these inquiries are expected in late 2005, and steps toward implementation will follow in 2006. The 2005 Annual Management Plan for DG Comp, implementing its part of the Commission's overall program, focuses on cartel enforcement, key sectors such as those subject to recent liberalisation and advocacy. To address these priorities, some staff have been shifted to the sector inquiries and the cartel division.

Changes in methods and adoption of different priorities have changed the nature of the caseload. With the end of the notification system, the number of individual cases has declined sharply. Indeed, even the number of matters initiated by complaint or by the Commission itself has declined. In 2004, the Commission reports that it opened 52 antitrust matters on its own initiative, compared to an annual average of about 85 over the previous 5 years. Another 85 antitrust matters were opened based on complaints; this compares to a previous average of 120. The number of formal Commission antitrust decisions is also declining, from 68 in 1999 to 24 in 2004. (European Commission, 2005, pp. 56-57) This general decline in the number of competition law proceedings may be the result of choosing not to pursue minor cases. The Commission tries to concentrate on cartels and foreclosure. There are few infringement matters involving vertical agreements, except for clear territorial restrictions or cumulative foreclosures. The merger caseload in 2004, which saw 242 decisions, was down from the peak of 345 in 2000, but up slightly from 231 in 2003. (European Commission 2005, p. 96)

The Annual Management Plan lists DG Comp's current plans and priorities. Of particular note are planned investigations into abuses of dominance in information industries and the pharmaceutical and chemical sectors, and investigations of other anti-competitive behaviour in pharmaceuticals, mobile telecommunications, media markets, copyright licensing societies, rough diamonds and automobile distribution and repair. Other sectors or industries mentioned for attention, many of them under the liberalisation agenda, include natural gas, electric power, high-speed internet access, postal service operators in non-reserved markets, air transport alliances, possible cartels in banking and barriers to cross-border competition in securities trading.

#### **4. Limits of competition policy: exclusions and sectoral regimes**

There is no general principle in the Treaties or in Community jurisprudence about how to deal with a conflict between the demands of competition law and those of other Community-level laws or official actions. Many passages in the Treaty that

promote other policies and goals include provisos to ensure consistency with the goals of open markets and free competition. If a conflict arose, the legal argument could be over whether the conflicting decision or regulation was illegal because its derogation of competition was not supported by Treaty authorisation to do so. The omission of such a proviso in other passages might imply greater leeway about those topics in the event of conflict.

Conflicts with Member States laws and official actions have been a much more important topic. The Member States' capacity to use national law to prevent or restrain competition is limited. A Member State may constrain the freedom to set prices, if this is manifestly an exercise of government authority and not rubber-stamping of a private agreement and if the power has not been removed by Community legislation. But business firms cannot usually defend their infringements of Article 81 or Article 82 by claiming that national regulation eliminated their freedom of competitive action. This argument only succeeded once, in the *Sugar Cartel* case in 1975. Many cases in the 1980s confronted such purported defences in the context of government-tolerated cartels arranged through traditional trade-associations, where the government order obviously followed the industry's own initiative. Some cases from the 1990s appear to have tolerated pricing agreements, though, where the bodies that reached them, before seeking government imprimatur, comprised mostly non-industry, public members and were required by statute to act in the interests of all market participants, and the state retained the power to reject the proposal. The CFI's 2003 *Greek Ferries* judgment confirms that public authority recommendations may not insulate firms from liability for price fixing, at least as long as the public authorities' pressure was not binding or irresistible.

Member States may adopt rules that constrain competition in order to promote some sectoral or other policy, as long as there was no contrary Community policy on the issue and other Treaty obligations are respected. Since those other Treaty obligations include market openness and non-discrimination, national measures that might affect trade would not be permitted. But the Treaty texts combine to disfavour a broad "state-action" exemption. Article 10 of the Treaty obliges Member States to take all appropriate measures to fulfil their obligations and to facilitate the Commission's task, and it requires that they abstain from any measures that could jeopardise attainment of Treaty objectives. One of those objectives is "a system ensuring that competition in the internal market is not distorted". (Article 3(1)(g)) Thus the Members are obliged to support, and not to undermine, Community competition policy goals. Member State institutions are under a Treaty obligation not to apply such national laws, and hence private undertakings cannot use national legislation that fails this standard to protect themselves from liability under Community law. The Member States themselves might be held liable for breaching

Article 10 if national legislative or administrative measures render ineffective the Community competition rules applied to undertakings.

Close questions about conflicting claims have arisen concerning culture and professional services. The ECJ has rejected the claim that resale price maintenance for books was necessary to protect specialist book shops and the printed media against reduction in variety and availability. The court emphasised that curbing competition about imports would violate the Treaty's market-opening obligation. But the ECJ's 2002 *Wouters* judgment defers to other policy claims, holding that an agreement to limit competition among professionals was actually, when taken in context, an agreement to assure integrity and experience to consumers and to the administration of justice. As such, the agreement was not even covered by the prohibition of Article 81(1). The court ignored the suggestion of the advocate general that the policy conflict should be resolved by treating the legal profession as providers of services of general interest under Article 86.

Article 86 is, along with the rules on state aid, the principal Treaty tool for control of government measures that restrict competition. It is also a key instrument for opening up previously monopolised markets to competition. It deals specifically with public firms, firms with special and exclusive rights services of general interest and revenue-producing monopolies authorised by law. In general, Member States may not enact or maintain any measure contrary to the Treaty rules about competition and trade concerning public undertakings and those that have been granted special and exclusive rights. Article 86 mentions specifically the competition rules of Articles 81-89 and Article 12, forbidding discriminations based on national origin. There is an exception from the Article 86 prohibition. Measures that would otherwise be in violation of Treaty rules are permitted if applying the Treaty rules would obstruct performance of the particular service of general economic interest that has been assigned to an undertaking, and entrusting the undertaking with that task does not affect the development of trade "contrary to the interests of the Community." The exemption has been construed narrowly, to cover only activities with a direct relationship to the entity's main, permitted statutory function, and only where there is a prospect of inherent conflict between that entrusted task and the Treaty rules at issue. It is not enough that the function is economically important. Government measures must have actively and deliberately entrusted the function to the entity.

The Commission's 2001 Communication on Services of General Economic Interest provides some guidance about its intended interpretation of Article 86. States are free to define what counts as a service of general economic interest. The Commission does demand, though, that the public service mission be clearly defined and explicitly entrusted through an act of public authority. This could be a contract,

rather than legislation. A designation of an ostensibly general interest service could be rejected on grounds of manifest error. Community law is neutral with respect to public or private ownership of the undertakings providing them. The Commission will oversee to ensure proportionality, that is, that any restrictions on competition are no greater than is necessary to guarantee effective fulfilment of the mission. Principles for defining and providing services include clear definition of basic obligations about quality, health and safety, transparency about tariffs and providers, choice of service (and, where available, of provider) and regulatory oversight that is independent of the operator and provides for complaint handling and redress. Article 16 of the Treaty admonishes Community institutions and Members to take care to operate services of general economic interest on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their missions. This language was added by the Treaty of Amsterdam. Its precise content is not entirely clear, since it includes a proviso that this is to be without prejudice to Articles 86 and 87. The addition was probably intended as a signal to the Commission to be more cautious in dealing with public service sectors. (Goyder, 2003) In any event, recent liberalisation directives in sectors such as electric power and gas have come from the Council.

The Commission has the power to issue decisions and directives to Member States implementing Article 86. The first broad sector reform directive, concerning telecommunications equipment, was such a Commission initiative, responding to evidence of widespread abuses. The ECJ upheld the Commission's use of this power rather than seeking Council legislation or bringing a particular enforcement action against the Member States. The amended Commission directive set out key elements of permissible special rights, notably that the criteria for granting limited rights or conferring advantages must be objective, proportional and non-discriminatory. The latest generation of the regulatory framework for electronic communications, which applies from July 2003, builds on principles of EU competition law. It imposes ex-ante regulation only on undertakings with significant market power in markets not subject to effective competition, and it foresees progressive withdrawal of regulation as markets become competitive.

Labour is not subject to Community competition law. The Treaty covers labour separately, in Article 39. Employees are not undertakings; rather, they work for undertakings. Trade unions would be considered undertakings to the extent that they enter into commercial activities, but not when they are dealing with labour market issues. In general, agreements concluded in good faith on core subjects of collective bargaining, such as wages and working conditions, which do not directly affect third markets and third parties are beyond the scope of Community competition law.

Intellectual property rights receive special attention in the context of the internal market. Article 30 permits constraints on imports and exports, which are

otherwise strictly prohibited, if they are justified to protect industrial and commercial property. These parts of the Treaty are directed to Member States. They are invoked in controversies about the permissible extent of control over parallel importation of trademarked and patented products. The outcome of these controversies has important implications for the state of competition in European markets, but the issues do not arise under the competition law and are not under the jurisdiction of DG Competition.

There are no sectoral exclusions from Community competition law. Where the Treaty structure appears to create exclusions for particular sectors, notably agriculture and transport, the result has been a tailored enforcement regime applying essentially the same principles. The block exemption power has rarely been used to exclude firms in a sector from the application of the competition rules. The Treaty's use of the term "exemption" is a confusing usage. Non-specialist observers sometimes understand it to mean that a block exemption regulation for a sector frees it from the obligation to comply with Community competition law. "The Commission on principle dislikes sectoral block exemptions unless the characteristics of the sector are so special, and the lobbying power of its members so great, that a tailor-made block exemption is inevitable." (Goyder, 2003, p. 527) The principal example was the motor vehicle block exemption regulation, whose original motivation and effect was more like an exclusion, explained not so much by a cost-benefit balance of market effects as by the political influence of the national-champion auto industries. The regulation was recently revised to make it more restrictive in this industry than the general vertical restraints exemption. It will be coming up for review again within the next 5 years. The Commission has made it a priority to concentrate on continuing problems in that sector.

**Agriculture:** Agreements that form an integral part of a national market organisation or that are necessary to attain the objectives of the Community's Common Agricultural Policy (CAP) are exempt from the prohibition of Article 81, but not from Article 82 or merger control. The exemptions follow from Article 36 of the Treaty, which authorised the Council to determine to what extent the Treaty's competition rules apply to production and trade of agricultural products, and the regulations that the Council has issued detailing the scope of the exemption. The exemption only applies to certain products (specified in Annex I to the Treaty). National market organisations are not exempted if there is a corresponding Community-wide organisation. Now that most commodities are covered by Community-wide organisations, the first part of the regulation's exemption is less important. Agreements concerning co-operatives can only include farmers and their associations. Including a processor, such as a slaughterhouse, removes the protection of the exemption. They should be limited to a single Member State, and they may not impose an obligation to charge identical prices, exclude competition or

jeopardise the CAP objectives. The exemption related to the CAP is subject to conditions related to the CAP's purposes. Several of these purposes, such as increasing incomes, stabilising market and ensuring supplies, imply protecting the agriculture sector against market forces. Others, such as improving productivity and ensuring supplies to consumers at reasonable prices, could be conceived as not inconsistent with competition policy goals. The Commission and the courts typically presume that the CAP's objectives are fulfilled by the establishment of common market organisations, and thus are more sceptical of agreements outside and beyond that framework. Regulations setting up Common Market Organisations may introduce some variations and cover additional products, but they typically follow the same pattern and may also explicitly deny the exemption to hard-core price-fixing. Community competition policy in this sector is administered by DG Comp, although state aid cases are dealt with by the Agriculture Directorate-General.

**Ocean shipping:** Council block exemption regulations govern the application of Community competition law to ocean shipping conferences and to intra-Community maritime freight transport. The justifications offered for this special treatment include price stability, service reliability and efficiency. The basic regulation covering liner conferences dates from 1986, permitting coordination of timetables and agreements about frequency of sailing and calls, allocation of sailing and calls among members, regulation of capacity and allocation of cargo or revenue. Agreements between conferences and shippers are permitted but regulated to prevent harm from discriminations that are not economically justified. Another series of exemptions, the latest issued in 2005, has permitted agreements about "technical" matters but not price fixing. Like other recent block exemption regulations and guidelines, it provides a market-share safe-harbour, of 30%. The regulations do not provide a blanket exemption, and the Commission has pursued several infringement actions against conferences, notably for agreements about services beyond what the exemption permits, such as agreements outside the range of the conference or concerning inland legs of multi-modal service. A Commission white paper in 2004 has considered a proposal to withdraw the current block exemption schemes for liner conferences and enforcing general competition rules, even to cabotage and tramp vessels.

**Aviation:** The original enforcement regulation exempted air transport from competition law oversight. That was changed in 1987, when the Council gave the Commission some powers to regulate and grant block exemptions concerning air transport within the Community. A new Council regulation in 2004 expanded that power, so the Commission can now apply competition law concerning transport with third countries as well. An exemption regulation dating from 1993 that permitted IATA interlining agreements was due to expire in 2005. DG Comp has been considering whether to recommend retaining it with changes, or simply allowing it



to expire, since the post-liberalisation industry has evolved in ways that make the historic agreements no longer important enough to justify special treatment.

## **5. Competition advocacy and policy studies**

DG Comp is putting a higher priority now on promoting and protecting competition through screening proposals from other quarters of the Commission and on analysing market problems and advocating reforms in Commission and Member State laws and regulations. According to the latest mission statement, “a key aspect of DG Comp’s future mission is to contribute to the shaping of other EU policies and national regulatory frameworks in order to promote a regime favourable to competition (competition advocacy).” In the past, screening of proposals from other Directorates and developments in Member State legislation has often been defensive. DG Comp would like to move to a more pro-active advocacy role in the development of Commission legislation and policy guidance.

Commission guidelines about impact analysis for proposals, issued in June 2005 after a long process of consultation, highlight competition issues. A formal impact analysis is required for items on the Commission’s Work Programme, such as regulatory proposals, White Papers, expenditure programmes and negotiating guidelines for international agreements, and the Commission may decide to require impact analysis for other items too. Impact analysis is not required for Green Papers launching consultation processes, regular decisions and reports, proposals following international obligations or decisions implementing the Commission’s powers to implement Community law. The prescribed process contemplates that other directorates will be alerted early on, and normally an inter-service steering group will be established to follow the course of the proposal and the analysis. Where the process leads to a proposal for action, the required impact analysis report is subject to formal inter-service consultation before the proposal and the impact analysis are presented to the college of Commissioners. The 2005 Guidelines for doing impact analysis uses a hypothetical reform of regulations that prevent competition and entry in Europe’s sugar market to illustrate the steps and considerations. The annexes to the Guidelines include an outline of the kinds of problems that might call for solution. A principal heading, after the listing of the Community’s explicit treaty goals themselves, is “market failures,” including externalities, undersupply of public goods, missing markets, imperfect information and insufficient competition. The explanation of “missing or weak competition” cautions against over-reliance on market structure as evidence of weak competition, and it points out the need to consider actual market performance and the likelihood of entry, as well as the problem of regulating natural monopoly.

It remains to be seen how impact assessment will work in practice. Only a few items on the roster of proposals and impact assessments that have been posted to date might have had a significant competitive impact. Some that appear more likely to have a market impact are listed as “restricted,” evidently because they deal with positions the Community may take in trade negotiations. Each Directorate is responsible for impact analysis of its own projects, including the assessment of their impact on competition. In some areas, regulations prepared about other topics have been designed well to take advantage of competition and market incentives, without substantial intervention or advice from DG Comp. For example, the carbon dioxide trading regime developed by the Environment Directorate is an economically sophisticated regulatory tool. Nonetheless, to help the other Directorates-General, DG Comp has prepared a concise guide to competition screening. This guide is posted on its website under the heading “advocacy”. The guide instructs that the kinds of proposals most likely to have a competition impact are those dealing with liberalisation, industrial policy and the internal market, followed closely by ones granting exclusive commercial rights or exempting activities from competition rules. Sectoral rules about environmental, industrial or regional policy that affect economic activity and general rules that affect commercial behaviour also may deserve attention. It emphasises that screening to identify restrictions on competition and less restrictive alternatives could help achieve desired goals without disproportionate constraints on competition. The guide then illustrates possible applications with examples: exemptions from competition rules for agriculture, preventing competition for waste management and accreditation, mandating product characteristics, setting maximum prices or minimum standards, restricting advertising, limiting distribution, eliminating uncertainties and promoting excessive transparency in procurement, restricting access to resources or requiring licensing or testing new products in concentrated markets, and designing rules in ways that *de facto* favour incumbents.

DG Comp does not have a separate unit responsible for advocacy and screening. Rather, projects are assigned according to expertise in the sector or issue. The current management plan sets out the expected outputs for 2005: a Commission working paper on the water sector, a proposal to abolish the Council block exemption regulation for maritime conference price fixing, an amended block exemption regulation about liner shipping consortia, a report on progress in reforming professional services regulation, rules incorporating competition principles in agricultural Common Market Organisations and a contribution to the crop protection directive. In addition, the sector inquiries in financial services and energy may lead to proposals to reform regulation. One of the announced motivations for these inquiries was that regulations in place had not succeeded in

displacing national incumbents from their protected positions and establishing an integrated common market.

Enforcement experience backs up advocacy advice and the liberalisation agenda. A chief example is the long-running reform of telecommunications, from its beginnings 20 years ago with an infringement action. This has continued in energy and transport, where Commission decisions about mergers and infringements complement the development of directives for reform. Where application of Community policies depends on action by Member State governments, oversight is more difficult and more delicate. Member States may introduce elements that affect market competition, perhaps unwittingly. For example, some Member States implemented the Community directive about petroleum security stocks in a way that effectively prevented new entry into retailing.

The most prominent recent reform project is about professional services, concentrating on lawyers, notaries, accountants, architects, engineers and pharmacists. The Commission released an extensive report in 2004 about competition in professional services. Problems it identified included fixed and recommended prices and regulations restricting advertising, entry and business structure. Acknowledging that some regulation is justified to protect consumers in these areas, nonetheless the report called for using more pro-competitive mechanisms. The Commission points out that restraints imposed by private bodies such as professional associations could violate Article 81 (unless they are objectively necessary to guarantee the proper practice of the profession as it is organised in a Member State). State regulation that impairs competition violates treaty obligations, and if a Member State delegates power to a private entity without sufficient safeguards, the Member State could also be liable for a resulting infringement. But after thus reserving the possibility of enforcement action, the Commission invited the Member States and the professions to review and reform unjustified regulations. It has promoted a series of bilateral meetings to give the professions and national regulatory authorities an opportunity to explain their positions, recognising that the project will necessarily involve national professional bodies and regulatory authorities and competition agencies, as well as consumer groups. Member States have also been encouraged to compare experiences. A follow-up report, "Professional Services – Scope for more reform", was published on 5 September 2005. This gives an overview of progress made by Member States in the review and removal of unjustified regulatory restrictions. It welcomes progress made in some Member States but finds that regulations that seriously restrict competition are still too common in many countries. Progress is hampered by a lack of national political support for reform and little appetite for reform from the professions themselves. The Commission calls on Member States to take decisive action and suggests that the issue of modernising the rules affecting the

professions should be built into the national reform programmes for implementing the Lisbon Strategy. It concludes by reiterating its commitment to wide-scale reform and leaves open the possibility of further enforcement action.

## **6. Conclusions and policy options**

Competition policy played a central role in the development of the EU and its institutions. It has achieved a quasi-constitutional status, distinctively based on the direct application of law to economic actors rather than on administrative exercise of policy discretion or on political or interest-group bargaining. With broad jurisdiction and what some observers described as an evangelical, even moral commitment to free market ideas and their constitutional role, DG Comp was recognised by the 1990s as a particularly effective agency in the EU system. (Wilks & McGowan, 1996) (Goyder, 2003) Competitiveness is replacing market integration as a driver of policy, but it appears unlikely that competition policy will have to make a political compromise with industrial policy. Historically, the Commission has shown a pragmatic appreciation of Europe's need to be competitive and realistic tolerance of national interests. Productive efficiency and consumer welfare appear to have equal priority as goals of the restated competition policy based more explicitly on economic concepts.

The strong relationship between the Commission and the courts remains fundamentally important. Early support from the ECJ, which was interested in the market integration theme and in strengthening EU institutions, encouraged a conception of competition policy in terms of legal categories. As the Commission now moves toward a more explicitly economic point of view, a new understanding with the courts will have to be worked out, about how the courts will deal with economics and the Commission's claim to economic expertise. Convincingly and consistently presented, economic analysis could substitute for legal soundness as an anchor against politically-driven manipulation of policy outcomes.

Completion of the policy framework and ambitious application of it revealed some problems, which the Commission has moved to address. Important reforms and achievements since the mid-1990 included turning attention away from vertical agreements, using a leniency program to bring more effective challenges to clandestine horizontal collusion and replacing the notification system and the "comfort letter" paste-over. The liberalisation program, which had begun in the 1980s with telecommunications, has extended competition to network sectors. But implementation of the merger regulation, buoyed by overconfidence, foundered over defects in analysis, evidence and procedure. The CFI's chastisement of the Commission in 2002, in effect doubting that the Commission was any more expert than the court about economic matters, has led to welcome improvements in

economic resources and important reforms in the Commission's internal quality control process. The most important reforms, though, are the long-term projects to modernise the content of EC competition policy, by revealing its economic motivation, and to modernise the means for applying it, by ending the system of bureaucratic approvals and extending enforcement responsibility through the entire network of national competition authorities in Europe.

Modernisation of concepts sets out basic analysis in an administrable format while making its economic underpinnings more explicit. In the new approach to guidelines and block exemption regulations, issues such as hard-core misconduct are clearly distinguished from others, and the classifications and presumptions are typically subject to thresholds based on market share or absolute size. There is a single guideline about how to define markets, rather than one for every possible application; however, the guideline is flexible, permitting adjustments to take account of the possibility that a market is, or is not, already operating competitively. Consistency in such matters as the description of "hard core" restrictive agreements also supports increased coherence. The new approach combines recognition of legal distinctions in theory with practical common-sense simplicity in application. The guidelines about horizontal co-operation, for example, parse the logical distinctions and statutory categories but then apply the same market-share thresholds to all, thus warning parties not to bother crafting clever claims about categorisation. The market share thresholds mostly imply negative presumptions, not positive ones; they are plausibly conservative for defining safe harbours to clear the docket and provide some security to business. This now-standard model is well designed for application in a bureaucratic-administrative process, in which precision and nuance in particular cases could not be achieved at acceptable cost with a manageable set of formal rules. Rather, they support clarity and consistency in a comprehensible framework that is accessible and persuasive to the businesses that are subject to it and that is administrable without constant recourse to graduate-level economic theorising. This is not to say that every bright line is drawn in exactly the right place; rather, there may still be room for debate about whether all of the practices characterised conclusively as hard-core restraints deserve that treatment.

The modernised framework replaces legalism with economic concerns about market power and anti-competitive co-ordination. But it does not eliminate all vestiges of formal analysis. Applying it may still require categorisation, for tasks such as identifying "hard-core" conduct whose treatment does not depend on a market share screen. Nor will its application always be straightforward. Treatment of non-hard core matters will depend on market definition, an exercise that can be uncertain as well as disproportionately resource intensive. Market definition is a matter of both fact and judgment, liable to outcome-driven bootstrapping or simple naiveté. Businesses engaged in self-assessment are at some risk to define their

markets correctly, although the guidelines typically assure that the Commission will only take prospective action where a company has mistaken a market definition in good faith. Many aspects of the notices and guidelines are explicitly traced to judicial authorities, but others may be explained by administrative plausibility or perhaps by the direction that the Commission would like to take in the future. To the extent the schema takes the form of “soft law” notices and guidelines, it depends on persuasiveness. Their ultimate authority will depend on how the European and national courts treat notices and guidelines that do more than restate the holdings in judicial rulings.

Modernisation of the enforcement process, by eliminating notification and prior approval of exemptions while sharing enforcement responsibility with national agencies, is designed, among other things, to redirect resources so that DG Comp can concentrate on complex, Community-wide issues and investigations. Modernisation shares competence with national institutions in a different way than the Community usually does. It does not follow the paradigm of a directive from Brussels to be implemented through national laws. There are no EU-level directives requiring national governments to adopt a particular substantive competition law, and modernisation does not require substantive harmonisation. Rather, it builds on the fact that the national competition law systems have co-evolved along with the Community system, so that over the years most national governments (and all of the pre-accession Members) have adopted substantive rules that are generally consistent with those of the EU without being required to do so.

The net effect of decentralisation remains to be seen. The regulation establishing the modernised system for co-operative application sacrifices some of the Commission’s monopoly while confirming and expanding the remedies and investigative powers available for Community competition law enforcement. The system is founded on the expectation that coherence will be achieved through common legal principles subject to supervision by the ECJ. So far, the ECN operates by consensus. Depending on developments, though, pressures could lead to demands for greater transparency and accountability, more centralising formality in the network, or devolution of powers to national authorities. (Wilks, 2005) The European competition agencies differ in their capacities and perhaps in their priorities. Some NCAs may defer to DG Comp, and others may take more initiative. Inevitably, the agencies will vary in their technical economic and legal resources and in their degree of effective independence from other policy interests. Strategic reactions from complainants and respondents can be expected. Of course, the process of shopping for the most promising forum is itself a kind of “market test” of the quality of enforcement. The regulation’s provision for the Commission to take over an action should be a sufficient check against weaknesses in the network—unless the Commission is the weak link.

Sharing responsibilities will add perspectives as well as resources. Substantive harmonisation across Europe makes it less critical in most cases to identify an effect on trade sufficient to support Community law jurisdiction. The same principles will be applied, especially concerning restrictive agreements and mergers, whether a matter is handled by DG Comp or by a national agency and whether it is assessed under Community law or national law. The regulation anticipates some variation in how national laws treat unilateral practices by dominant firms, and some differences remain in procedures and resources. There may also be differences among agencies in their capacity and willingness to act, particularly concerning sensitive sectors. The liberalisation projects have demonstrated the importance of a “federal”-level enforcer that can confront entrenched national monopolies. The opposite scenario is also conceivable. Policy disputes among the Commissioners might prevent them from reaching a clear decision whether to take enforcement action about a matter or a sector. An interested national agency might then step up, applying Community law. The Commission could take over the matter in order to preserve its prerogatives, but at least the national agency’s initiative will have overcome the decision deadlock.<sup>39</sup>

The Commission’s integrated enforcement process, though efficient, has inherent weaknesses. Combining the functions of investigation and decision in a single institution can save costs but can also dampen internal critique. Risk of unchecked discretion may make courts sceptical of the Commission’s decisions. The reversals at the CFI in 2002 made it obvious that changes were needed, and the Commission has taken many steps to address long-recognised concerns about its internal quality controls. More “state of play” meetings and opportunities to expose the staff’s thinking to the parties and to critical peer review are sound. The expectation of close CFI oversight represents a culture change at DG Comp. The net result of the reactions to the setbacks, as well as to the creation of the Chief Economist position and the expansion of the role of the hearing officers, is that case teams understand that they need to put together more and better evidence.

These changes had just been put in place at the time of the OECD’s 2003 *Annual Survey*, which included a special chapter on product market competition. (OECD, 2003) That survey noted the concern about the absence of checks and balances where the powers of initiation and decision are combined, and it called for an assessment of whether the review panels and other measures made the decision process more effective. The most relevant measure of increased effectiveness will be whether the Commission’s decisions are better able to survive judicial scepticism. Few cases reviewed with the new internal processes have completed their way through the courts, so it may be too early to tell. But some cases that have gone through the internal process were dropped or revised as a result, and thus they never

got to court. To that extent, the internal checks are doing what they are designed to do.

Checks improve quality but can increase costs. The Commission is still experimenting, to find the appropriate balance between the time and resources needed to put a case together and the time and resources devoted to explaining and defending it internally. Such flexibility can be an inherent advantage of an integrated system. Aspects of the quality control system remain *ad hoc*. Not every case is subject to a peer review panel or the attention of the Chief Competition Economist. For now, it is appropriate to make those decisions case by case, in part because there are not nearly enough resources available to give that attention to everything. But as the allocation of cases among agencies evolves, most of the docket at DG Comp may be the more complex and controversial matters for which in-depth analysis and critical scrutiny are most necessary. If so, then *de facto* these internal steps may become expected rather than extraordinary.

Some explicit separation between the investigative and decision-making functions may be inevitable, to secure judicial confidence in the quality of the Commission's decisions. One option for more transparent separation within the Commission process could be creating a more formal evaluative role for the hearing officers. These officials now deal primarily with ensuring process fairness, more than with assessing the substantive merits. Nonetheless, if they have views about the merits, the process already provides some opportunity to convey them. It would a challenge, though, to create such a role that stops short of a full internal administrative trial and initial decision, a process that could just add a layer of delay.

The Commission-level decision process is another quality check, but it is not without problems. The Commission has a key independent role in the Community governing structure, as an institution that is charged with acting in the interests of the Community as a whole. By contrast, the Council and the Parliament are political bodies that must be responsive to national and other interests. The Commission's historic strength has been its appearance of impartiality with respect to national rivalries. Even so, observers in the mid-1990s noted concerns that Commissioners might tend to favour their policies and interests, subliminally if not overtly. (Wilks & McGowan, 1996) No other jurisdiction in the OECD assigns decision-making responsibility in competition enforcement to a body like the Commission. With 25 members, the Commission is too large to effectively deliberate and decide fact-intensive matters.<sup>40</sup> Realistically, the Commission defers increasingly to the Competition Commissioner, providing some high-level policy control over the Competition Commissioner's initiatives. The Competition Commissioner may have consulted with the Legal Service, Hearing Officer, peer review panel and Chief Economist, and the Commission may have before it opinions from the Advisory



Committee or other Commission services. But when the Commission decides a matter, it has typically not heard directly the case against the proposed decision. No Commissioner, including even the Competition Commissioner, will have attended the hearing. All depend on briefings from staff, and there is no *ex parte* rule or other control on contacts between investigating staff and the Commissioners who decide the matter. There is no initial adjudicator that is fully independent of the investigative function.

It is thus not surprising that courts are moving into what looks like a first-instance role. At least, since the CFI was created the courts have not given the Commission much leeway about evidentiary matters. The potential for judicial review and annulment shores up deficiencies of the Commission decision process under principles of European human rights law about impartiality and independence. But the current court system would be taxed to the limit by a true first-instance decision responsibility. To be sure, the courts have risen to the occasion when called: in the 1975 *Sugar Cartel* case, the ECJ produced a 200 page judgment (nearly 500 pages, in CMLR) to examine claims about individual markets and the interaction of competition and agricultural policies, and the full judgment of the CFI in the 2000 *Cement Cartel* cases runs to nearly 1 200 pages. And the CFI was created to increase the judiciary's capacity to handle fact-intensive review. The "fast track" procedure there has made this a realistic possibility even for time-sensitive cases such as mergers.<sup>41</sup> The scope of review and thus the role of the courts are evolving. Recurring issues in competition cases, such as market definition and assessing net effects of agreements and transactions, show that it is not always clear where to draw the line between matters of fact and evidence that are subject to judicial review and matters of complex economic analysis that in principle should be entrusted to the Commission's expertise.

If a separate court took on more responsibility for making records and deciding cases, it would likely play a larger role in determining policy too. As Community competition policy moves beyond law-driven market integration toward a more economic approach, courts may need to articulate a more coherent conception of competition and policy goals. (Gerber, 1998) Perhaps a specialist competition court could fill that role. Changes to the CFI's status due to the Treaty of Nice prepared the way by giving the CFI its own basis for jurisdiction and authorising it to annex panels to hear matters in the first instance, with an appeal to the CFI. Though this was conceived as an outlet for staff cases, it might foreshadow the creation of a separate competition court as a first-instance decision-maker.<sup>42</sup> (Goyder, 2003) But creation of a new "cartel court" at this time would be premature. It would undermine the role of the Commission and the Council in setting policy direction, and it would encourage DG Comp to act more like a prosecutor than a decision-maker. Short of changing the courts' basic function in the process, they might be given more

comprehensive powers to consider Commission decisions on the basis of appeal rather than judicial review. The European courts now review Commission decisions for legal and procedural deficiencies, exercising full control only over the sanctions imposed. If the court rejects the Commission's finding of infringement, it can only annul the decision and send it back to the Commission for further proceedings. An alternative would be to authorise a full appeal, leading to entry of final judgment by the court.

Resources appear sufficient for DG Comp to deal with Community-wide cases and policy development and co-ordination. Inadequacies noted in the 1990s have evidently been overcome. (Wilks & McGowan, 1996) Indeed, now that the national competition agencies apply Community law, public resources committed to competition enforcement in the EEA are substantially greater than in the United States. To be sure, Europe does not yet have such a large contingent of non-government lawyers and economists engaged in supporting and defending private antitrust enforcement.

The 2003 *Annual Survey* called on the Commission to consider economy-wide welfare losses in setting priorities. The Commission has long set its overall priorities based on an understanding of the likely net economic effects of enforcement intervention. For example, a judgment about the net economic impact motivated the shift of resources and attention over the last ten years from vertical restraints to horizontal cartels. At the smaller scale of choosing individual cases, though, it is not often feasible to rely on suppositions about large-scale welfare losses. The high priority given to hard-core cases is based on considerations of general deterrence rather than predicting the effect of stopping any individual cartel. For non-hard core cases, the net effect might not be very clear at the outset. Nevertheless, DG Comp is trying to improve its methods for setting enforcement priorities. DG Comp's 2004 annual report calls for enhancing the pro-active nature of policy-making, to remedy market failures in support of the competitiveness agenda, while providing for enforcement action at the most appropriate level in the enlarged EU. (EC DG Comp, 2004) The comparative advantage of the 26 different authorities is now highly relevant. The Commission obviously ought to take the lead on matters with international or Community dimension, or where the key factor is a Community based regulatory program, such as network infrastructure. Allocation of resources is shifting already in response to these priorities. DG Comp has doubled its resources for cartel enforcement over the last year, resulting in a doubling of enforcement activity too (measured by statements of objections issued).

Creation of a special cartel directorate was announced as an innovation; however, in 1998 and again in 2002, DG Comp had previously announced the creation of special new cartel units. Whether or not the directorate is particularly

new, it is necessary and welcome. The special merger directorate was disbanded because mergers no longer present procedural and legal novelties; a special cartel directorate is needed because the new enforcement structure presents novel and sensitive legal and practical problems, concerning jurisdiction, leniency and investigative powers. Cases are multiplying and respondents are likely to put up sharper defences. The cartel directorate's special expertise is about issues that are likely to be of particular sensitivity in the courts, about investigative process and the quality of evidence. As fines increase to levels that persuade companies to contest liability as well as the size of fines, the quality of proof will become even more important. The confessions and insider evidence produced by the leniency programme have been invaluable. But DG Comp does not want to rely too much on leniency, perhaps concerned about litigation over tangential issues or judicial rejection of leniency-prompted evidence. DG Comp is thus looking for economic indicators of horizontal collusion that would identify targets for further investigation. It remains to be seen whether economic data and analysis alone will persuade courts to authorise coercive investigative techniques. So far, it does not appear that DG Comp expects to rely on such an analysis, in the absence of more direct evidence, to persuade courts about the substantive merits or appropriate sanctions.

A new notice and guidelines about sanctions and remedies is in preparation. The principal topics are likely to be cartel fines and the leniency program. The 2003 *Annual Survey* recommended assessing the deterrent effect of sanctions, implying that the fines being imposed were not large enough. Sanctions being imposed against horizontal cartels in the Community generally match the levels being imposed elsewhere, and sanctions against abuse of dominance appear even stronger. But recent research shows that cartel overcharges have historically been even greater than enforcers had believed, averaging over 30% in EU cases and well over 40% for international cartels. (Connor, 2004) Sanctions everywhere may still be too low to deter effectively. The process of preparing a new notice is an occasion for assessment of whether the Community's sanction level is effective. The notice may also lay a foundation for the use of new powers of structural relief and divestiture. Other improvements in remedies include clear authority for interim measures and binding commitments and power to withdraw the benefit of block exemptions. The provision for enforceable commitments is valuable, although the recital that they will not be accepted in a case where the Commission began by seeking financial sanctions is curious. It implies that, once the Commission demands a fine, the respondent must either pay it or take the Commission to court, with no possibility of reaching a compromise resolution about commitments before the court rules. This limitation on the Commission's negotiating flexibility may have been unintended.

The informal network of enforcement authorities is off to a promising start. Deliberately setting up a new non-institution in the ECN, rather than building on the already-established Advisory Committee, sends an interesting message. The distinction appears intended to keep the ECN informal and to avoid, or at least postpone, a legalistic process of binding expectations and commitments. The fact that the ECN has no legal status raises questions about accountability, and its process has raised concerns about transparency. (Wilks, 2005) Experience will show whether it is necessary or prudent to make the system more formal. For now, consensus-driven informality is a good setting to learn about the different capacities of the 26 agencies.

Guidelines are under consideration about abuse of dominance under Article 82, seeking to develop an approach that is coherent with the modernised conception of Article 81. Thus, the guidelines might examine factors analogous to efficiency claims under Article 81(3). Since Article 82 does not provide for balancing other considerations against the prohibited conduct, apart from the doctrine of “objective justification”, the argument would have to be that in the presence of a demonstrated efficiency conduct does not amount to abuse. Practice under Article 81 provides an analogy, as court judgments sometimes disregard subtleties that distinguish whether a factor is relevant to the Article 81(3) exemption or to the Article 81(1) prohibition. The principal topic of the possible guidelines will probably be the treatment of exclusionary abuses. Clarification of policy about exploitative abuse would be welcome. The absence of cases challenging exploitative abuse implies that the Commission is reluctant to police price levels like a utility regulator; on the other hand, the Commission has not foresworn the power, which the courts have recognised even though they have never authorised the Commission to use it. Relying on soft-law guidelines to persuade the courts to modernise the approach to Article 82 presents a challenge. Much of the lack of clarity about whether the basis of the law is preserving market relationships or improving economic performance can be traced to still-authoritative early ECJ judgments.

Clear process and deadlines have been a strength of the EC merger control system, and the recent changes in those dimensions are incremental improvements. The most important changes are the possibility of extending deadlines in order to discuss remedies and the provision for notifying a non-binding agreement. The changes also seek to reduce procedural complication and uncertainty in the allocation of jurisdiction among the Commission and national agencies. A national agency no longer must demonstrate dominance in its market before getting a referral from the Commission, and the merging undertakings can take the initiative to suggest the appropriate venue. After fifteen years of experience with Community merger control, experiments and habits have evolved into efficient “best practices”, which are now the subject of extensive soft-law guidance. Notably, informal pre-

notification contacts with DG Comp are strongly encouraged. In some other jurisdictions, over-reliance on pre-notification contacts and negotiations outside the formal merger control requirements have been criticised for non-transparency. In the EU context, though, where there is a realistic opportunity for timely judicial review to correct abuse of the enforcer's discretion, this is unlikely to be a problem.

State aid regulations are another topic for recasting into the modernised format. The 2003 *Annual Survey* called for reducing state aid generally. The *Annual Survey* acknowledged that the European Council in 2002 had already adopted a policy of "less aid, but better", targeted to remedy real market failures. The Commission is moving to implement that approach, and the review of the state aid rules launched in 2005 is a step toward that goal. The Competition Commissioner has recognised that state aid control is critical to improving competitiveness, because improper aid anaesthetises the market and prevents it from achieving efficiencies. (Kroes, 2005) The subject is too technical and wide-ranging for detailed treatment in this report. The opportunities for controversy are obvious, as competition principles confront industrial and other policies. Concerning the important general issue of how state aid rules relate to Treaty rules about public services, the ECJ's recent *Altmark* ruling established a useful practical framework, which the Commission has embraced. Some questions remain to be answered. The ruling leaves open whether cost coverage that is not treated as aid includes provision for any benefits received from performing the public service function. Nor does it indicate the level of profit that would be considered reasonable or how to find a benchmark where there is no typical comparable private firm. (Louis, 2004)

The liberalisation program that has been central to the DG Comp mission since 1986 is not completed, but the course is laid out. The principles of separation between monopoly and competitive functions and encouragement of trans-national markets have long been well understood, at least at the Community level. The 2003 *Annual Survey* demanded accelerated liberalisation of network industries, especially those that were lagging. But for the sectors where changes have been most difficult, notably rail and postal services, further reform depends on the Community's political decision-making process to overcome protections of national incumbents. The *Annual Survey* also recommended clarifying and limiting the jurisdictions and powers of sector regulators that overlap competition policy, to be sure they are not protecting their national markets too much. It is not evident what more needs to be done, though, to ensure that Community competition policy would override inconsistent national regulation, subject to the general principles of Article 86 and relevant Community directives.

No sector is completely excluded from Community competition law, although special treatment applies to aspects of agriculture and transport, particularly ocean

shipping. These are sectors that commonly get special treatment elsewhere. Careful attention is called for to ensure consistency in sector-specific application of state aid and other general competition rules here. DG Comp has been vigilant, promoting reform and repeal of some of the block exemption regulations. More generally, the Commission has adopted a new procedure for reviewing the impact of proposed regulations, and DG Comp has made it a priority to become more active in this “screening”, to head off or correct regulatory initiatives at the Community level that hamper competition. The extent to which other the parts of the Commission are committed to pro-competitive reform of their regulatory programs remains to be seen.

National-level regulation of professional services is a key object of advocacy and reform. The Commission’s nuanced approach to this subject has been realistic and comprehensive. DG Comp sponsored a thorough study and report as a foundation for further action. That has been followed by a combination of admonition and encouragement, seeking to form a consensus about change but reserving the potential for enforcement action. The 2003 *Annual Survey* recommended stronger action toward a single market in services. The project about professional services shows how DG Comp is contributing to that goal, whose success depends ultimately on action at the national level.

In 2005, DG Comp launched sector inquiries in finance and energy to determine whether private constraints or public regulations were impairing competition. These projects follow through on the Commissioner’s determination to use competition policy to improve competitiveness. (They also show how DG Comp is promoting a stronger role for competition authorities in development of common financial services, as the 2003 *Annual Survey* recommended.) The inquiries are a welcome application of the Commission’s previously underused power to investigate in sectors where competition looks problematic even though no particular infringement is suspected.<sup>43</sup> Financial services and energy were chosen because making the supply of these inputs more efficient would have multiplier effects on competitiveness. But they also present opportunities to demonstrate how competition could encourage innovation and reduce prices for services provided directly to consumers.

## **6.1 Policy options for consideration**

### *6.1.1 Clarify the relationships among the leniency programmes of the Community and the national enforcement agencies.*

Companies that are exposed to investigation and potential liability in several jurisdictions have raised a number of concerns, unsure about how a leniency offer or

commitment in one jurisdiction affects their rights and risks in others. There is no single point of contact, so companies must make multiple applications. There are no programs in 8 Member States (although 4 are considering them), so companies might be exposed there despite receiving leniency elsewhere. And the terms of the programs differ. Some programs cover vertical agreements, others do not. The Commission's program now permits leniency to instigators, but others still follow the earlier approach. Parties after the first one get different deals in different countries. Some permit the applicant to remain in the cartel if obvious abandonment would tip off the others, but the Commission frowns on this. Some demand more evidence than others in order to claim first place in line, thus forcing a choice between speed and completeness. Some will accept oral statements, which companies prefer in order to avoid exposure in the US, but others do not. Despite these variations, though, no case of serious disagreement has been reported yet.

The risk that a leniency applicant would be exposed to criminal liability in other jurisdictions is probably not significant, although it is often raised. The text of the Treaty supports a legal argument that national bodies could not bring criminal actions following Community enforcement and grant of leniency. (Levy, 2004) The Commission's upcoming notice about remedies might make that even clearer. The same result could be accomplished through commitments from the national agencies not to pursue criminal prosecutions in those circumstances.

The 2003 *Annual Survey* called for exploring options for making leniency more attractive, particularly concerning co-operation with Member States. DG Comp recognises that addressing this issue is a top priority. But it need not result in a single, integrated system, at least not yet. There is still room for experiment to improve the tools. The goal is to maintain the incentive to confess that result from the crucial features of transparency, certainty and asymmetry. The only aspect of the programmes that appears to present a risk of actual conflicting demands now concerns whether the leniency applicant must cease participation, as some agencies might not want an abrupt change to tip off others prematurely. That risk is reduced, however, by an agreement reached within the ECN that an agency with discretion will exercise it to avoid that conflict. Reducing other administrative complications and unnecessary variations is unlikely to present serious difficulties. Short-form applications in some jurisdictions already simplify the process, for example. Co-ordination and functional equivalence of conditions and procedures among the jurisdictions' programmes could lead to the same efficient outcome as a "one-stop shop". It may be prudent to get more experience with the courts, to see how they treat fines that result from leniency offers, before going too far into detail.

6.1.2 *In adopting an economic approach to dominance, make liability depend upon effects that harm competition; in appropriate cases, assessing the scope for recoupment should be an integral part of such an approach.*

A thorough-going economic approach to dominant firm conduct requires some methodologically clear means of identifying claims about exclusionary conduct that present threats to sound competition and distinguishing them from demands by competitors for help in keeping prices up. This implies a finding that the market is likely to suffer the effects of monopoly exploitation as a consequence of the abusive conduct. For example, where the allegedly exclusionary conduct entails a short-term sacrifice of the dominant firm's profit, to impose liability where those losses could never be recouped could discourage vigorous competition. Requiring a separate showing about this could be a matter of form, though, more than substance. The conclusion is implicit in a conception of dominance that includes the presence of entry barriers sufficient to protect against erosion of monopoly gains. In developing the new Article 82 guidelines, there are a number of other sensitive issues for which the correct approach may be less clear. These include the treatment of intellectual property rights and claims about network effects and essential facilities, as well as whether to include or ignore concepts of "economic dependence" that cannot be tied to coherent theories of economic effect on market competition.

6.1.3 *Increase further DG Comp's capacity for economic analysis.*

Correcting a long-recognised resource limitation, the office of the Chief Competition Economist now makes sophisticated analytical resources available in-house. Already, as Community competition analysis has increasingly relied on economic reasoning, DG Comp had greatly increased the proportion of staff with economic training. The new office represents quantum increase in the level of economic expertise, but the office is small and it is stretched thin. The *ad hoc* method of allocating its limited resources is not necessarily a problem. Not every case needs its attention, and trying to specify a protocol in advance for identifying those that do may be more costly than just leaving it up to case handlers to request and the DG to decide case by case. But more will be needed, particularly if more complex and difficult matters come to dominate the DG Comp caseload. Staffing this office with a combination of permanent employees and academics rotating through on temporary contracts is a sound approach, bringing new ideas into the enforcement bureaucracy and practical insights into academia. The advisory group, institutionalising DG Comp's relationship with Europe's academic community, is another valuable step. These are the experts who are likely to occupy the position of Chief Competition Economist in the future.



6.1.4 *Consider means for extending sanctions to individuals as well as firms, such as co-ordination with application of Member State laws that provide for individual sanctions.*

The prospect that individuals involved in infringements would be exposed to sanctions could improve the effectiveness of cartel enforcement. The terms of the Treaty could support administrative fines against individuals for conduct that was part of an infringement, although there is no jurisprudential or constitutional basis for Community criminal liability. But fines might not be as effective as other sanctions against individuals, though. Extending the process of investigation and enforcement to individuals would raise a number of difficult and complex legal issues and additional costs, and it would strengthen the case for making the courts the principal decision-makers. (Wils, 2004) If an effective individual sanction at the Community level is deemed impossible or imprudent, the obvious alternative is for the Commission to promote and support the imposition of individual sanctions under the national laws of Member States.

The 2003 *Annual Survey* recommended another means of expanding the reach of enforcement, by encouraging the use of private suits. The Commission has been doing so since at least the early 1990s. This is primarily a matter for national law, though. Informal efforts to encourage private actions continue, and more resort to private litigation in national courts is expected to be a by-product of modernisation. Richer articulation between Community-level principles and national competences concerning private remedies and criminal sanctions could extend the base of support for competition policy.

Commissioner Monti, in his final annual report, called for better definition of the role of consumers. Designation of a contact point high on the DG Comp organisation chart is a modest step in that direction, to co-ordinate better with the parts of the Commission that are handling consumer protection and product safety issues and perhaps with consumer NGOs. More important, though, is effective, persuasive communication of the value of sound competitive markets, not just to policy officials and advocates nor even to the businesses in Europe that are affected directly, but to the citizens of Europe who benefit.

## NOTES

1. The Maastricht treaty renamed the European Economic Community as the European Community (referred to below as the “Community”), while creating a new construct, the European Union “founded on the European Communities”. The competition rules appear now in the Treaty Establishing the European Community, referred to below as the “Treaty”.
2. The constitutional treaty that has been submitted for ratification would make it explicit that the European Union has legal personality.
3. Competition law ideas in Europe had a trans-national dimension since the 1920s. The image and model of appropriate competition laws were formed at the League of Nations’ World Economic Conference and the Interparliamentary Union’s London Conference. (Gerber, 1998) By contrast, in the first new pan-European institution set up after the war, the Organisation for European Economic Co-operation, there were discussions of a customs union but no particular attention to other ideas about competition. (Goyder, 1998)
4. Although a US antitrust lawyer and law professor, Robert Bowie, is often credited with drafting the competition articles of the Treaty of Paris, they contain no concepts or terms from US antitrust law. The debate over the need for competition rules may have been informed by US experience, but the legislation is European. A member of France’s Conseil d’État, Maurice Lagrange, cast the language into European legal style. (Goyder, 2003) (Gerber, 1998).
5. In the absence of an implementing regulation, the Treaty authorised national authorities to apply the Treaty rules, while limiting the power of the Commission over infringements to investigation and authorisation to the national authority to take appropriate action to ensure that they are corrected. (Treaty, Articles 83, 84)
6. The Commission’s website and reports classify its substantive programs into 4 categories: antitrust (business practices that impair competition, under Treaty Articles 81 and 82), mergers (under the Merger Regulation), liberalisation (under Article 86), and state aid (under Article 87).
7. Council Regulation 1/2003, which became effective 1 May 2004. A similar approach, of according direct effect to the exemption criteria, was considered during the deliberations about the original enforcement regulation, but it was rejected as premature at that stage.

8. Germany's cartel law became effective the same day as the Treaty of Rome. The also-new Dutch competition law system was built on registering cartels, not prohibiting them. The drafters of Regulation 17 rejected the Dutch approach, of mandatory notification conferring a presumption of validity, placing the burden on the enforcer to prove abuse and limiting remedies to prospective orders. France had had an *ordonnance* about competition for several years, but it dealt mostly with price control. The other active European competition law systems at that time were outside the EC.
9. In addition, a national law that predominantly pursues a different objective than Community competition law can be applied, as long as that law is not itself in breach of general principles of community law.
10. Article 2 states that the purposes of establishing a common market, economic and monetary union and other common policies are "to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States."
11. In the terminology of Community law, regulations are norms that apply generally both at the national and Community level, to Member States and potentially to firms. By contrast, directives are addressed to Member States, binding them only as to the result to be achieved. In implementing the directives in national rules and legislation, Member States can choose the form and method for achieving the required result. The Commission also has power to issue directives under Article 86(3), and Commission directives launched telecoms reforms in the 1990s; since then, though, most liberalisation directives have been issued at the Council level.
12. This phrase appears in both Article 81 and Article 82, describing conduct that is "incompatible with the common market". Analogous phrases about the Community dimension apply to the other principal subjects of Community competition law. In the Merger Regulation, it is whether the transaction is "compatible with the common market" (Article 2). For state aid, it is whether the support "affects trade between Member States" and is "incompatible with the common market" (Article 87). For services of general economic interest or authorised monopolies, it is that "development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community" (Article 86).

13. The Commission's Guidelines on the application of Article 81(3), issued with the modernisation package, set out the principles for applying Article 81(1) and Article 81(3) and collect the relevant case-law.
14. The latest notice, issued in 2001, deals only with whether the effect on competition is appreciable. A separate notice sets out slightly different criteria for identifying an appreciable effect on trade.
15. Changes in the Notice show how the Commission's appreciation of the risk of market power has changed. The previous Notice had set the thresholds at 5% and 10% and had denied any protection if there were parallel networks of similar agreements.
16. Nevertheless, the competition policy community's preoccupation in the mid-20<sup>th</sup> century with the problem of oligopoly co-ordination might explain why the concept was included in the original 1951 ESCS rules.
17. Another problem often encountered in dealing with quasi-collective action is characterising accurately the relationship among affiliated companies. At one time, Community law treated companies in a corporate group as separate undertakings, so agreements among them would be subject to Article 81 unless there was no possibility that the entities could act independently. This "group" construct was sometimes used to extend Article 81 enforcement to parent firms located outside the Community. (Goyder, 2003) It is no longer Commission policy to apply Article 81 to intra-group agreements.
18. Although the effect of combining the two elements of Article 81 resembles the application of a "rule of reason" to determine net competitive effect, that label is resisted. To some observers, the reason to avoid the term is that the rule of reason would consider a wider range of non-economic considerations than Article 81. (Goyder 2003, p. 127) Yet the criteria of Article 81(3), notably the notion of economic "progress," appear to be broader than the issues about market definition and market power that are typically considered in applying a rule of reason to determine net effect on competition.
19. Historically, the interpretation of restriction of competition under Article 81(1) tended to be both broad and formal compared to the application of the criteria of Article 81(3), which only the Commission had the power to construe before 2004.
20. Examination of case practice shows that in particular cases Community competition law has the capacity to set fines that approach the level of economic deterrence, that is, that exceed the violator's gain from the infringement, as adjusted for the likelihood of detection and sanction. In the *Lysine* cartel, the Commission's fine against one participant exceeded the company's total annual turnover for the product affected. (Joshua 2003) The total base fines against all

participants, before adjusting for aggravating and mitigating factors and leniency (EUR 142.5 million), were nearly equal to the participants' total annual turnover in the product affected (EUR 164 million). Whether these fines reached the optimal deterrent level would depend on how long the participants exercised market power and how much their collusion raised prices, of course. It is conceivable that the cartel lasted long enough, and raised prices high enough, that even confiscating a full year's turnover would not capture all of the gains, adjusted for the likelihood of detection.

21. The original regulation 20 years ago had treated the sector more generously than others, leading some observers to consider it a partial exclusion from Article 81. Now, "being regarded as a 'special case' has become a burden rather than a privilege". (Goyder 2003, p. 207).
22. Characterisations of abuse in the judicial authorities are too amorphous to guide policy. For example, the seminal *Hoffman-La Roche* ruling of the ECJ describes it as "an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as the result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, though recourse to methods different from those which conditions normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition."
23. The recital to the Merger Regulation indicates that below a market share of 25% there is no likelihood of creating or strengthening a dominant position.
24. Case 40/70, *Sirena Srl v. Eda GmbH* [1971] ECR 69, 84.
25. Use of this criterion is explained in part by the fact that the legal foundation for the merger regulation is not Article 81 and Article 82. In an early test case, the ECJ confirmed that an acquisition which strengthens a dominant position infringes Article 82, and a later decision implied that Article 81 could also be applied against merger agreements. But rather than build a merger regulation on those decisions, the Council relied on the implementing article in the Treaty's competition section, Article 83, and more importantly on the clause of the Treaty that authorises the Council to fill gaps. Article 308 provides that the Council, after consultations, may take "appropriate measures" where action by the Community is necessary to attain a Community objective but the treaty has not provided the necessary powers. Thus, a premise for the merger regulation is that the system of ensuring that competition in the common market is not distorted, which is a Community goal set by Article 3(g) of the Treaty, requires a merger control system that the Treaty has not provided, indeed that was deliberately not included in the competition law system in 1957.

26. The Treaty does not preclude a Member State from taking such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are concerned with the production of or trade in arms, munitions or war material. Such measures must not adversely affect the conditions of competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes. (Article 296)
27. Insiders reported there had been some vote-trading in the early era of the merger regulation, concerning matters arising under the portfolios of other Commissioners. (Wilks & McGowan, 1996, p. 234)
28. In the Community's legal vocabulary, an "enforcement" matter is one that the Commission brings against a Member State for non-compliance with Treaty obligations or Community directives or other legislation.
29. This is the system that has long been used to apply French competition law. France had advocated it for the original Regulation.
30. The right to a hearing, to know and respond to the basis for an adverse decision or action, is recognised as a general principle of law in Community jurisprudence. It was the first such concept that the ECJ took from English law (where it is an element of "natural justice"), in a 1974 competition case. (Hartley, 1994)
31. Each Commissioner's *cabinet* includes a competition policy specialist. These specialists meet weekly. If a matter raises issues that they cannot resolve satisfactorily, it is discussed at the regular Monday meeting of the Commissioners' *chefs du cabinet*. If there is still no agreement, the matter would be put on the agenda of the Commission meeting on Wednesday.
32. At one time, the starting point was based on turnover, but the Commission no longer applies that approach, in part because of concern that using turnover explicitly would compromise business confidentiality of that data. (Joshua, 2003)
33. In the 1996 program, this was 50-75%. The 2002 version makes the promise more asymmetric and thus increases the incentive to be first in line.
34. Full leniency was granted under the 1996 program only 11 times. (EC DG Comp, 2004, p. 19)
35. The ECJ may have been nonplussed by the absence of documentary evidence proving agreement and reluctant to trust the Commission's sole judgment in this area. (Bailey, 2004)
36. Decentralised competition law enforcement is not an example of the Community law principle of subsidiarity. The term is not used in the enforcement regulation. This principle, which is recognised in the Maastricht agreement, only applies

where the Community lacks exclusive jurisdiction. Competition policy is one of the few areas where the Commission has always had direct enforcement power, and it has not been considered an area of shared jurisdiction under the Treaty.

37. The Commission entered a “passive comity” co-operation agreement with the US enforcement agencies in 1991; after a challenge by France to the form and authority of this agreement, it was ratified by the Council in 1995.
38. This is the level budgeted in the 2005 Annual Management Plan. The Antitrust Division of the US Department of Justice is larger, with about 775 staff. Japan’s Fair Trade Commission is roughly the same size, with about 640. The JFTC’s jurisdiction includes unfair marketing practices and deceptive advertising in addition to competition law.
39. A somewhat similar dynamic has appeared in the US, when state-level officials or private plaintiffs have taken up issues and cases that the federal enforcers have not pursued. In the US system, though, the federal authorities have no power to intervene and take over state or private actions.
40. The closest analogy is the Competition Commission in Denmark, which has 17 members plus a chair. Unlike the European Commission, it is not composed of officials with policy portfolios, although more than half of its members are designated by associations and interest groups.
41. The 2003 *Annual Survey* raised some questions about the CFI’s fast-track process, fearing that it was ineffective since parties who succeeded in their appeals did not necessarily succeed in closing their deals, and recommended an assessment of its effectiveness. The criticism misconceived the purpose of fast-track treatment. The proven benefits of the fast-track option, in providing effective judicial discipline over important but time-sensitive Commission decisions, far outweigh any concerns about whether resource constraints might limit how much fast-track treatment is available.
42. Assigning decision-making jurisdiction to the Community courts might require Treaty changes, at least for merger control decisions. The regulations to enforce and impose fines for violations of Articles 81 and 82 are authorised under Article 83, which gives the Council broad and flexible authority to design the enforcement system. Court jurisdiction under Article 229 is based on reviewing penalties. The legal basis for the merger regulation, though, is Article 308, and the merger control system is not based on imposing penalties. (Wils, 2004).
43. The new enforcement regulation adds authority to do this with respect to types of agreement across sectors.

## BIBLIOGRAPHY

- ABA Section of Antitrust Law (2005), "The European Competition Network: What it is and where it's going", *The Antitrust Source*, July 2005, available at [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com).
- Bailey, David (2004), "Scope of Judicial Review under Article 81 EC," *Common Market Law Review*, vol. 41, no. 5, Kluwer, Netherlands, pp. 1327-60.
- Bustin, George L. et al. (2004), "2003 Annual Review of European Union Legal Developments", *International Lawyer*, vol. 38, no. 3, American Bar Association Section of International Law, Chicago, pp. 629-664.
- Connor, John M. (2004), "Price-fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence", American Antitrust Institute Working Paper No. 04-05.
- González Díaz, Francisco Enrique (2004), "The Reform of European Merger Control: *Quid Novi Sub Sole?*", *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 no. 2, Kluwer, Netherlands, pp. 177-99.
- Dolmans, Maurits and Thomas Graf (2004), "Analysis of Tying under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective," *World Competition Law and Economics Review*, vol. 27 no. 2, pp. 225-244.
- Ehlermann, Claus-Dieter and John Ratliff (2005), "Mario Monti's Legacy for Competition Policy in Article 82," *Competition Policy International*, vol. 1 no. 1, spring 2005, p. 79.
- European Commission (2005), *Report on Competition Policy 2004*, 17 June 2005, SEC(2005) 805 final, Brussels, available at [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2004/en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2004/en.pdf).
- European Commission, Directorate-General for Competition (2004), *European Union Competition Policy: 23d Report on Competition Policy 2003*, Luxembourg.



- Garzaniti, Laurent, Jason Gudofsky and Jane Moffat (2004), "Dawn of a new era? Powers of investigation and enforcement under Regulation 1/2003", *Antitrust Law Journal*, vol. 72 no. 1, p. 159.
- Gerardin, Damien and David Henry (2005), "The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments", conference on *Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, University of Amsterdam, 17-18 February 2005.
- Gerber, David (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford.
- Goyder, D. G. (1998), *EC Competition Law*, 3d ed., Oxford.
- Goyder, D. G. (2003), *EC Competition Law*, 4th ed., Oxford.
- Hartley, Trevor C. (1994), *The Foundations of European Community Law*, 3d ed., Oxford.
- Hildebrand, Doris (2002), *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, The Hague.
- Huser, Henry and Frederic Depoortere (2002), "Substantive Enforcement Standards in Horizontal Mergers under the EC Merger Regulation," *Antitrust*, vol. 17, no. 1, p. 44.
- Joshua, Julian and Peter D. Camesasca (2003), "EC fining policy against cartels after the *Lysine* rulings: the subtle secrets of x," *European Antitrust Review 2004*, Global Competition Review, London, p. 5.
- Kroes, N. (2005), "The First Hundred Days," speech to International Forum on Competition Law, 7 April 2005, available at [http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kroes/speeches/speeches\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kroes/speeches/speeches_en.html).
- Levy, Nicholas and Robert O'Donoghue (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age," *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 no. 1, Kluwer, Netherlands, pp. 75-99.

- Louis, Frédéric and Anne Vallery (2004), “*Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*,” *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 no. 1, Kluwer, Netherlands, pp. 53-74.
- Nebbia, Paolisa (2004) [case note on ECJ Case C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorita Garante della Concorrenze e del Mercato*] *Common Market Law Review*, vol. 41, p. 839.
- Nicolaides (2002), “Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the *Ferring* judgement”, *European Community Law Review*, p. 313.
- OECD (2003), *Economic Survey: Euro Area*, Paris.
- Ross, George (1995), *Jacques Delors and European Integration*, Cambridge.
- Townley, Chris (2004), “The Liner Shipping Block Exemption in European Law: Has the Tide Turned?”, *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 no. 1, Kluwer, Netherlands, pp. 107-53.
- Vervaele, John A. E. [case note on ECJ cases [2003] ECR I-5689], *Common Market Law Review*, vol. 41, p. 795 (2004).
- Vesterdorf, Bo (2005), “Standard of proof in merger cases: Reflections in the light of recent case law of the Community courts”, *European Competition Journal*, vol. 1, no. 1, p. 3.
- Wilks, Stephen & Lee McGowan (1996), “Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency?”, in G. Bruce Doern & Stephen Wilks, eds., *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Oxford.
- Wils, W. (2003), “The principle of ‘ne bis in idem’ in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis,” *World Competition*, vol. 26.
- Wils, Wouter P. J. (2004), “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis,” *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 no. 2, Kluwer, Netherlands, pp. 201-224.



**DROIT ET POLITIQUE**  
**DE LA CONCURRENCE DANS**  
**L' UNION EUROPEENNE**

**-- 2005 --**

## **ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES**

En vertu de l'article 1er de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques **visant** :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays Membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

© OCDE 2005

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tél. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : [www.copyright.com](http://www.copyright.com). Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

## AVANT PROPOS

Ce rapport du Secrétariat de l'OCDE\* a servi de base à l'examen par les pairs de la Commission européenne lors de la réunion du 19 octobre 2005 du Comité de la concurrence de l'OCDE. La politique de la concurrence joue un rôle clé dans le développement de l'Union européenne et de ses institutions. Elle a acquis un statut quasi constitutionnel, fondé sur l'application directe de la loi aux acteurs économiques plutôt que sur un exercice administratif d'un pouvoir discrétionnaire ou sur un marchandage politique ou de la part de tel ou tel groupe d'intérêt. La législation de la concurrence dans l'Union européenne est dans une situation transitoire avec des politiques antitrust, concernant les fusions et les aides d'État, fondées de manière croissante sur des considérations économiques et de marché. La modernisation des concepts inscrit l'analyse de fond dans un format gérable tout en rendant ses fondements économiques plus explicites. En éliminant notification et approbation préalable, et en partageant la responsabilité de l'application de la loi avec les autorités nationales, la Commission européenne cherche à réaffecter les ressources de manière à ce que la DG Comp puisse se concentrer sur les questions complexes de dimension communautaire. Une priorité importante est de clarifier les relations entre les programmes de clémence de la Communauté et des États membres. En adoptant une approche économique en matière de domination, la responsabilité devrait dépendre des effets néfastes sur la concurrence ; dans des cas appropriés, l'évaluation de l'étendue de la récupération devrait être partie intégrante d'une telle approche. La DG Comp s'est dotée d'une expertise économique et a renforcé les contrôles de qualité. Néanmoins un renforcement supplémentaire de la capacité analytique économique est nécessaire. Avec des projets bien avancés de libéralisation des secteurs réglementés par les États membres, le nouveau programme d'analyse d'impact de la Commission focalise l'attention sur la nécessité d'éviter les restrictions disproportionnées et non nécessaires dans la législation communautaire.

---

\* Ce rapport a été rédigé par Michael Wise.



## TABLE DES MATIÈRES

<b>Synthèse</b> .....	7
<b>1. Les fondements</b> .....	9
1.1 Contexte et historique.....	9
1.2 Objectifs .....	15
<b>2. Le droit positif : contenu du droit de la concurrence</b> .....	17
2.1 Cadre .....	17
2.2 Accords horizontaux .....	22
2.3 Accords verticaux.....	27
2.4 Abus de position dominante .....	30
2.5 Concentrations.....	36
2.6 Aides d'État.....	39
2.7 Concurrence déloyale et protection des consommateurs.....	42
<b>3. Questions institutionnelles : structure et pratiques en matière d'application</b> .....	43
3.1 Institutions chargées de la politique de la concurrence .....	43
3.2 Processus et pouvoirs d'application .....	45
3.3 Examen judiciaire.....	51
3.4 Autres modalités d'application du droit communautaire de la concurrence.....	53
3.5 Questions internationales .....	57
3.6 Ressources et priorités.....	58
<b>4. Lmites de la politique de la concurrence : exclusions et régimes sectoriels</b> .....	61
<b>5. Promotion et mise en forme de la politique de la concurrence</b> .....	68



<b>6. Conclusions et possibilités d'action future</b> .....	71
6.1 Options à envisager .....	85
<b>Notes</b> .....	92

## **DROIT ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS L'UNION EUROPEENNE**

### **SYNTHÈSE**

La Commission européenne, avec l'appui des tribunaux européens, a mis en place un cadre pour la politique de la concurrence en Europe. Ce cadre est fondé sur un concept et des bases juridiques de promotion de l'ouverture du marché et de renforcement des institutions communautaires. Le droit de la concurrence de la communauté européenne connaît actuellement une transition vers une politique axée sur l'économie de marché, se fiant davantage à l'application de ce droit par le réseau désormais étendu des organes nationaux suivant des règles substantielles à peu près harmonisées. Les principes substantiels sont adaptés aux méthodes administratives d'application, étant donné que les réglementations et les lignes directrices suivent de plus en plus un format analytique dans une perspective économique.

Les accords anti-concurrentiels sont interdits et frappés de nullité. On peut recourir à une règle qui se suffit quasiment à elle-même pour réprimer les comportements anti-concurrentiels caractérisés, mais si ces comportements permettent des profits économiques, des exemptions à la règle sont possibles. L'application de la règle aux cartels se trouverait renforcée si les sanctions frappaient les personnes physiques comme les entreprises. Si cela n'est pas possible selon le droit communautaire, la Commission peut agir en imposant des sanctions individuelles en application des droits nationaux des États membres. En matière de vente et de distribution, la plupart des clauses limitatives de la concurrence sont licites, sauf si l'entité en question détient un certain pouvoir de marché.

L'autre principal objet du droit européen de la concurrence est de réprimer les abus des entreprises qui détiennent une position dominante sur un marché et étouffent les concurrents ou portent préjudice aux consommateurs. Cette partie du droit va être modernisée afin de l'adapter à l'approche plus économique de la Commission européenne, pour la centrer davantage sur les effets d'éviction probables ou réels du marché que sur des comportements formellement prohibés. En adoptant un point de vue économique pour l'analyse d'une position dominante, la responsabilité devrait dépendre des effets qui affectent la concurrence. Dans des cas appropriés, une évaluation des possibilités de récupération devrait être une partie intégrante de cette approche.

## SYNTHÈSE (suite)

La norme juridique globale en matière de contrôle des fusions peut traiter de toutes les sortes d'effets de ces opérations sur la concurrence. Les lignes directrices édictées en 2004 par la Commission européenne concernant les fusions horizontales impliquent une grande harmonisation des deux côtés de l'Atlantique, du moins pour ce type de rapprochements. Toutefois, la réaction très critique des tribunaux face à plusieurs décisions de la Commission dans des contrôles de concentrations a mis en lumière des faiblesses du processus décisionnel de la Commission. Cette dernière a corrigé ces faiblesses en accroissant ses capacités d'analyse économique et en renforçant ses contrôles de qualité internes. Ces contrôles, que la Commission est toujours en train d'expérimenter, améliorent la qualité mais peuvent augmenter les coûts. Toutefois, il faut encore augmenter les capacités d'analyse économique.

L'application de la loi au niveau administratif évolue dans le sens d'un renforcement des pouvoirs d'investigation et d'une meilleure prise en compte des éléments économiques dans la prise de décision. Il s'agit de convaincre les tribunaux tout en maintenant une cohérence de la politique générale dans un système décentralisé d'application. Les organismes et les tribunaux chargés de la concurrence dans les États membres peuvent appliquer le droit communautaire positif. Le Réseau européen de la concurrence (REC), une structure informelle, est le moyen de faciliter la coordination entre les autorités chargées de la concurrence. En supprimant la notification et l'approbation préalable des exemptions tout en partageant la responsabilité de l'application avec les organismes nationaux, la modernisation du processus d'application a notamment pour objectif de réaffecter les ressources disponibles, afin que la DG Concurrence puisse se concentrer sur des questions et des investigations complexes, à l'échelle de la Communauté tout entière. Il est notamment urgent de clarifier les relations entre les programmes de clémence de la Communauté et les autorités nationales chargées de l'application.

Le droit communautaire de la concurrence couvre un large domaine et est cohérent dans l'ensemble. Aucun secteur n'en est exclu et il y a peu de dispositions spéciales en matière d'application. Les dispositions du Traité qui interdisent les mesures des États membres, contraires aux règles du Traité, concernant les entreprises publiques et les entreprises détenant des droits spéciaux ou exclusifs forment la base du programme de libéralisation à long terme visant à réformer les monopoles historiques qui existent dans les infrastructures. Les principes du Traité en matière de contrôle des aides d'État ont pour but d'empêcher les agissements des pouvoirs ou des administrations publics qui faussent la concurrence. Le nouveau programme de la Commission d'analyse d'impact des propositions de l'UE susceptibles de fausser la concurrence sur le marché intérieur vise à éviter des restrictions inutiles et disproportionnées résultant du droit communautaire.

## **1. Les fondements**

Le droit de la concurrence de l'UE correspondait aux conditions économiques du milieu du 20<sup>ème</sup> siècle. Son développement, tiré par la nécessité d'une intégration en un seul marché, a profité de la symbiose entre la protection de la concurrence et la promotion du libre-échange. Les décisions de la Cour de justice (CJ), prises dans l'optique de renforcer la Communauté et d'éliminer les barrières aux échanges commerciaux, ont jeté les bases juridiques de la politique communautaire ambitieuse en matière de concurrence. La direction générale de la Commission chargée de la concurrence (la DG Concurrence, anciennement Direction Générale IV) se trouve dans une position quasiment unique au sein du système de la Communauté européenne. En effet, dans le domaine de la politique de la concurrence, la Commission possède un pouvoir d'application directe de cette politique qui ne dépend pas des gouvernements des pays membres. Le droit communautaire de la concurrence connaît actuellement une profonde mutation. Il est passé des objectifs initiaux d'ouverture des marchés et de mise en place d'une culture de la concurrence, à une structure mature et globale mettant en œuvre la politique de la concurrence au centre de laquelle se trouve la Commission européenne. Les principes positifs développés par les institutions communautaires sont devenus un cadre juridique commun partagé par les droits nationaux des États membres. Le droit évoluera désormais dans le cadre du réseau constitué par les administrations nationales et communautaires qui partagent la responsabilité de l'appliquer. Le principal objet de cette étude est la Commission européenne, en tant qu'organe administratif de 25 pays de l'Union européenne. L'essentiel du débat s'appliquera également à l'Espace Économique Européen avec ses trois pays associés et leurs politiques de concurrence étroitement coordonnées et appliquées<sup>1</sup>.

### **1.1 Contexte et historique**

Dans l'Europe de l'après-guerre, les économies administrées se trouvaient confrontée à des besoins de développement et à des monopoles d'État. Les institutions de l'Union européenne ont été créées dans un contexte d'intervention de l'État, propriétaire d'entreprises et qui contrôlait le commerce et les prix, alors que l'Europe se reconstruisait après la grande crise économique des années 30 et la guerre. Les concepteurs de la nouvelle économie politique d'après-guerre, qui cherchaient à faire croître et intégrer les marchés tout en soutenant le développement, ont conclu que la politique de la concurrence serait un élément nécessaire de la nouvelle structure, principalement pour réprimer les abus des monopoles nationaux.

Cette structure a pris la forme d'un groupe d'États liés par un traité. À mesure que les fonctions de cette structure évoluaient, la définition du statut juridique de

l'Union européenne et sa comparaison avec d'autres institutions sont devenues complexes.<sup>2</sup> Dans les aspects de son fonctionnement qui relèvent du consensus, l'Union européenne ressemble à une organisation internationale d'États réunis pour promouvoir la coopération. À d'autres points de vue, elle ressemble à un gouvernement fédéral ayant le pouvoir de faire appliquer directement ses décisions. Le développement de la politique de la concurrence et l'application directe de cette politique par la Commission sont représentatifs de ces tendances fédérales. Ces tendances ressortent aussi des décisions de la CJ qui établissent la suprématie du droit communautaire et exigent des juridictions nationales qu'elles reçoivent et appliquent le droit communautaire comme étant le leur (Hartley, 1994).

Les concepts et les institutions du droit de la concurrence de l'UE sont apparus en premier lieu dans la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). C'est dans les secteurs clés du charbon et de l'acier que la nécessité de stabiliser l'économie allemande de l'après-guerre et de l'intégrer dans l'Europe de l'ouest, tout en empêchant les entreprises allemandes de dominer les marchés, était la plus évidente. Une nouvelle entité juridique, la CECA, a été créée par le Traité de Paris de 1951 pour administrer ces secteurs. La CECA incluait la plupart des éléments qui furent incorporés par la suite dans la politique de la concurrence de l'UE.<sup>3</sup> Les dispositions du Traité CECA interdisant les accords tendant à restreindre le jeu normal de la concurrence tout en permettant des exemptions, ont été les précurseurs d'un vocabulaire maintenant familier. Ces dispositions ont aussi fixé les critères de sanctions qui sont toujours la norme, à savoir une amende administrative à concurrence de 10 pour cent du chiffre d'affaires annuel. L'interdiction par la CECA des ententes tendant à restreindre le jeu normal de la concurrence, que l'organe administratif de la CECA avait le pouvoir de faire appliquer directement, apparaissait inhabituellement étendue. C'était une démarche radicalement différente du consensus issu de la discussion d'avant-guerre et de l'expérience de la politique de concurrence, qui s'accordait à soumettre les cartels à une obligation de déclaration afin de contrôler les abus, plutôt que d'interdire purement et simplement les cartels. Par contre, le traitement par la CECA des abus de position dominante ressemble davantage au consensus d'avant-guerre qui consistait à corriger ces abus en contrôlant les pratiques et les prix futurs (après consultation avec le gouvernement de l'État membre concerné). Les dispositions du Traité CECA, qui parlaient de « répercussion sensible sur les conditions de la concurrence », régulaient les subventions et les aides publiques. Elles étaient en cela les précurseurs des règles du Marché commun sur les aides publiques. Le droit de la concurrence instauré par la CECA exigeait aussi l'autorisation préalable des fusions. Cependant, les règles en matière de fusions, la seule partie du système CECA reflétant l'expérience américaine, ont eu peu d'influence sur les évolutions ultérieures.<sup>4</sup> La CECA est entrée en vigueur en 1953. Ses dispositions relatives à la concurrence n'ont en fait

pas été beaucoup appliquées au cours des 4 années précédant le Traité de Rome, fondateur du Marché commun plus large en 1957.

Le Marché commun a pris la CECA comme modèle pour ses politiques et règles de base. Lors des discussions préparatoires au marché commun européen, il a été reconnu qu'il était au départ essentiel de contrôler les pratiques anti-concurrentielles. Les documents préparatoires décrivent les problèmes posés par les monopoles et le besoin de règles pour lutter contre les discriminations, les partages de marché et les pratiques éliminant la production ou les technologies concurrentes. Parmi les objectifs fondamentaux fixés par le Traité de Rome pour le Marché commun, figurent la lutte contre la discrimination nationale et la mise en place d'un système pour assurer que la concurrence n'est pas faussée. Les règles de concurrence du Traité de Rome se fondent sur celles de la CECA pour ce qui concerne les ententes, les positions dominantes et les aides, mais ce n'est pas le cas des règles relatives au contrôle des fusions. Les règles du Marché commun ajoutent certaines précisions à l'interdiction des ententes restreignant le jeu normal de la concurrence et elles renforcent la règle régissant l'abus de position dominante en l'interdisant purement et simplement. Ces articles de base ont été conçus comme des dispositions constitutionnelles dont le contenu serait déterminé par la pratique. Leur caractère général est aussi un témoignage de prudence, car le Traité devait nécessairement combler ou éviter des différences de point de vue entre les États membres. Certains pays penchaient en faveur d'un droit de la concurrence strict et considéraient les règles du Traité comme des normes juridiques devant être appliquées dans les décisions des Tribunaux. D'autres pays voyaient dans les dispositions du Traité une sorte d'exposé d'intentions qui guidait les administrations dans leurs décisions (Gerber, 1998).

Le Conseil accorda à la Commission des pouvoirs étendus d'élaboration et d'application de la loi. Les États membres ne se sont pas beaucoup focalisés sur la politique de la concurrence au cours des 4 années préparatoires à la réglementation d'application des règles du Traité. En conséquence, la Commission s'est trouvée jouir de davantage d'autonomie dans ce domaine que ce n'aurait été le cas dans d'autres circonstances (Goyder, 1998). Le règlement d'application de 1962 a centralisé la responsabilité dans ce domaine à la Commission. Son angle d'approche des cartels mettait l'accent sur l'interdiction faite par le Traité, car l'obtention d'une exemption nécessitait une décision de l'organe chargé de l'application de la règle. Le règlement reprenait dans les dispositions de la CECA la possibilité d'obtenir une « autorisation négative » dans le cas d'opérations qui ne sont pas susceptibles de fausser la concurrence, mais il ne prévoyait pas de procédure « d'opposition » (en vertu de laquelle l'inaction des autorités dans un certain délai valait autorisation ou exemption). Entre 1957 et 1962, certaines administrations nationales ont commencé à appliquer les dispositions du Traité.<sup>5</sup> Toutefois, à partir de 1962, le règlement

d'application du Conseil a marginalisé les autorités et les tribunaux nationaux en donnant à la Commission la priorité dans les enquêtes en vertu du droit communautaire, et compétence exclusive sur le sujet essentiel des exemptions. La Commission était tenue de consulter un comité de représentants des États membres pour les mesures d'application, mais l'avis de ce comité était consultatif et ne liait pas la Commission. Le Conseil rejeta une proposition visant à donner à ce comité un droit de veto. Lors de la mise en place de ce système en 1962, la Commission reçut plus de 35 000 notifications sollicitant une exemption ou une autorisation négative. Une réponse au cas par cas s'avérait impossible ; il fallait manifestement des règles générales. Le règlement d'exemption par catégorie de 1965 répondit à cet afflux de notifications auquel on ne pouvait faire face, tout en mettant en relief l'autonomie de la Commission dans la politique de concurrence. Le Conseil délégua à la Commission le pouvoir d'émettre une réglementation fixant des normes objectives d'application générale en matière d'exemption à l'interdiction des cartels. Le Conseil n'a délégué un tel pouvoir à la Commission dans aucun autre domaine communautaire important.

Avec l'appui des institutions judiciaires, le droit de la concurrence a élaboré ce que l'on peut appeler une constitution économique. Pendant les premières dizaines d'années d'application du droit communautaire de la concurrence, le dialogue entre la Commission et la CJ instauré par le processus de décision et d'appel a fixé l'orientation et la portée de ce droit. L'appui de la CJ dans le sens d'une interprétation large et d'une application étendue des dispositions du Traité en matière de concurrence, a revêtu une importance fondamentale. La Commission n'avait pas à faire face aux limitations techniques strictes de compétence ou de pouvoir que certains tribunaux nationaux avaient imposées aux autorités de la concurrence nouvellement créées. La CJ a apporté son soutien aux revendications de compétences étendues dans le domaine de la concurrence, car ces revendications concrétisaient les objectifs de la Cour de justice de promotion de l'intégration du marché et de renforcement des institutions du marché commun. L'encouragement donné par la Cour à la Commission à propos de la fixation par cette dernière des conditions de l'intégration du marché a conféré aux règles de concurrence du Traité une nature quasi-constitutionnelle.

Initialement, la Commission a agi prudemment. Des décisions pouvaient élargir les compétences en raison de leurs effets potentiels sur le commerce, puis contrebalancer cet élargissement par certaines restrictions apportées à l'interdiction de base. La Commission s'est concentrée sur les questions juridictionnelles et procédurales, évitant d'imposer de fortes amendes et appliquant le droit de la concurrence aux entreprises privées davantage qu'aux entreprises publiques. L'affaire *Convention Faïence* de 1964 montre bien le contexte commercial auquel la Commission se trouvait confrontée : un ensemble complexe d'obligations et de

contraintes imposé aux membres d'une association professionnelle empêchait que des flux importants d'importations n'entrent sur un marché national. L'affaire a été résolue de manière caractéristique : suite aux négociations, le cartel s'est engagé à se transformer en entité ouverte à de nouvelles adhésions. Les contrats de distribution ont retenu majoritairement l'attention des autorités chargées de l'application des règles, tandis que les débats récurrents sur les importations parallèles soulignaient l'importance de l'objectif d'intégration du marché. Cet objectif explique et justifie probablement la priorité donnée aux ententes verticales. Cependant, en conséquence de ce choix, « ce n'est que plusieurs années après que la Commission s'est occupée de certains grands cartels horizontaux qui avaient fonctionné en toute impunité » (Goyder, 1998, p. 70).

La confiance de plus en plus grande en la politique de la concurrence de l'Union européenne a culminé dans le règlement sur les concentrations de 1989, complétant la « boîte à outils » de la politique européenne de la concurrence. Après 20 années au cours desquelles les fondements de la politique de la concurrence ont été posés, la Commission dans les années 80 a renforcé les conditions d'application. Le programme du marché unique et l'Acte unique européen de 1986 ont renforcé l'objectif d'intégration du marché et ont ainsi dynamisé plus encore une politique active de la concurrence. Le contrôle des fusions, que les rédacteurs du Traité de 1957 avaient délibérément omis, a finalement été adopté par un règlement du Conseil après 17 années d'efforts. Le monde des affaires a soutenu cette décision de créer un seul point de réglementation des fusions de grande ampleur en Europe. La mise en œuvre de ce règlement impliquait un processus d'ajustement. La première décision d'interdiction d'une fusion prise par la Commission, en 1991, a fait l'objet d'une protestation des gouvernements des pays des entreprises concernées. Il a fallu un certain temps pour surmonter l'impression initiale selon laquelle des facteurs politiques pouvaient jouer un rôle dans les décisions de la Commission en matière de fusions (Gerber, 1998). En bénéficiant de ce pouvoir important d'affecter des décisions essentielles des entreprises, la Commission a vu sa visibilité et son prestige nettement renforcés dans l'application des règles de concurrence en général.

Les interventions des États et les monopoles publics ont fait l'objet d'une attention de plus en plus grande. Une série d'affaires à partir de 1985 invoquait les obligations fondamentales du Traité à l'encontre de législations nationales interférant dans le fonctionnement effectif du droit communautaire de la concurrence. Le programme de la Commission visant à encourager la réforme des monopoles dans les services d'infrastructure a commencé par les télécommunications. Ici, de nouveau, les tribunaux ont soutenu l'initiative de la Commission. Dans sa décision de 1986 dans l'affaire dite des *Terminaux de télécommunications*, la CJ fait la distinction entre les fonctions relevant par essence des gouvernements, et les fonctions essentiellement commerciales, restreignant les



exemptions pour les services publics et autorisant la Commission à agir pour abus de position dominante par British Telecom. Une directive ayant pour objet d'éliminer les droits des monopoles portant préjudice à la concurrence a suivi en 1988. Cette directive développait plus avant des directives précédentes qui exigeaient davantage de transparence de la part des entreprises publiques. D'autres décisions prises par la Commission depuis lors dans le cadre de son programme de libéralisation ont concerné les services postaux, les télécommunications mobiles, les aéroports, les ports et le transport maritime, les assurances et la radiodiffusion, tandis que le Conseil édictait une législation sous forme de directives appelant à des réformes dans les télécommunications, l'énergie et les services postaux.

La politique communautaire de la concurrence est en cours de reformulation selon des principes économiques. Pour ce projet, débuté au milieu des années 90, la Commission se fonde de plus en plus sur le raisonnement et l'analyse économiques exigés par le contrôle des fusions et le programme de libéralisation.<sup>6</sup> L'objectif d'intégration du marché étant largement réalisé pour ce qui concerne l'industrie et le commerce, l'attention se porte à la fois sur les limitations aux échanges de services et sur le comportement des cartels et des monopoles en rapport avec la politique de concurrence normative. L'évolution des principes d'application de la politique de la concurrence impliquait une évolution de l'analyse en catégories moins formelles. La ligne directrice de 1997 concernant la définition d'un marché en cause a jeté les bases de la nouvelle réorientation privilégiant les critères économiques. Les premiers projets importants de cette réorientation ont été la révision complète des règles relatives aux pratiques restrictives verticales et horizontales. Ils ont consisté à remplacer de longues listes de règles et d'interdictions spécifiques par des principes généraux et des tests fondés sur les parts de marché. La Commission est en train de reformuler la réglementation et de réviser les lignes directrices afin de moderniser le droit de la concurrence de l'Union Européenne selon ces nouvelles orientations.

La vigilance resserrée des tribunaux a conduit la Commission à améliorer ses procédures internes. La création du Tribunal de première instance (TPI) en 1989, en permettant de doubler les capacités de la Communauté en matière judiciaire, a fourni aux justiciables un moyen plus pratique d'interjeter appel des décisions de la Commission. Les tribunaux de l'Union européenne appuient toujours les initiatives de la Commission en matière de politique de la concurrence. Néanmoins, le TPI a sanctionné des agissements de la Commission pour erreurs de procédure et défauts de raisonnement et de traitement des éléments de preuve. Lorsque le TPI a adopté les règles permettant une « procédure accélérée », il est devenu intéressant pour les justiciables de demander aussi l'examen par les tribunaux des décisions en matière de fusions. À l'heure actuelle, 20 cas de fusions font l'objet d'une procédure d'appel devant les tribunaux de l'Union européenne (Vesterdorf, 2005). En 2002 et en l'espace de 4 mois, le TPI a sanctionné 3 décisions de la Commission concernant

des fusions, selon des motifs critiquant fortement l'analyse économique de la Commission et son traitement des éléments de preuve. La DG Concurrence, en partie en réponse aux problèmes que ces décisions judiciaires avaient soulevés, a créé une unité économique spéciale et a accéléré le recrutement experts en économie industrielle pour augmenter ses capacités d'analyse économique, et elle a introduit des contrôles de qualité supplémentaires dans ses procédures d'investigation et d'évaluation des affaires qui lui sont soumises.

Après 40 ans d'expérience, l'Union européenne a mis en oeuvre en 2004 un processus « modernisé » d'application du droit communautaire.<sup>7</sup> En ôtant à la Commission son monopole de décision à propos des exemptions, le nouveau système facilite beaucoup plus l'application du droit par les institutions et les processus nationaux. Le traité de Rome prévoyait une coopération de la Commission et des autorités nationales des États membres, au moins à titre transitoire. Toutefois, parmi les six pays fondateurs, seule l'Allemagne avait à ce moment là un droit de la concurrence aussi ambitieux.<sup>8</sup> A l'heure actuelle, tous les États membres ont un droit de la concurrence et des autorités chargées de l'application. Leurs droits nationaux positifs ont généralement convergé vers les normes communautaires. Certaines divergences demeurent, et le nouveau règlement d'application traite des questions de coexistence et de suprématie. Le droit national peut être appliqué à des agissements conformes au test juridictionnel de leur effet sur les échanges commerciaux entre États membres, mais les autorités nationales doivent aussi appliquer en même temps le droit communautaire et un droit national ne peut pas interdire des ententes restreignant le libre jeu de la concurrence mais qui n'enfreignent pas les dispositions du Traité. Toutefois, un droit national peut être plus limitatif que le droit communautaire pour ce qui concerne les agissements unilatéraux.<sup>9</sup>

## **1.2 Objectifs**

Le Traité fait de la concurrence un objectif principal, mais il ne détaille pas la signification du concept de concurrence. Les activités assignées aux institutions communautaires en incluent plusieurs qui concernent directement la politique de la concurrence : mettre en place un marché intérieur caractérisé par « l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux » et l'établissement d'un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur » (article 3). La Communauté et ses États membres doivent adopter une politique économique coordonnée fondée sur « une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » (article 4). Ces parties du Traité fixent donc pour le marché intérieur de la Communauté l'objectif d'une concurrence libre et non faussée. Les règles de base des articles 81 à 87 ne limitent pas le choix des objectifs de politique. Elles indiquent cependant clairement que les règles en matière de concurrence s'adressent

aux agissements des pouvoirs publics comme à ceux des personnes privées. D'après les principes du Traité, on peut comprendre que l'objectif le plus fondamental de la Communauté est la promotion du bien-être et du progrès économique,<sup>10</sup> la politique de la concurrence étant l'un de plusieurs moyens pour y parvenir. Le texte du Traité inclut donc aussi des objectifs de politique que l'on peut interpréter comme étant incompatibles avec la promotion de la concurrence, bien qu'ils soient formulés d'une manière qui implique qu'il ne sera pas nécessaire de faire un choix. Les institutions communautaires, par exemple, doivent soutenir la compétitivité de l'industrie, notamment en « encourageant un environnement favorable à la coopération ». Toutefois, cette disposition ne doit pas être prise comme validant toute mesure de la Communauté « pouvant entraîner des distorsions de concurrence » (article 157). L'objectif fondamental et complémentaire de libre-échange du marché commun lui-même, concrétisé par l'interdiction du contrôle des importations et des exportations, ne revêt pas un caractère absolu. Les autres politiques qui peuvent justifier que des pays imposent des limites aux échanges sont « la moralité publique, l'ordre public ou la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou la protection de la propriété industrielle et commerciale » (article 30).

Lorsque le marché commun restait à établir, la promotion de l'intégration du marché était un objectif important. Là où des secteurs d'activité étaient traditionnellement établis sur des marchés nationaux, la difficulté consistait à leur faire dépasser ces frontières. L'objectif d'intégration du marché explique l'accent mis sur les ententes verticales et les droits de propriété intellectuelle, qui étaient considérés comme faisant obstacle aux échanges entre pays. Cet objectif était le lien du partenariat entre la Commission et la CJ. La politique communautaire s'est développée en privilégiant la forme juridique plus que le contenu économique, en raison notamment de cette coopération avec les tribunaux et de l'influence des principes émanant du droit allemand de la concurrence. Un commentateur en a conclu que les objectifs du droit de la concurrence de la Communauté européenne n'étaient pas l'efficacité ou l'équité, mais la légalité au service de l'intégration du marché (Wilks & McGowan, 1996). À mesure de l'avancement dans la réalisation du marché interne, l'importance relative de l'objectif d'intégration du marché a diminué.

Les déclarations de politique mettent désormais l'accent sur l'efficacité, le bien-être du consommateur et la compétitivité. La mission de la DG Concurrence énumère un certain nombre d'objectifs possibles dont, dans la même phrase, le bien-être des consommateurs et la compétitivité de l'économie européenne. Couvrant tous les principaux domaines, le texte de cette mission déclare que « les marchés ouverts

et concurrentiels sont un facteur important d'amélioration de la compétitivité de l'industrie, de stimulation de l'évolution et de l'innovation technologiques et, pour les consommateurs, de baisse des prix, de plus grand choix et de meilleure qualité des marchandises ». Les lignes directrices de l'année 2000 sur les restrictions verticales tendant à restreindre le jeu normal de la concurrence déclarent que « la protection de la concurrence est l'objectif premier de la politique de concurrence communautaire, car elle améliore le bien-être des consommateurs et permet une allocation efficiente des ressources. Lorsqu'elle applique les règles de concurrence communautaires, la Commission adopte une approche économique fondée sur l'examen des effets produits sur le marché ... L'intégration des marchés constitue un objectif supplémentaire de la politique communautaire de concurrence. L'intégration des marchés renforce la concurrence dans la Communauté... ». Les lignes directrices de la Commission concernant les concentrations horizontales détaillent les avantages de ces opérations pour les consommateurs, à savoir des prix bas, des produits de grande qualité, un large choix de biens et services, et l'innovation. Ces lignes directrices ne mentionnent pas l'amélioration de la compétitivité. Cependant, le rapport annuel de 2004 de la Commission sur la politique de concurrence, tout en mentionnant la notion générale d'amélioration de l'efficacité, met en exergue l'agenda de Lisbonne qui cherche à promouvoir la compétitivité de l'Europe, prenant soin de noter que « la politique de la concurrence ne constitue pas un but en soi, mais un instrument essentiel pour obtenir des résultats concrets sur le marché ».

## **2. Le droit positif : contenu du droit de la concurrence**

Les principes concrètement utilisés sont adaptés aux méthodes administratives d'application. Les règlements et les lignes directrices suivent désormais une présentation analytique fondée sur une perspective économique.

### **2.1 Cadre**

Les normes et règles de base sont le texte du Traité et les décisions du Conseil. Ils représentent les mesures prises au niveau politique par accord entre les États membres. Les règles générales anti-trust et relatives aux aides publiques se trouvent dans le texte du Traité. Les règles de contrôle des concentrations font l'objet d'un règlement du Conseil. Les directives adoptées par le Conseil, qui doivent être mises en œuvre par leur réception dans les droits nationaux des États membres, ont joué un rôle particulièrement important dans la libéralisation.<sup>11</sup>

Les règlements publiés par la Commission, l'organe administratif de la Communauté, sont des instruments importants pour la mise en œuvre de la politique de la concurrence. L'exemption par catégorie des accords verticaux dans le domaine de la distribution, adoptée en 1999, et les lignes directrices qui l'accompagnent, ont

inauguré la présentation désormais classique consistant en une explication de la méthode analytique et un ensemble resserré de normes et d'interdictions claires, avec des seuils ou des maximum de sécurité à ne pas dépasser, basés sur la taille ou la part de marché. Cette approche prend en compte implicitement les coûts et les bénéfices probables des pratiques en cause. En effet, elle inclut un succédané de probabilité de pouvoir de marché ou d'impact significatif sur le marché. Elle prend aussi en compte les avantages d'une rédaction claire et concise des règles pour le respect et l'application de celles-ci. Cette nouvelle présentation remplace des règlements qui avaient été critiqués comme étant excessivement légalistes, comprenant généralement des « listes noires » de clauses interdites et des « listes blanches » de clauses exigées ou autorisées. Suite à la nouvelle présentation, la Commission a publié des règlements révisés concernant les accords horizontaux, l'assurance, la distribution et les services automobiles et les contrats de transfert de technologie.

Les décisions portant sur les cas individuels montrent concrètement ce que les règles générales impliquent. Ces décisions ne sont généralement pas considérées comme une source de règles positives, bien que des opinions des tribunaux aient créé un certain nombre de doctrines du droit communautaire largement utilisées mais que l'on ne trouve pas dans les textes des traités ou dans la législation. Pour le droit de la concurrence, les jugements de la CJ ont créé un principe important selon lequel la compétence communautaire ne couvre pas les pratiques dont les conséquences sur les échanges commerciaux ou la concurrence ne peuvent pas être appréciés. Des règles plus spécifiques dérivées des décisions des tribunaux risquent de ne pas constituer des éléments stables, car la CJ considère que ses jugements passés ne sont pas des précédents qu'elle est obligée de suivre (bien qu'elle les suive habituellement).

Les communications et les lignes directrices suivent les décisions de justice et indiquent l'orientation de la politique de la Commission. Les tribunaux ayant cessé d'élaborer des doctrines de droit positif, l'initiative est passée à la Commission qui s'est fondée sur les prescriptions non contraignantes des lignes directrices et des notifications (Gerber, 1998). La Commission a émis de tels avis sur l'interprétation de questions fondamentales comme les effets sur les échanges commerciaux et la couverture *de minimis*, la définition du marché, les politiques de fixation des amendes et les programmes de clémence, les concentrations horizontales, les pratiques restrictives verticales (dont le règlement communautaire a été affiné par la Commission), les contrats de transfert de technologie, les pratiques restrictives horizontales, et la coopération avec les tribunaux nationaux. Des projets de reformulations similaires de lignes directrices et d'orientation sont en cours concernant d'autres types de concentration d'entreprises, les abus de position dominante et les aides publiques.

Le droit communautaire de la concurrence ne s'applique que s'il a un impact suffisant sur la Communauté. Cette notion, qui définit les limites de la compétence juridique de la Communauté en son sein et dans les droits des États membres, est interprétée de manière large. Les règles du Traité concernant la concurrence s'adressent aux agissements qui sont « susceptibles d'affecter les échanges entre États membres »<sup>12</sup>. Les lignes directrices de la Commission concernant la notion d'affectation des échanges entre États membres, émis en avril 2004 dans le cadre du programme de modernisation, rassemble des doctrines émanant de jugements judiciaires pour définir les cas que les autorités nationales peuvent traiter sans avoir également à appliquer le droit communautaire. Si une entente considérée dans sa globalité est susceptible d'affecter les échanges entre États membres, le droit communautaire s'applique à l'intégralité de cette entente, y compris aux composantes de cette entente qui, à titre individuel, n'affectent pas ces échanges, et à toutes les parties, y compris les personnes dont la contribution individuelle à cet impact sur les échanges serait insignifiante. Le test juridictionnel peut être satisfait sur la base des effets attendus de la concurrence potentielle et des évolutions positives comme négatives des échanges. L'exigence supplémentaire d'un effet appréciable limite cependant cette portée étendue. Les lignes directrices définissent les effets qui ne sont pas considérés comme « appréciables », en termes de seuils cumulés de parts de marché (5 pour cent) et de chiffre d'affaires global (40 millions euros). En général, ces niveaux définissent une présomption négative réfragable. En dessous de ces niveaux, il incombe à l'autorité chargée de l'application de la règle de montrer qu'il n'y en a pas moins un effet appréciable sur les échanges, afin d'établir la compétence du droit communautaire pour connaître d'une entente ou d'agissements donnés. Cependant, pour les ententes qui, « par leur nature même », affecteraient les échanges entre États membres, chaque seuil fixe une présomption positive réfragable : au-dessus de ces niveaux, les parties à ces ententes ont la charge de prouver, pour échapper à la compétence du droit communautaire, qu'il n'y a néanmoins pas d'effet appréciable sur les échanges. Toute entente visant à contrôler des importations ou des exportations ou toute entente entre entités situées dans plus d'un État membre est virtuellement couverte par la présomption positive. Il existe aussi une présomption manifeste qu'une entente ou des agissements intervenant sur l'ensemble d'un État membre satisfont au test de « l'affectation des échanges ». En effet, un cartel ou une pratique abusive d'une telle ampleur affecte nécessairement les perspectives de compétitivité des concurrents extérieurs potentiels. Il faut davantage de discernement pour les ententes ou les agissements qui n'interviennent que dans une partie seulement d'un seul État membre. Les lignes directrices suivent la jurisprudence en ce qu'elles nient que les marchés doivent être définis avant de cerner les effets en termes de compétence, mais ces principes se réfèrent aussi à la communication générale de la Commission relative à la définition du marché aux

fins de déterminer ces seuils. Étant donné que l'un de ces seuils est fondé sur les parts de marché, il peut s'avérer nécessaire de définir les marchés.

Le droit communautaire s'applique à des entités qui sont des « entreprises », déterminées par fonctions. Ce terme défini est interprété de manière large, sur la base de la nature des activités plutôt que de leur structure formelle. Il exclut les fonctions de souveraineté des États, mais inclut leurs activités commerciales. Il inclut donc les organismes publics se livrant au commerce, les industries nationalisées, les municipalités, les associations d'entreprises, les personnes physiques, les coopératives et les associations. C'est l'activité économique, et non pas le profit, qui est l'élément important. Les assurances sociales font partie de certains cas limites. Les facteurs qui peuvent faire pencher vers la conclusion que ces assurances ne sont pas des entreprises sont notamment le fait qu'elles sont obligatoires et qu'elles sont motivées par des objectifs de solidarité ou de redistribution. Par ailleurs, les assurances sociales sont davantage susceptibles d'être considérées comme des entreprises si elles sont potentiellement en concurrence avec des entreprises privées similaires.

Aux fins de définir les marchés pour les tests fondés sur le pouvoir de marché, on utilise une analyse type. La communication de 1997 de la Commission sur la définition du marché en cause pour les besoins du droit communautaire de la concurrence expose de façon systématique les éléments à prendre en compte pour déterminer les produits et les marchés géographiques. Les critères juridiques sont repris des règlements d'application et des règlements sur les concentrations. Un marché de produit concerné comprend tous les produits et services considérés comme interchangeable ou substituables du point de vue du consommateur, en raison des caractéristiques du produit, de son prix et de son utilisation prévue. Le marché géographique concerné comprend les zones dans lesquelles les entreprises concernées fournissent et demandent des produits ou services pour lesquels les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et peuvent être distinguées des zones voisines parce que les conditions de concurrence dans ces dernières sont sensiblement différentes. Cette méthode est principalement fondée sur la substituabilité de la demande, décrite comme « le facteur de contrainte le plus immédiat et le plus effectif auquel se trouvent soumis les fournisseurs d'un produit donné ». Le test consiste à étudier la réaction probable du marché à une augmentation relative et permanente des prix de 5-10 pour cent. On peut aussi prendre en compte la substituabilité de l'offre lorsque ses effets sont équivalents à ceux de la substitution de la demande. Pour la définition des marchés, on ne tient pas compte de la concurrence potentielle, mais cette dernière peut être prise en compte dans l'évaluation du niveau de concurrence. Dans ses lignes directrices, la Commission reconnaît que l'analyse de la définition des marchés peut dépendre de la nature de la concurrence étudiée. Pour les concentrations, le point de vue est

prospectif et anticipe sur les conditions de marché futures. Par contre, s'agissant des pratiques restrictives ou des abus de position dominante, l'accent peut être mis sur les conditions de marché présentes ou passées, et cela peut englober un examen des agissements afin de déterminer s'ils ont affecté les conditions sur le marché et donc, des éléments de fait utilisés pour sa définition.

Les ententes affectant la concurrence sont interdites et frappées de nullité, à moins qu'elles ne soient exemptées. L'article 81(1) interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Cette interdiction s'étend aux décisions d'associations d'entreprises et aux « pratiques concertées ». Ces termes sont interprétés de manière large et comprennent les accords qui ne constituent pas des contrats ayant force exécutoire. Les autres caractérisations relatives à la nature de l'objet ou de l'effet invitent aussi à une interprétation large. Il y a toutefois des limites : par exemple, les accords passés par un fournisseur avec ses clients peuvent ne pas être considérés comme un ensemble d'accords si les clients n'ont pas adhéré au programme du fournisseur.<sup>13</sup>

Les ententes de petite taille ne sont généralement pas considérées comme étant susceptibles d'affecter la concurrence. Dans une série de communications publiées depuis 1970, la Commission restreint la portée de l'interdiction visée par l'article 81 en décrivant les opérations qui sont probablement de trop petite taille pour avoir des effets appréciables.<sup>14</sup> La dernière de ces communications *de minimis* fixe des seuils sur la base de parts de marché de 10 pour cent pour les accords entre concurrents et de 15 pour cent pour les accords entre non concurrents. Lorsqu'il existe sur un marché des réseaux parallèles d'accords similaires, le seuil est inférieur et se situe à 5 pour cent. La communication suppose aussi dans cette situation l'existence d'un seuil collectif. Elle indique qu'en termes cumulatifs, l'interdiction est peu probable si ces réseaux parallèles captent moins de 30 pour cent du marché. Quelles que soient les parts de marché, les accords anticoncurrentiels caractérisés ne peuvent pas bénéficier de la règle *de minimis*. Les définitions de ces accords anticoncurrentiels caractérisés données par la communication de la Commission sont les mêmes que celles qui sont utilisées pour les règlements et les lignes directrices relatifs aux exemptions par catégorie appliquées aux ententes verticales et horizontales. Le traitement *de minimis* se justifie par le fait que les atteintes au libre jeu de la concurrence sont improbables si les sociétés ne jouissent pas d'un niveau minimum de pouvoir de marché.<sup>15</sup>

Les profits économiques tirés d'une entente peuvent permettre à cette dernière de ne pas tomber sous le coup d'une interdiction. En application de l'article 81(3), un accord qui serait autrement interdit peut néanmoins être autorisé s'il améliore la production ou la distribution ou promeut le progrès technique ou économique, en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, n'impose que



les restrictions qui sont indispensables pour atteindre les objectifs de profits, et ne permet pas d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. On peut manifestement prendre en compte les améliorations de l'efficacité au niveau de la production. La promotion de l'amélioration pourrait aussi inclure les perspectives d'innovation qui peuvent être moins concrètes dans l'immédiat. Ni « l'efficacité », ni « l'amélioration » n'impliquent une large mise en parallèle au niveau social des avantages et des inconvénients économiques. On peut prendre en compte les objectifs poursuivis par d'autres dispositions du Traité dans la mesure où ils peuvent être assimilés aux quatre conditions de l'article 81(3). Dans ses lignes directrices, la Commission admet que l'application des deux parties de l'article 81 aboutit à un solde qui cherche à déterminer l'effet net en termes économiques des pratiques restrictives et des efficacités. Une augmentation de leur pouvoir de marché augmente la capacité et l'incitation des entreprises à relever leurs prix, mais les efficacités en termes de coûts peuvent leur permettre de baisser ces prix. En mettant en parallèle ces effets potentiellement opposés, l'exigence dictée par le Traité que les profits soient répercutés sur les consommateurs s'apprécie selon un barème.

## 2.2 *Accords horizontaux*

Le Traité précise certains des accords horizontaux qu'il interdit. La liste de ces accords, qui n'est pas exhaustive, inclut la fixation directe ou indirecte des prix ou des conditions de transaction, la limitation ou le contrôle de la production, des débouchés, des investissements ou du développement technique et le partage de marchés ou de fournisseurs. Des décisions ont permis de clarifier ce que l'article 81 interdit par ailleurs. Sont ainsi interdites toutes les formes d'accords visant au partage d'un marché et au contrôle des prix, y compris la mise en commun des profits et les ententes pour augmenter les prix, ainsi que les accords de « concurrence loyale ». Les pratiques d'exclusion de la concurrence comme les ententes sur des rabais globaux sont interdites, même si elles permettent dans une certaine mesure les transactions avec des tiers. Les achats et les ventes communs sont autorisés dans certaines conditions de marché. L'échange d'informations sur les prix n'est permis qu'après un certain temps et seulement si cet échange ne permet pas d'identifier des entreprises particulières.

On peut utiliser quelque chose qui ressemble à une règle se suffisant à elle-même pour combattre les agissements anticoncurrentiels caractérisés. Il n'est pas nécessaire de prouver que la fixation des prix, le partage du marché ou les limitations ou les quotas de production ont effectivement abouti à augmenter les prix ou diminuer la production. Des décisions ont clairement indiqué que ces effets sont présumés et que les parties aux accords ne peuvent pas vaincre cette présomption en déclarant qu'elles n'avaient pas l'intention ou la capacité d'obtenir un effet

anticoncurrentiel. La décision de fixation des prix suffit à établir la violation des règles. Toutefois, pour la détermination des amendes, d'autres facteurs que la nature de la violation peuvent aussi être pertinents pour montrer la gravité de l'infraction. Parmi ces facteurs, il pourrait y avoir l'étendue géographique du cartel et ses effets s'ils sont mesurables. Pour montrer la mise en oeuvre de l'accord de cartel, il ne serait pas nécessaire de prouver ses effets sur le marché. Il suffirait par exemple de montrer que les participants à la collusion ont annoncé de fortes augmentations de prix ou se sont réunis pour organiser le contrôle de la réalisation de leurs accords. Pour les violations caractérisées, la CJ est convenue que les facteurs ayant trait à l'intention peuvent être considérés comme plus importants que les facteurs relatifs aux effets.

Les accords tacites ou qui ne font l'objet d'aucun écrit peuvent être interdits en tant que « pratiques concertées » anticoncurrentielles. Cette expression recouvre la coopération qui ne va pas jusqu'à une entente explicite et que la CJ a décrite comme « une coordination entre entreprises, qui n'a pas encore atteint le point d'une véritable relation contractuelle mais qui a en pratique remplacé les risques de la concurrence par une coopération ». Cette définition peut englober les pratiques restrictives caractérisées. Dans les affaires de pratiques concertées, on recherche généralement des preuves d'accords par lesquels les parties s'assurent que des ententes implicites aux fins de limiter la concurrence seront mises en œuvre et respectées par elles. La Commission a appliqué ce concept à des agissements que d'autres autorités d'application considéreraient comme des accords ordinaires, tels des accords sectoriels formels de partage de marché conclu par des associations d'entreprises. Dans ce rôle, l'expression comble un vide conceptuel dans une tradition juridique qui privilégie le formalisme documentaire. Cependant, l'interdépendance d'un oligopole pur ne constituerait pas une « pratique concertée »<sup>16</sup>. Il doit y avoir communication et conscience intentionnelles, et pas seulement conscience réciproque des bénéfices d'une pratique restrictive.

L'article 81 s'appliquant explicitement aux « décisions » des associations d'entreprises, le droit communautaire peut traiter ces situations de cartel de manière simple et directe. Il n'est pas nécessaire de déduire l'existence d'accords implicites ou de faire appel aux théories de position collective dominante. Les décisions que l'article 81 interdit peuvent être notamment les règles formelles de cette association ou ses agissements ou recommandations plus informels. Lorsque l'infraction est imputée à l'association, la Commission peut cependant prendre en compte la somme des chiffres d'affaires des entreprises membres de l'association pour calculer l'amende infligée à l'association. Dans certaines conditions, les membres de l'association peuvent être tenus au paiement de l'amende. La Commission poursuivra bien évidemment les membres de l'association au titre de leurs propres agissements.<sup>17</sup>

Dans son application aux accords qui ne sont pas anti-concurrentiels de manière caractérisée, l'article 81 ressemble à une règle de raison.<sup>18</sup> L'interdiction posée par l'article 81(1) et les critères d'exemption de l'article 81(3) nécessitent une analyse de marché et une mise en parallèle des effets positifs et négatifs dans les cas d'ententes horizontales, qui ne peuvent pas s'interpréter comme constituant un cartel caractérisé. La Commission a édicté des réglementations exemptant par catégorie les accords de spécialisation de la production et de recherche développement, en les accompagnant de lignes directrices montrant dans quelle mesure le droit communautaire peut autoriser la coopération entre concurrents lorsque cette coopération contribue au bien-être économique sans mettre en danger le libre jeu de la concurrence. La jurisprudence n'est pas tout à fait cohérente sur le point de savoir si l'évaluation des conditions de marché et la prise en compte des politiques potentiellement concurrentielles et de leurs effets servent à déterminer si l'article 81(1) interdit une entente ou si l'article 81(3) l'exempte.<sup>19</sup> S'agissant des accords anti-concurrentiels caractérisés, la CJ a estimé que les conditions de marché, la structure du marché et le contexte économique déterminent la question de savoir si l'article 81(1) interdit de tels accords. Ces considérations, pour les accords anti-concurrentiels caractérisés et si tant est qu'elles s'appliquent, se résument peut-être uniquement à déterminer si les améliorations visées par l'article 81(3) permettent d'exempter tel ou tel accord. Toutefois, la CJ, dans sa décision *Wouters*, a estimé que toute entente qui restreint manifestement la concurrence n'enfreint pas nécessairement l'article 81(1). Cette décision a tenu particulièrement compte du contexte et des objectifs de l'entente en cause. En l'espèce, la Cour a estimé que l'objectif comportait un élément d'intérêt général, à savoir assurer l'intégrité et l'expérience des prestataires de services professionnels dans l'intérêt des consommateurs et le bon fonctionnement de la justice. Lorsque les effets restreignant la concurrence sont inhérents à la poursuite de ces objectifs et peuvent être raisonnablement tenus pour nécessaires à la bonne pratique de la profession, comme elle est organisée dans l'État membre concerné, la Cour a jugé que l'accord ne tombait pas du tout sous le coup de l'interdiction de l'article 81(1). Le critère d'intérêt général invoqué par la Cour semble aussi pouvoir s'appliquer aux exemptions sous l'empire de l'article 81(3). Les lignes directrices de la Commission disposent que les quatre conditions d'exemption sont exhaustives, et que donc aucun autre fondement ne peut être invoqué (lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) par. 42). Les tribunaux ont néanmoins clairement indiqué que les objectifs visés par d'autres dispositions du Traité peuvent être pris en compte lorsqu'ils sont assimilables aux conditions de l'article 81(3). On peut étendre l'assimilation des deux aspects de l'article 81, maintenant que d'autres autorités et tribunaux sont susceptibles d'appliquer ces deux aspects (Goyder, 2003).

Pour évaluer un cas d'espèce, on considère des facteurs tels le pouvoir de marché et la structure du marché sous les deux aspects de l'article 81. Les lignes directrices de la Commission relatives à l'application possible de l'article 81 aux ententes horizontales expliquent l'analyse type de ces ententes en général, qu'elles utilisent pour plusieurs sortes communes d'ententes. Pour juger, en application de l'article 81(1), si un accord est susceptible de restreindre la concurrence, il faut déterminer la nature de cet accord, définir les marchés et évaluer la structure des marchés et le pouvoir de marché, y compris des facteurs comme la nature des produits, la concentration du marché, les obstacles à l'entrée, la stabilité des parts de marché et la possibilité qu'ont les acheteurs ou les fournisseurs de contrebalancer ce pouvoir. Les lignes directrices en matière d'ententes horizontales présument que si les parties détiennent globalement une faible part de marché, une coopération entre ces parties n'est pas susceptible de restreindre la concurrence. Ces lignes directrices n'édicte pas de règle unique étant donné que les conditions et les effets peuvent être très différents, mais elles donnent à penser qu'il faut prendre en compte des niveaux donnés pour certains types d'ententes. En matière d'accords de mise en commun des achats et de commercialisation (c'est-à-dire de vente, de distribution et de promotion), les lignes directrices fixent des niveaux maximum de « sécurité » de 15 pour cent de parts de marché au total. Pour les accords de normalisation, des parts de marché plus élevées ne sont pas forcément répréhensibles : pour l'évaluation, on se préoccupe davantage de savoir si les normes en question sont susceptibles d'ériger des obstacles à l'entrée sur le marché. Aucun test de part de marché n'est nécessaire pour les accords qui, de par leur nature même, ne sont guère susceptibles de restreindre la concurrence. Cela pourrait être le cas si, par exemple, les parties ne peuvent pas réaliser individuellement un projet, ou si leur entente porte sur une activité qui n'a pas de conséquence sur un quelconque facteur de la concurrence. Dans la situation diamétralement opposée, aucun seuil de part de marché ne s'applique aux restrictions caractérisées en matière de fixation de prix, de limitation de production et de répartition de marchés ou de clientèle. Ces ententes sont généralement interdites, quelles que soient les parts de marché détenues par les parties en cause. Les lignes directrices explicitent les conditions d'application des critères cumulatifs de l'article 81(3) relatifs aux profits économiques sous réserve que ces profits soient partagés avec les consommateurs, sans imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables pour réaliser ces profits et sans éliminer la concurrence par une domination du marché.

Le règlement d'exemption par catégorie relatif à la spécialisation traite la rationalisation de la production de la même manière que les lignes directrices abordent des pratiques similaires qui ne sont pas couvertes par l'exemption. En ce qui concerne les accords entre concurrents portant sur la spécialisation de la production, le règlement fixe un seuil maximum de 20 pour cent de parts de marché

pour bénéficier de l'exemption (ce seuil s'entend de l'ensemble des parties, sous certaines conditions dont l'absence de restrictions caractérisées). Les lignes directrices décrivent la manière dont la loi s'appliquerait à des accords analogues concernant la mise en commun de production (accords qui sont aussi visés par le règlement) et aux accords de sous-traitance entre concurrents. Ces lignes directrices se réfèrent au même seuil de 20 pour cent de part globale de marché pour expliquer à la fois le test de l'article 81(1) relatif à l'effet sur la concurrence et le test de l'article 81(3) qui détermine si les profits économiques compensent les effets sur la concurrence.

Le règlement d'exemption par catégorie relatif à la recherche – développement est généreux, notamment pour ce qui a trait à l'innovation qui promet la création de nouveaux marchés. Les ententes entre concurrents en matière de recherche – développement sont exemptées si elles ne représentent pas plus de 25 pour cent de parts de marché pour l'ensemble des parties concernées (il s'agit du marché du produit objet de la recherche – développement commune aux parties) sous certaines conditions, et s'il n'y a pas de restrictions caractérisées au jeu de la concurrence. Ici aussi, les lignes directrices relatives à l'application du règlement d'exemption par catégorie indiquent le même seuil de présomption d'absence d'effet sur la concurrence et expliquent de la même manière la raison pour laquelle les profits économiques peuvent être présumés compenser l'atteinte au libre jeu de la concurrence. Si la coopération entre les parties à un accord donne naissance à un produit pour lequel il n'y a pas encore de marché, les principes directeurs admettent que les agissements de l'entreprise pionnière ne doivent pas nécessairement être considérés comme éliminant la concurrence, même si cela pourrait se traduire dans un premier temps par d'énormes parts de marché une fois le produit développé. L'exemption par catégorie autorise donc la poursuite de ce type d'entente pour une période initiale de 7 ans après la mise sur le marché du produit et ce, quelles que soient les parts de marché. Il s'ensuit que le seuil « de sécurité » maximum de 25 pour cent s'applique.

L'application de l'article 81 est intervenue dans un contexte qui tolérait la coopération formelle au sein d'un secteur, cette coopération équivalant parfois à de l'autorégulation. Initialement, les affaires de cartel visaient les associations d'entreprises au niveau national et les grands accords internationaux sur la quinine, les colorants, l'aluminium et les produits chimiques. Certains cartels disposaient de commissions formelles qui établissaient des procès-verbaux de leurs accords. Dans d'autres cas, des agissements manifestement coordonnés sur le marché pouvaient faire supposer l'existence d'un accord implicite. La collecte et l'échange, par des associations d'entreprises, d'informations sur les prix et la production, a fait l'objet d'une certaine attention en tant que moyen de coordination tacite ou même explicite permettant aux parties de confirmer et d'assurer la maîtrise de leur accord. Au début

des années 90, certaines affaires de cartel avaient abouti à des amendes totales de plus de 100 millions euros. Les amendes infligées aux accords de fixation des prix augmentant, la stratégie de la Commission en matière d'application des dispositions a commencé à s'appuyer de plus en plus sur les témoignages d'initiés fournis par les entreprises cherchant à obtenir la clémence. Cette pratique a été formalisée par la communication de 1996 de la Commission concernant le programme de clémence, qui a rendu officielle une pratique jusque là officieuse.

L'application de la réglementation à l'encontre des cartels horizontaux s'est nettement renforcée depuis 2001. La Commission a rendu en moyenne environ huit décisions par an, contre moins de 2 par an dans les décennies précédentes. La communication de la Commission sur la fixation des amendes considère les cartels caractérisés comme « des infractions très sérieuses » à propos desquelles les amendes, fixées selon la gravité, sont normalement d'au moins 20 millions d'euros (hors tous autres facteurs). Les amendes imposées dans ces cas récents confirment cette tendance. Pour 31 décisions prises depuis 2001 par la Commission à propos de cartels, les amendes représentent au total 4 milliards d'euros. Le maximum a été atteint en 2001 (1 836 milliard d'euros). Ce niveau a nettement baissé par la suite et s'est inscrit en 2004 à environ 390 millions d'euros. Malgré la progression de l'activité, les amendes imposées ne sont peut-être pas encore suffisantes pour empêcher les infractions caractérisées.<sup>20</sup>

### 2.3 *Accords verticaux*

La majorité des dispositions des accords en matière de fourniture et de distribution restreignant la concurrence sont autorisées, sauf s'il existe un pouvoir de marché. Le règlement de 1999 sur les exemptions par catégorie des accords verticaux a repris l'analyse par la Commission de ces dispositions restrictives. En reconnaissant que les parties concluent généralement des accords pour gérer la chaîne de distribution afin d'améliorer l'efficacité, et que les ententes de plus petite taille ne sont pas susceptibles d'affecter la concurrence en amont ou en aval de la chaîne de distribution, le règlement applique un critère de part de marché. Il exempte la plupart des accords concernant un fournisseur ou un acheteur détenant une part de marché de moins de 30 pour cent, considérant qu'en dessous de ce niveau, on peut s'attendre à ce que les accords verticaux amènent une amélioration de la production ou de la distribution et réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte (tant que ces accords ne comportent pas des restrictions particulièrement dommageables). On tient compte de la part de l'acheteur dans son marché aval lorsque l'entente est un accord par lequel le fournisseur s'engage à vendre exclusivement à l'acheteur en question. Les accords verticaux impliquant des associations de détaillants sont également exemptés tant que le chiffre d'affaires de chacun de ces détaillants est inférieur à 50 millions d'euros. Lorsque des réseaux

d'accords parallèles et similaires représentent plus de 50 pour cent d'un marché, la Commission se réserve le pouvoir de ne plus appliquer le bénéfice de l'exemption avec un préavis de 6 mois, mais elle n'a pas encore fait usage de cette disposition. Il n'y a pas présomption d'infraction lorsqu'un accord implique un fournisseur détenant plus de 30 pour cent de part de marché. Toutefois, avec l'augmentation du pouvoir de marché, il y a de plus en plus de risques qu'une entente fausse la concurrence en évinçant d'autres fournisseurs, en érigeant des obstacles à l'entrée dans le marché ou en diminuant la concurrence entre marques et en facilitant la collusion. Le règlement signale aussi des risques possibles de diminution de la concurrence au sein d'une même marque et d'obstacles à l'intégration dans le marché. Le règlement s'applique à de nombreux types d'accord. Il remplace les communications et les réglementations antérieures sur des sujets comme la distribution exclusive et le franchisage. À la différence des règlements antérieurs sur des sujets similaires, le règlement ne comporte pas de liste de clauses licites, une méthode qui avait tendu à uniformiser les pratiques par crainte que tout ce qui n'était pas autorisé soit interdit. Le règlement sur l'exemption par catégorie des accords verticaux prend le point de vue opposé : en dessous du seuil de 30 pour cent de part de marché, tout ce qui n'est pas interdit est autorisé.

La fixation de prix de revente minimaux et les protections géographiques excessives restent dans la « liste noire », même si les parts de marché en cause sont faibles. Le maintien de prix de revente a toujours été considéré comme une infraction en soi, du moins sous la forme de prix minimum. Cependant, la recommandation d'un prix de revente et l'exigence que les revendeurs respectent un prix de revente maximal sont exemptés à concurrence du seuil de 30 pour cent de part de marché et à la condition que la conséquence ne soit pas un prix de vente fixe ou minimum, suite à la pression ou à des incitations offertes par le fournisseur. Les restrictions géographiques à la revente sont suspectes, mais certaines sont autorisées pour protéger les systèmes de distribution exclusive, préserver les distinctions fonctionnelles entre grossistes et détaillants ou empêcher la revente de composants en concurrence avec le fournisseur.

Les réserves aux règles générales concernent des questions soulevées par les systèmes sélectifs et le franchisage. Le règlement et les lignes directrices qui l'accompagnent ne s'étendent pas sur la nature du produit pour lequel les fournisseurs peuvent choisir et limiter les distributeurs. Ils font cependant une distinction entre les critères qualitatifs et quantitatifs de choix. Les critères qualitatifs valident le choix des distributeurs sur la base de facteurs objectifs déterminés par la nature du produit, justifiant que l'on exige des distributeurs qu'ils apportent la preuve de leur compétence technique et qu'ils disposent d'installations appropriées. Les critères quantitatifs limitent le nombre potentiel de revendeurs, en exigeant par exemple un niveau de ventes minimal ou maximal, ou même en fixant

le nombre de revendeurs. Le règlement ne cherche pas à distinguer entre les demandes de traitement particulier en raison de produits techniquement complexes ou dangereux, ou fondées sur le fait qu'il s'agit de produits de luxe ou d'image. En règle générale, les systèmes qui utilisent des critères objectifs, qualitatifs et non discriminatoires de choix des distributeurs ne contreviennent pas à l'article 81(1). Ainsi, on peut se trouver en présence à la fois d'une distribution sélective et de clauses d'exclusivité géographique, mais seulement si les acheteurs sont autorisés à commercialiser les produits auprès de consommateurs hors de leur territoire. Les lignes directrices considèrent ainsi qu'une interdiction de vente par Internet est une restriction caractérisée qui est interdite. Elles mettent l'accent sur le lien entre l'approche économique des accords restrictifs verticaux et l'évaluation économique des besoins d'information des consommateurs. Les effets restrictifs peuvent être davantage acceptables lorsqu'ils concernent des produits nouveaux ou complexes dont la qualité peut difficilement être jugée par les consommateurs avant l'achat et la consommation (et des produits de « confiance » dont la qualité ne peut peut-être pas être jugée par les consommateurs, même longtemps après consommation). La majorité des franchises en matière de distribution et de services sont évidemment incluses dans le règlement des exemptions par catégorie. Cependant, on ne sait pas avec certitude jusqu'à quel point l'exemption s'applique au franchisage, parce qu'elle ne couvre pas les accords qui portent en premier lieu sur les droits de propriété intellectuelle.

Les relations verticales dans la distribution et les services automobiles sont régies par une réglementation spécifique au secteur. Le lobbying, puis une attitude récalcitrante de la profession ont abouti à une réglementation séparée pour ce secteur problématique. Le règlement de 2002 est la troisième tentative de la Commission pour briser les pratiques restrictives qui ont eu tendance à faire obstacle aux importations parallèles, à limiter le choix par les consommateurs des véhicules et des services automobiles et à amoindrir la concurrence au niveau des prix, au sein des marchés nationaux et entre ces marchés. Le règlement le plus récent fait suite à une série d'infractions auxquelles ont été infligées des amendes de 276 millions d'euros au total. À ce moment-là, en 1998, l'amende de 102 millions d'euros infligée à Volkswagen était la plus forte que la Commission avait jamais imposée dans le cadre de pratiques restrictives anticoncurrentielles. (Le TPI a ensuite ramené cette amende à 90 millions d'euros.) Cette expérience a persuadé la Commission de prendre des mesures plus rigoureuses dans le secteur automobile que celles qui sont prévues par la réglementation générale en matière de pratiques restrictives verticales.<sup>21</sup> La « liste noire » des clauses illicites est inhabituellement longue et détaillée. Les constructeurs automobiles ne bénéficient pas de l'exemption par catégorie s'ils n'autorisent pas leurs concessionnaires agréés à vendre des marques concurrentes ou s'ils limitent la possibilité pour les concessionnaires d'ouvrir des



points de vente secondaires dans d'autres territoires. Le règlement applique la même part de marché « de sécurité » de 30 pour cent (et de 40 pour cent pour un système de distribution sélective avec un nombre limité de distributeurs). Il autorise les fournisseurs à recourir à l'exclusivité, mais seulement si le système n'impose pas de contraintes en matière de ventes passives à des clients situés dans d'autres territoires.

#### **2.4      *Abus de position dominante***

La lutte contre les abus par des entreprises qui dominent les marchés, éliminent les concurrents ou portent préjudice aux consommateurs, est l'autre objet principal du droit communautaire antitrust. L'article 82 interdit l'abus de position dominante. Parmi les agissements que le Traité recense comme étant des abus de position dominante, on trouve notamment la fixation de prix d'achat ou de vente déloyaux, ou de conditions commerciales déloyales (de façon directe ou indirecte), la limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique de manière qui porte préjudice aux consommateurs, les discriminations qui mettent les partenaires commerciaux dans des conditions de concurrence désavantageuses et imposent des conditions contractuelles qui n'ont pas de lien direct avec l'objet du contrat. D'autres types de comportement d'une entreprise dominante qui désavantagent d'autres parties sur le marché peuvent aussi constituer des abus.<sup>22</sup> Des pratiques tels les rabais de fidélité qui ne sont pas répréhensibles de la part d'une entreprise n'ayant pas de pouvoir de marché, peuvent être considérées comme des abus lorsqu'elles sont le fait d'une entreprise se trouvant dans une position dominante. Pour qu'il y ait infraction, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'une pratique abusive a eu un réel effet anticoncurrentiel. Il suffit que le comportement d'une entreprise dominante tende à restreindre la concurrence ou soit susceptible d'avoir, ou doive probablement avoir, un tel effet. Il n'est pas prévu d'exemption, bien que la jurisprudence ait développé une doctrine selon laquelle un agissement par ailleurs abusif n'est pas interdit en application de l'article 82 s'il est « objectivement justifié ».

La notion de position dominante est plus large que le pouvoir de marché économique sur les prix. Ce n'est pas la même chose qu'un monopole économique, bien qu'un monopole soit manifestement dominant. Il y a souvent présomption de dominance en présence de parts de marché de plus de 50 pour cent, et cette présomption peut même exister pour des parts de marché moins importantes, selon les autres facteurs. Les décisions *Hoffman-LaRoche* (1979) et *United Brands* (1978) de la CJ expliquent le sens du terme dominance selon le Traité. Elles le décrivent comme une « situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et,

finalement, des consommateurs ». Cette jurisprudence toujours en vigueur estime qu'il y a position dominante notamment dans des cas d'intégration verticale, car cette situation a permis à une entreprise d'agir indépendamment de ses fournisseurs de services intermédiaires, alors qu'elle détenait des parts de marché de 40-45 pour cent. Dans la pratique, il semble qu'un niveau de part de marché de 25 pour cent environ soit « sûr »<sup>23</sup> et qu'il y ait une présomption réfragable de domination à environ 40-50 pour cent de parts de marché. La domination dépend de facteurs autres que la part de marché, comme par exemple le nombre et la dimension relative des autres entreprises et les conditions d'entrée dans le secteur. Il sera probablement davantage jugé qu'il y a position dominante si l'entrée dans le secteur est difficile ou s'il n'y a pas d'autres entreprises de taille comparable ou ayant la capacité de contrecarrer les stratégies du leader. D'après une évolution récente, il semble que l'on accordera une attention particulière au comportement des entreprises « super dominantes » détenant des parts de marché de plus de 90 pour cent. Si tel est le cas, cela confirmerait que l'on analyse la domination selon une échelle mobile (Goyder, 2003).

L'article 82 n'est pas cantonné aux agissements répréhensibles d'une seule entreprise. En vertu de la théorie de la domination collective ou commune, plusieurs entreprises peuvent partager une position dominante et en abuser. Lorsque la Commission a voulu pour la première fois appliquer l'article 82 à un oligopole, le Tribunal de Première Instance a rejeté l'argument (mais il a confirmé l'existence d'une infraction selon l'article 81, estimant qu'il y avait accord restreignant le jeu de la concurrence). Pour que plusieurs entreprises ensemble soient jugées détenir une position dominante, le tribunal a exigé que ces entreprises soient « unies » par des « liens économiques », par exemple par un réseau de licences de propriété intellectuelle interdépendantes. Un cartel formellement constitué peut se trouver en position dominante collective. Des jugements usant du même langage à propos de la domination dans le Règlement sur les fusions, qui ont été cités comme faisant autorité pour l'application de l'article 82, impliquent qu'en raison de l'interdépendance de ses membres, un oligopole peut équivaloir à une position dominante collective si les participants peuvent se surveiller mutuellement de façon effective, si les mesures de rétorsion à l'égard des contrevenants sont suffisamment crédibles pour inciter chaque membre de l'oligopole à poursuivre la coordination, et si les réactions des clients et des consommateurs ne remettent pas cette coordination en cause.

L'abus de pouvoir de marché par la fixation de prix élevés pourrait constituer un abus, bien qu'aucune décision finale n'ait de fait condamné une telle pratique. Dans les années 70, les tribunaux ont annulé deux décisions de la Commission qui considéraient que la fixation de prix élevés constituait un abus. Dans un premier temps, les jugements des tribunaux relatifs à l'abus de position dominante étaient

néanmoins d'accord avec le principe qu'il pouvait y avoir prix « déloyaux » en cas de fixation de prix destinée à profiter d'un pouvoir de marché ou de monopole. Les prix seraient considérés comme trop élevés s'ils sont sans rapport raisonnable avec la valeur économique du produit. La CJ a aussi fait sien le principe selon lequel l'article 82 peut sanctionner les prix de licences de droits de propriété intellectuelle qui sont « particulièrement élevés » et « non justifiés par les faits ».<sup>24</sup> Bien que ce principe très large ait un fondement théorique, les décisions prises n'ont en fin de compte pas estimé qu'il y avait infraction, au vu des éléments de fait des affaires en cause.

En matière de prédation, on peut dire qu'il y a intention anticoncurrentielle implicite lorsqu'une entreprise fixe des prix trop bas pour qu'elle puisse récupérer ses coûts : la force de l'incidence dépend du prix de référence. Des prix inférieurs aux coûts variables moyens sont présumés relever de la prédation, c'est-à-dire avoir pour objectif d'éliminer les concurrents. Des prix supérieurs à ce niveau qui ne permettent pas à l'entreprise de récupérer la totalité des coûts peuvent aussi être considérés comme relevant de la prédation, mais ceci pourra dépendre de plus ample évidence de l'intention d'éliminer ou d'entraver la concurrence. La "superdomination", à savoir des parts de marché extrêmement élevées, peut également constituer des circonstances pertinentes. C'est ainsi que la Commission a appliqué l'article 82 à l'encontre des participants à une conférence maritime océanique pratiquant une tactique collective de « navires concurrents », bien que les prix n'étaient pas de manière évidente inférieurs aux coûts. Il n'est pas nécessaire que l'entreprise puisse récupérer ses coûts. La CJ a approuvé le point de vue de la Commission selon lequel il n'est pas besoin de démontrer que l'entreprise dominante réussira à augmenter ses prix après que les effets de sa tactique de prédation auront diminué ou que cette tactique aura éliminé ses concurrents. La Commission admet malgré tout que le critère de la récupération des coûts peut être pertinent. À titre d'exemple, une récente décision concernant les prix de l'ADSL fait observer que les barrières à l'entrée permettraient à l'entreprise coupable de prédation de récupérer son manque à gagner. Les subventions croisées peuvent être le support de tactiques de prédation. La Commission s'est donc penchée sur les avantages financiers asymétriques des anciens monopoles publics. La Commission a accepté un engagement de *Deutsche Post* de procéder à une réorganisation de la société afin de rendre le financement transparent. Cela suppose l'existence d'un principe général en application de l'article 82, selon lequel une entreprise bénéficiant d'un monopole établi par la loi et qui crée une nouvelle entité doit couvrir tous ses coûts marginaux par le chiffre d'affaires de cette nouvelle entité.

La discrimination figure parmi les abus dont la liste est dressée par le Traité, lequel interdit de mettre d'autres parties dans une situation de désavantage concurrentiel en imposant des conditions inégales à des transactions équivalentes.

Cette formulation suppose qu'il existe certains principes communs aux lois sur la concurrence concernant la discrimination, notamment que la discrimination doit intervenir entre des transactions relatives au même produit ou service et que cette discrimination doit être préjudiciable à la concurrence. Ce préjudice peut toutefois être subi par un concurrent individuel, et ne pas porter sur les conditions de concurrence sur le marché. Les variations de prix entre différents marchés nationaux ont été considérées comme des discriminations interdites, en l'absence de justifications objectives qui pourraient provenir de différences de coûts ou de l'importance de l'exposition du vendeur aux différents risques sur différents marchés. Des décisions ont interdit les discriminations en matière d'approvisionnements à des prix prohibitifs imposés aux concurrents non intégrés, ou qui favorisent de façon déloyale les champions nationaux historiques.

Exercer une pression sur les clients, pour accepter les exigences de contrats, peut constituer un abus. De nombreux cas ont traité des effets d'éviction des rabais de fidélité. Les programmes de fidélité peuvent être licites s'ils sont fondés sur des préoccupations d'amélioration des coûts. Seules les économies de coûts réalisées par le fournisseur peuvent justifier des rabais fondés sur la quantité. D'ailleurs, on peut implicitement tirer de décisions récentes cette conclusion que la seule manière de ne pas engager sa responsabilité est de ne fonder le programme de loyauté que sur les différences de coûts. Le refus de vendre à un client peut être un abus, notamment si le client est un partenaire commercial régulier et de longue date. Toutefois, une justification raisonnable, comme la solvabilité douteuse du client, peut annuler l'interdiction.

L'interdiction de subordonner une transaction à des éléments étrangers à cette transaction est implicite dans le texte du Traité, qui prohibe l'imposition de conditions ne se rapportant pas au contrat en cause. L'infraction liant le contrat à des conditions étrangères au contrat, ou l'infraction consistant en un refus de fournir un produit si le client n'en prend pas également un autre qui ne lui est a priori pas nécessaire, a pour éléments constitutifs la position dominante dans le produit de départ, un produit séparé qui est lié au contrat, une pression exercée sur l'acheteur pour qu'il prenne les deux ensemble, un effet anti-concurrentiel sur le marché du produit lié et l'absence d'une justification objective et proportionnelle au lien ainsi fait. Les offres groupées, qui peuvent effectivement ramener le prix du produit lié à 0, peuvent être interprétées comme des opérations coercitives. L'action intentée par la Commission à l'encontre de Microsoft en 2004 est l'application la plus spectaculaire de l'article 82 aux tactiques liant un contrat ou une vente à des éléments étrangers à ce contrat ou cette vente.

Dans certaines circonstances, le refus d'accorder des licences de propriété intellectuelle peut constituer une violation des dispositions de l'article 82. Dans la

principale affaire ayant abouti à cette décision, il était souligné que le refus empêchait la production et la commercialisation d'un nouveau produit pour lequel il y avait une demande potentielle des consommateurs. Par la suite, la CJ a affiné les conditions dans lesquelles on pouvait juger que la responsabilité de l'entreprise était engagée. L'entreprise qui cherche à obtenir la licence ne doit pas avoir pour intention principale de reproduire ce que le propriétaire de la licence offre déjà ; il doit y avoir une demande potentielle des consommateurs pour le produit de l'entreprise ; le refus d'accorder la licence ne doit pas être justifié par des considérations objectives et ce refus doit empêcher, au détriment des consommateurs, le développement d'un marché dans lequel la licence est un élément indispensable.

La doctrine des « installations essentielles » allie la discrimination, la subordination d'une transaction à des éléments étrangers à elle, et le refus de traiter. L'appellation évocatrice de cette doctrine fait référence à une application commune à des secteurs dominés par les monopoles historiques dans les infrastructures, qui contrôlent des ports, des communications par câble, des oléoducs ou gazoducs, et des aéroports. La logique, à savoir refuser à des concurrents l'accès à quelque chose dont ils ont besoin pour fournir leur propres produits ou services, invite à une application plus large. Cependant, les tribunaux ont résisté aux invitations à étendre la doctrine. La CJ a refusé de juger que la distribution de journaux constitue une installation essentielle : son raisonnement a consisté à dire qu'un journal concurrent pouvait utiliser le poste ou compter sur les ventes en kiosque.

Les problèmes d'accès et d'exclusion stratégiques dans les industries de réseaux demeurent très en vue dans les affaires relevant de l'article 82 traitées par la Commission. Le programme de libéralisation de ces secteurs s'en remet largement à l'application indirecte, par des directives spécifiques aux secteurs. Néanmoins, l'amélioration des réglementations nationales et l'ouverture du marché n'ont pas éliminé la nécessité de faire appliquer directement les règles. En 2003, la Commission a infligé à Deutsche Telekom une amende de 12.6 millions d'euros pour fixation d'un prix d'accès à la boucle locale excluant la concurrence. Elle a infligé à Wanadoo une amende de 10.4 millions d'euros pour stratégie d'exclusion de la concurrence dans la fixation des prix de l'ADSL. Ce faisant, la Commission a montré la voie dans la poursuite de la réforme du secteur et a présenté une norme d'évaluation des coûts (CE DG Concurrence 2004).

Les principes dégagés à l'origine par la jurisprudence concernant l'abus de position dominante étaient fondés sur le concept de concurrence « faussée », provenant de l'article 3(g) du Traité. Ainsi, le rachat d'un concurrent pouvait constituer un abus interdit car la position dominante faussait la structure du marché. Le refus d'approvisionner un concurrent peut être considéré comme affectant la

structure du marché dans la mesure où cela annihile la capacité de ce concurrent à participer effectivement à la concurrence. Le jugement fondateur *United Brands* met l'accent sur la façon dont, dans le cas d'espèce, les stratégies de l'entreprise en position dominante ont limité l'indépendance des entreprises plus petites, ce qui suppose que la coercition peut être la preuve d'une position dominante, quelles qu'en soient les conséquences sur la concurrence. Ce jugement a aussi sanctionné les pratiques restrictives qui « limitent les marchés, au préjudice des consommateurs », le tribunal paraissant ici se référer aussi à une norme de bien-être du consommateur. Les affaires *Hoffman-LaRoche* et *Michelin* qui figurent parmi les premières, ont interdit des programmes de fidélité qui faisaient pression sur les entreprises pour traiter avec une entreprise dominante, à moins « d'équivalence économique » dans les transactions et d'absence de conséquence importante sur la structure de la concurrence. Cette approche qui résulte implicitement de ces décisions judiciaires, et qui visait la préservation des positions des entreprises et concurrents individuels, ne correspond plus à la politique de la Commission.

On dispose d'une gamme étendue de solutions pour remédier aux abus de position dominante et en dissuader les contrevenants potentiels. Le nouveau règlement d'application autorise la Commission à ordonner des mesures structurelles, qui peuvent être notamment la cession d'actifs mais aussi d'autres actes de disposition de droits de propriété. Ces mesures doivent être proportionnelles à l'abus. La Commission ne peut recourir à des mesures structurelles pour remédier à un abus de position dominante qu'à la condition qu'il ne soit pas possible d'imposer aussi efficacement une obligation de faire à l'entreprise, ou que tout remède consistant en une obligation de faire imposée à cette entreprise serait pour cette dernière plus onéreux que les mesures structurelles. Le nouveau règlement d'application confirme aussi que la Commission peut ordonner des mesures provisoires, ce qui est particulièrement important dans les cas d'accès. Les obligations d'agir et les sanctions financières restent les principaux instruments à la disposition de la Commission. Parmi les amendes importantes récemment infligées, on citera 13 millions d'euros pour tarifs éliminant la concurrence dans les télécommunications et 24 millions d'euros à propos de rabais de fidélité. L'amende infligée à Microsoft montre que les sanctions édictées par la Communauté en matière d'abus de position dominante peuvent être sévères. À 497 millions d'euros, cette amende est supérieure au montant total des amendes imposées par la Commission à l'encontre des cartels horizontaux en 2004.

L'article 82 est l'un des prochains sujets qui doivent être « modernisés ». La Commission prévoit de publier prochainement un document de travail possible, prélude aux lignes directrices d'application qui seront proposées. Ces lignes directrices suivront probablement le schéma d'autres nouvelles lignes directrices, en se concentrant plutôt sur les effets des comportements des entreprises sur la

concurrence et les principes économiques, que sur des distinctions et des classifications formelles. Une contribution à la discussion par le Groupe consultatif économique pour la politique de concurrence, mise sur le site Internet de la DG Concurrence en juillet 2005, préconise une approche économique fondée sur l'effet d'une pratique sur le marché et non pas fondée sur sa forme ou sa classification.

## **2.5 Concentrations**

La norme juridique globale en matière de contrôle des concentrations peut traiter de toutes les sortes d'effets de ces opérations sur la concurrence. La Commission peut empêcher ou modifier des concentrations qui « entraveraient de manière significative un concurrence effective ... notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante ». Cette norme positive est subsidiaire au critère fondamental de la réglementation qui est de savoir si la transaction est « compatible avec le marché commun ».<sup>25</sup> La version révisée de 2004 du règlement sur les concentrations a modifié la norme d'origine de 1989. Les effets non coordonnés sur les marchés oligopolistiques sont le point principal ayant motivé le changement, lorsque l'entité fusionnée peut jouir d'un pouvoir de marché sans avoir nécessairement une part de marché nettement plus élevée que son concurrent le plus proche.

Les lignes directrices édictées par la Commission en 2004 sur les concentrations horizontales impliquent une forte harmonisation des deux côtés de l'Atlantique, du moins pour les concentrations horizontales. Les niveaux structurels « de sécurité » et les présomptions mentionnés par les lignes directrices sont exprimés en termes de parts de marché et d'indices de concentration de Herfindhal-Hirschman. Selon ces lignes directrices, on présume qu'une fusion ne fait pas obstacle à la concurrence effective si la part de marché de la nouvelle entité ne dépasserait pas 25 pour cent. Toutefois, cette présomption ne s'applique pas aux effets coordonnés, pour lesquels l'entité fusionnée occuperait une position dominante collective avec d'autres tiers. Les lignes directrices se fondent sur les niveaux en termes d'indices de Herfindhal-Hirschman, non pas comme des limites intangibles, mais en tant que repères au-delà desquels une analyse détaillée sera plus ou moins probablement nécessaire ou un problème de concurrence se posera. Sous cette réserve d'ordre général, les lignes directrices fixent l'indice de Herfindhal-Hirschman minimum à 1000 après l'opération de concentration. Le contrôle de décision renforcé est fixé à un indice de Herfindhal-Hirschman après concentration allant jusqu'à 2000, soit une modification de moins de 250 points, ou à plus de 2000, soit un changement de moins de 150 points. Cependant, quels que soient ces niveaux, les lignes directrices précisent que les cas où l'une des parties détient une part de marché avant concentration de plus de 50 pour cent seront considérés avec une attention particulière et qu'il en sera de même s'il existe des questions évidentes

d'entrée potentielle ou d'entrée « sur la pointe des pieds », d'innovation, de participations croisées, de comportement de « franc-tireur » sur le marché ou d'indices de comportement oligopolistique dans le secteur. Les lignes directrices traitent en détail des théories de l'effet anti-concurrentiel coordonné et non coordonné. En présence d'effets non coordonnés, lorsque les produits sont différenciés, le degré de substituabilité des produits des entreprises en voie de concentration peut être un indicateur important, comme les capacités relatives de ces entreprises et de leurs concurrents, s'agissant de produits homogènes. Une part de marché de plus de 50 pour cent et un avantage important en termes de part de marché sur tous les autres concurrents peuvent être un signe fort que la concentration donnerait naissance à une position dominante ou la renforcerait. Dans les cas d'effets coordonnés, les lignes directrices décrivent les conditions nécessaires pour conclure qu'une concentration crée ou renforce une position dominante collective.

Les facteurs de contrepoids sont notamment le pouvoir de marché de l'acheteur et l'entrée sur le marché. Afin de déterminer s'il y aura probablement un nombre important d'entreprises entrant dans le secteur, on pose la question de savoir s'il serait rentable pour une entreprise d'entrer sur le marché dans les conditions du marché postérieures à la concentration. Cette entrée ne doit pas seulement être probable mais aussi suffisante et intervenir en temps voulu. L'opportunité en termes temporels peut varier d'un marché de produit à l'autre, le critère normal étant de deux ans.

Les efficacités peuvent aussi représenter un facteur atténuant, si elles sont spécifiques à la concentration, temporellement pertinentes, vérifiables et si elles bénéficient aux consommateurs. Les diminutions des coûts variables ou marginaux sont davantage susceptibles d'entraîner une baisse des prix et elles auront plus d'importance que les économies au niveau des coûts fixes. Les lignes directrices ne reconnaissent pas l'existence d'une « infraction d'efficacité » qui voudrait que les gains d'efficacité en termes de productivité qui confèrent un avantage à l'entreprise rachetée par rapport à ses concurrents, soient une raison de rejeter une concentration.

Si l'une des parties à une concentration est dans une situation financière très précaire, les lignes directrices autorisent ce qui serait sinon une fusion anticoncurrentielle. En effet, même sans la concentration, le paysage concurrentiel se dégraderait de la même façon. Les parties doivent démontrer que l'entreprise en situation très précaire serait dans un avenir proche forcée de quitter le marché en raison de difficultés financières si elle n'était pas reprise par une autre entreprise, qu'il n'y a pas d'autre acquéreur permettant une reprise moins anticoncurrentielle et qu'en l'absence de concentration, les actifs de la société en difficulté quitteraient inévitablement le marché.



Le règlement et les lignes directrices sur les concentrations n'appellent pas à prendre en compte des politiques autres que les effets sur la concurrence. Les efficacités sont prises en compte au titre de l'évaluation de la concurrence. La Commission n'envisage pas explicitement d'autres politiques, mais le règlement sur les concentrations reconnaît que les États membres peuvent le faire dans des circonstances définies. Ils peuvent prendre des « mesures utiles » pour sauvegarder la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles financières prudentielles, tant que ces mesures sont compatibles avec le droit communautaire et concernent des concentrations revêtant une dimension communautaire. Les États membres pourraient invoquer ces principes pour bloquer ou réguler les transactions qui n'empêchent pas la concurrence. Néanmoins, ils ne peuvent pas les invoquer pour autoriser une transaction bloquée par la Commission.<sup>26</sup>

Une opération de concentration ne peut pas être réalisée avant sa notification à la Commission et avant le feu vert de celle-ci. Ce pouvoir de contrôle des concentrations ne s'applique qu'à des transactions d'une ampleur suffisante pour avoir une dimension communautaire. Ce critère et l'obligation qui lui est associée de notifier préalablement la Commission sont exprimés en termes de chiffre d'affaires total et de chiffre d'affaires réalisé dans la Communauté. Une transaction a une dimension communautaire lorsque le total des chiffres d'affaires mondiaux de toutes les entreprises concernées est supérieur à 5 milliards d'euros, et le chiffre d'affaires global réalisé par chacune de ces entreprises (et au moins deux d'entre elles) au sein de l'Espace économique européen est supérieur à 250 millions d'euros. Il existe une autre définition possible, qui couvre certaines transactions ayant des effets importants dans plusieurs États membres. Si les activités, dans la Communauté, des entreprises qui fusionnent sont concentrées dans un seul État membre (chacune des entreprises réalisant plus des deux tiers de son chiffre d'affaires communautaire dans ce pays), la concentration ne revêt alors pas la dimension communautaire et ce sont les autorités nationales de la concurrence qui sont compétentes. Il existe aussi désormais un processus permettant d'éviter les constitutions de dossiers et les examens nationaux multiples. Si une concentration risque de devoir être examinée dans 3 États membres ou plus, les entreprises qui fusionnent peuvent demander que la Commission examine l'opération, ce que fera la Commission si aucun des États membres concernés n'émet d'objection. Le contrôle des concentrations s'apparente davantage à une approbation formelle qu'à une simple notification. Le règlement des concentrations, le règlement d'application de la Commission et son « guide des bonnes pratiques » fixent le processus. Celui-ci débute par des contacts informels avec le personnel de la DG Concurrence, y compris la remise d'un document préparatoire de synthèse et de projets de notification, avant toute constitution formelle du dossier. Le processus formel débute avec la remise d'une notification détaillée décrivant l'opération, ses motifs, les marchés concernés, les parts de

marché, les conditions d'approvisionnement, d'entrée et de sortie du marché et beaucoup d'autres documents. La Commission peut se servir de tous ses autres pouvoirs pour obtenir des informations supplémentaires auprès des parties qui fusionnent et auprès de tiers. Le processus de décision de la Commission pour les concentrations est semblable à la procédure concernant les autres domaines de la concurrence, sauf que les décisions en matière de concentrations sont encadrées par des délais stricts. Ces délais sont désormais exprimés en termes de jours ouvrables. Dans la « première phase », la question est de savoir si l'on autorise la concentration ou si l'on ouvre une deuxième phase d'investigation. Le délai maximum d'achèvement de la première phase est de 25 jours. Si l'on ouvre une deuxième phase d'investigation et de décision, le délai est de 90 jours à partir du début de la deuxième phase. Si les parties proposent des modifications pour surmonter les problèmes de concurrence, le délai d'achèvement de la première phase peut être repoussé à 35 jours et celui de la deuxième phase, à 105 jours.

Des lignes directrices relatives aux concentrations non horizontales, notamment aux concentrations verticales, pourraient être publiées à l'avenir, une fois que des jugements auront été rendus par les tribunaux dans certaines instances importantes en attente. L'instance la plus en vue est l'appel interjeté contre la décision de la Commission concernant la fusion du conglomérat GE-Honeywell. La Commission étudie aussi actuellement l'efficacité des solutions apportées aux problèmes de concentration.

## **2.6 Aides d'État**

Les principes de base concernant le contrôle des aides d'État et autres afin qu'elles ne faussent pas la concurrence, se trouvent dans les articles 87 à 89 du Traité. La Commission détermine si une aide est contraire à la norme du Traité. Elle peut enjoindre à l'État membre de mettre un terme à cet aide et au destinataire de l'aide illicite de la rembourser. Dans des circonstances exceptionnelles, le Conseil peut annuler une décision de la Commission concernant une aide d'État et ce, à l'unanimité des voix du Conseil. Dans les traités d'origine, le contrôle des aides d'État était motivé par le souci d'empêcher le favoritisme national et de promouvoir des perspectives d'échanges commerciaux et de concurrence entre les États membres. La DG Concurrence gère le système de notification et d'autorisation. Elle est chargée de la politique et des décisions en matière d'aides d'État dans la plupart des secteurs d'activité. D'autres directions générales appliquent les règles dans les transports, le charbon, l'agriculture et la pêche.

Le critère concret est de savoir si l'aide fausse la concurrence ou menace de la fausser en favorisant certains produits ou certaines entreprises (et affecte les échanges intracommunautaires). Sur cette base, les éléments qui définissent les aides

d'État sont les ressources publiques, les avantages octroyés aux entreprises ou aux secteurs, la sélectivité, la compétition faussée et les effets sur les échanges. La classification dans la catégorie appropriée a des conséquences pratiques. En effet, une mesure qui rentre dans la catégorie formelle des « aides d'État » doit faire préalablement l'objet d'une notification et d'une approbation par la Commission. Par conséquent, la première question à résoudre est de savoir si un programme ou une mesure constitue une aide. Ensuite, pour déterminer si cette aide est compatible avec le marché commun, le Traité décrit les objectifs licites des aides. Les aides sont autorisées si elles sont destinées à remédier au sous-développement et au sous-emploi, à une perturbation grave de l'économie, ainsi qu'à réaliser des projets importants d'intérêt européen commun. Les aides aux autres développements régionaux, à la promotion de la culture et à la préservation de l'héritage, ne sont autorisées que lorsqu'elles n'affectent pas les échanges commerciaux dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Le Conseil peut définir d'autres catégories d'aide compatibles avec le marché commun. Les aides sont classées en aides « horizontales », régionales, budgétaires et sectorielles, et les aides spéciales pour le charbon, les transports, l'agriculture et la pêche. Les affaires récentes portent notamment sur la construction navale, l'automobile, l'acier, les télécommunications et la radiodiffusion. La Commission a publié plusieurs communications et lignes directrices qui clarifient sa politique concernant l'aide au développement régional, l'emploi, la recherche-développement, la protection de l'environnement, le sauvetage et la restructuration des entreprises. Les règlements d'exemption par catégorie définissent les aides aux petites et moyennes entreprises, à la formation et à l'emploi qui sont autorisées. L'application des normes juridiques et des règlements est davantage fonction de la catégorisation des aides que de l'évaluation directe de leurs effets faussant ou menaçant de fausser la concurrence dans des marchés particuliers.

Les aides qui financent la fourniture de services publics peuvent être en conflit avec le principe que les aides d'État ne doivent pas fausser la concurrence. Les règles en matière d'aides d'État permettent notamment de financer la réalisation de services que l'on ne peut pas attendre du marché, comme la couverture géographique ou l'accès universel, mais pas de financer ces services de manière excessive. Dans son jugement *Altmark* de 2003, la CJ a résolu une controverse de longue date sur le poids relatif à accorder à ces différentes considérations. Le jugement a énoncé des critères permettant de déterminer qu'une aide ne confère pas d'avantage concurrentiel et n'est donc pas une aide qui doit être préalablement notifiée et approuvée. Ces critères sont les suivants : une définition claire par le droit national des obligations de service public ; des paramètres transparents et objectifs, déterminés à l'avance, de rémunération des services ; une rémunération ne dépassant pas les coûts (mais incluant un bénéfice raisonnable). De manière très imaginative,

la Cour a jugé que le prestataire de services, lorsqu'il est choisi par appel d'offres ouvert ou procédure de marché public, ne bénéficie pas d'un avantage concurrentiel et que sa rémunération ne constitue donc pas une aide publique.

En juillet 2005, la Commission a publié une série de mesures clarifiant la compensation pour services publics, sur la base de l'orientation donnée par la jurisprudence. L'un des éléments de cette série de mesures est une décision de la Commission spécifiant les cas dans lesquels la compensation pour services publics n'a pas à être notifiée à l'avance. Cette décision inclut un seuil quantitatif applicable à une compensation de moins de 30 millions d'euros par an, à la condition que les bénéficiaires réalisent un chiffre d'affaires de moins de 100 millions d'euros. Cette décision s'applique à la rémunération des hôpitaux et des logements sociaux relevant des services d'intérêt économique général, quels que soient les montants concernés. La décision englobe la rémunération des transports aériens et maritimes vers des îles et celle des aéroports et des ports en deçà de seuils définis en termes de nombre de passagers. Autre élément de cet ensemble de mesures : un document cadre qui explique les conditions dans lesquelles les compensations pour services publics qui ne correspondent pas aux critères de la décision et qui doivent donc être notifiées et approuvées, n'en sont pas moins compatibles avec les règles régissant les aides d'État. On remarquera notamment que la compensation pour un service public supérieure aux coûts de ce service ou utilisée par les bénéficiaires sur d'autres marchés ouverts à la concurrence, est incompatible avec les règles communautaires. Les mesures incluent aussi un amendement à la directive concernant la transparence. Il précise l'obligation de tenir des comptes séparés afin de faciliter les vérifications des cas de compensation excessive.

La Commission concentre son attention sur les types d'aide qui sont le plus susceptibles de fausser la concurrence. Il s'agit des aides aux restructurations, des aides régionales pour les grandes entreprises, des aides budgétaires destinées à attirer les investissements et soutenir les secteurs clés en termes de concurrence, comme les services nouvellement libéralisés et les industries de réseau. Dans les industries de réseau traditionnelles, l'aide est souvent liée à la question de savoir qui doit supporter les coûts irrécupérables. Suite à la demande du Conseil adressée en mars 2005 aux États membres, leur demandant d'œuvrer à la diminution des aides publiques tout en prenant en compte les défaillances du marché, la Commission a enquêté sur de nouvelles lignes directrices pour les aides d'État. Le Conseil appelle au redéploiement de l'aide vers la recherche, l'innovation et l'optimisation du capital humain, tout en réformant l'aide régionale afin d'encourager les investissements et réduire les disparités. Par des règles générales, on tentera de déterminer les types de défaillances du marché que l'on peut attribuer aux aides d'État faussant la concurrence. On déterminera si l'aide étudiée corrige la déficience du marché en faussant le moins possible la concurrence. Le système de notification

et d'approbation devrait être conservé, mais la note consultative de la Commission donne aussi à penser que les fonctions de contrôle et de mise en oeuvre pourraient être partagées avec des autorités des États membres indépendantes.

## **2.7      *Concurrence déloyale et protection des consommateurs***

Les plaintes pour concurrence déloyale entre entreprises sont l'affaire des droits nationaux des États membres. Par contre, la protection des consommateurs est reconnue par le Traité comme relevant de la Communauté. L'article 153 dispose que « la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs » ; elle promeut « leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts ». La Communauté peut, dans une certaine mesure, réglementer la protection des consommateurs, mais ce domaine relève principalement du droit des États membres. Le Traité permet aux États membres d'adopter des mesures de protection des consommateurs plus strictes que la réglementation de la Communauté dans ce domaine. La formulation du Traité indique un souci fondamental des normes de produits, notamment sous leurs aspects environnementaux et de sécurité.

La politique communautaire en matière de protection des consommateurs aborde aussi désormais le sujet sous l'angle du marché, comme par exemple la question de l'asymétrie de l'information et de l'égalité des situations de négociation. Une directive visant à harmoniser les règles des États membres en matière de pratiques commerciales déloyales a été signée en mai 2005. Elle devrait entrer en vigueur en 2007. Elle précise les droits des consommateurs en fixant des règles communes de lutte contre les pratiques commerciales agressives ou trompeuses pour les consommateurs. Cette directive définit une gamme limitée de « pratiques réputées déloyales en toutes circonstances » qui seront interdites dans l'ensemble de l'Union européenne. Il s'agit notamment des « ventes forcées », telles la situation où l'on fait comprendre au consommateur qu'il ne peut pas quitter les lieux sans signer un contrat, ou des visites individuelles au domicile du consommateur en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, ou encore les tactiques consistant à « amorcer et ferrer », les déclarations mensongères d'adhésion à un code de conduite ou encore la description d'un produit comme étant « offert » ou « gratuit », si le consommateur doit malgré tout payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables de livraison ou de prise de possession. La directive fixe également des principes généraux qui peuvent servir à déterminer si d'autres types de pratiques devraient être interdits comme étant déloyaux. Le test majeur dans la plupart des cas consiste à déterminer si la pratique influencerait de manière déloyale le comportement du consommateur « moyen », mais il existe aussi des dispositions ayant pour objet d'empêcher l'exploitation de consommateurs particulièrement vulnérables. Ces normes seront appliquées au niveau national. Au

niveau communautaire, il n'y a pas d'instances ou de politiques chargées de faire appliquer les dispositions relatives à la protection des consommateurs, contrairement au domaine de la concurrence, où la Commission dispose de pouvoirs d'application directe de la politique communautaire.

Pour rendre plus visible le lien entre la concurrence et l'intérêt des consommateurs, la DG Concurrence a désigné un responsable chargé des rapports avec les consommateurs, ayant pour mission de développer les contacts avec les ONG de consommateurs, de recueillir les plaintes pour infractions et les commentaires sur les propositions de politique. Ce responsable permettra aussi d'améliorer les communications avec les autres directions générales de la Commission, notamment la santé et la protection des consommateurs.

Les normes concernant les pratiques loyales et les pouvoirs de négociation relatifs entre entreprises, dont notamment l'interdiction des ventes à perte et l'abus de dépendance économique, ne sont pas du ressort du droit communautaire. Toutefois, ces normes figurent dans les droits de plusieurs États membres, et parfois dans leur droit de la concurrence. Les dispositions relatives à la concurrence déloyale peuvent être incompatibles avec une conception de la politique de la concurrence soucieuse du bien-être du consommateur. En application de la réglementation communautaire d'application, les droits des États membres portant sur le comportement unilatéral d'entreprises en position dominante peuvent être plus stricts que le droit communautaire. Cette concession aux particularités locales permet aux droits nationaux de contrôler les abus de dépendance économique dans des situations où la domination d'un marché économique n'est pas un problème.

### **3. Questions institutionnelles : structure et pratiques en matière d'application**

L'application de la loi au niveau administratif évolue dans le sens d'un renforcement des pouvoirs d'investigation et d'une meilleure prise en compte des éléments économiques dans la prise de décisions. Il s'agit de convaincre les tribunaux tout en maintenant une cohérence de la politique générale dans un système décentralisé d'application.

#### **3.1 *Institutions chargées de la politique de la concurrence***

La Commission européenne, en tant qu'organe exécutif de la Communauté, met en œuvre la politique communautaire de la concurrence. Selon les termes du Traité, les commissaires, « dans l'intérêt général de la Communauté, exercent leur fonction en pleine indépendance ». Ils ne prennent pas et ne cherchent pas d'instructions d'un gouvernement ou de quiconque, et s'abstiennent de tout agissement incompatible

avec leurs obligations. Les gouvernements des États membres s'engagent à respecter ce principe et à ne pas chercher à influencer les commissaires. Ces derniers ont l'assurance de rester à leur poste pendant les 5 années de leur mandat. Seule une décision de la CJ peut révoquer un commissaire. Il n'en reste pas moins que la structure de la Commission et la procédure de nomination des commissaires font appel à des liens indirects avec les gouvernements des États membres et les institutions politiques de la Communauté. Les Commissaires sont au nombre de 25, soit un pour chacun des États membres. Lorsqu'une Commission se met en place, les gouvernements des États membres s'accordent dans un premier temps sur le nom d'un candidat pour la présidence de la Commission. Une fois approuvé par le Parlement, le président élu désigne les autres membres de la Commission selon les propositions faites par chaque État membre. Les personnes choisies par le président élu de la Commission sont ensuite nommées par le Conseil, après approbation par le Parlement. Les candidats nommés sont généralement des personnes ayant une expérience politique et qui ont souvent été ministres dans leur pays.

La Commission en tant que telle prend des décisions et des initiatives politiques lors de ses réunions chaque semaine (mais elle peut aussi agir par écrit ou par délégation de pouvoir). En pratique, la politique de la concurrence est principalement du ressort du Commissaire chargé de la concurrence. Depuis certaines décisions concernant des concentrations au début des années 90, la Commission ne s'est plus opposée aux recommandations du Commissaire chargé de la concurrence à propos d'une affaire importante d'application des règles. Plus récemment, des décisions des Commissaires ont entraîné des changements dans certaines affaires d'aides d'État et des modifications au règlement d'exemption par catégorie concernant l'industrie automobile. Globalement, la prérogative de fait du Commissaire chargé de la concurrence s'est accrue. Cette croissance va de pair avec une confiance de plus en plus grande dans l'indépendance des décisions de la Commission vis-à-vis d'autres considérations ou influences politiques.<sup>27</sup>

Au sein du personnel de la Commission, la Direction Générale de la concurrence est essentiellement chargée de la politique de la concurrence et de son application. Dirigée par un directeur général qui est un haut fonctionnaire communautaire de carrière, la DG concurrence est organisée en dix directions : concentrations, antitrust, gestion, cartels, spécialisations sectorielles (quatre directions) et aides d'État (trois directions, dont une pour la politique). Le personnel de la DG Concurrence est stable depuis plusieurs années, à un peu plus de 600 permanents. De plus, la DG Concurrence fait aussi appel à du personnel contractuel et auxiliaire et à des experts détachés par les autorités nationales des États membres chargées de la concurrence.

### 3.2 *Processus et pouvoirs d'application*

La Commission recourt à des procédures de base et à des outils d'investigation à peu près similaires pour traiter a posteriori des infractions<sup>28</sup> visées par les articles 81 et 82 et des décisions relatives aux concentrations notifiées. Une plainte ou une notification de concentration, ou une décision d'entamer une procédure à l'initiative de la Commission, sont suivies d'une enquête par la DG Concurrence, sous la responsabilité d'un agent traitant du cas. Les éléments de fait et la solution proposée sont présentés au défendeur dans une « communication des griefs ». Le défendeur peut accéder au dossier et y répondre, par écrit et lors d'une audition. La Commission prend une décision sur recommandation du Commissaire européen chargé de la concurrence. La Commission n'instruit plus les demandes d'exemption individuelle ou d'autorisation négative, parce qu'elle n'a plus le pouvoir d'accepter ces demandes ou de délivrer ces autorisations. Le règlement d'application prévoit la possibilité d'une « lettre d'orientation », mais il émet des conditions telles que cela décourage les demandes routinières. L'important système historique de notification et d'exemption ayant été supprimé, on applique désormais directement les critères juridiques décrivant ce qui est interdit et ce qui peut être exempté. De fait, cette approche oblige les sociétés à évaluer précisément la portée de leurs accords car en cas d'erreur, elles encourent un risque<sup>29</sup>.

Les plaintes sont présentées sur un formulaire préétabli. De nombreuses informations et de nombreux documents sont demandés. On demande au plaignant d'exposer dans le détail les faits qui fondent sa plainte. On lui demande également de fournir des informations sur les marchés et les parts de marché, de remettre des documents et des statistiques relatives à la plainte, de donner les noms de personnes susceptibles de témoigner à cet égard, d'exposer l'intérêt légitime du plaignant dans l'affaire et préciser la réparation demandée.

Les instruments et les pouvoirs d'investigation sont principalement les renseignements documentaires, étant donné que la procédure devant la Commission est fortement axée sur les preuves écrites. Une demande d'information peut être « simple » ou « par voie de décision ». Dans tous les cas, le fondement et l'objet de la demande doivent être exposés, en spécifiant l'information demandée et le délai dans lequel elle doit être fournie et en indiquant les conséquences qu'entraînerait une réponse fautive ou trompeuse. Il n'y a pas de sanction en cas de non réponse à une demande simple, mais une entreprise peut toutefois se voir infliger une amende si ses réponses sont fausses ou trompeuses. Par contre, une entreprise risque une amende importante si elle ne répond pas à une demande par voie de décision. Il n'est plus nécessaire pour la Commission d'envoyer une demande simple d'information, préalablement à l'envoi d'une demande par voie de décision.



Pour obtenir des informations que les sociétés risquent de vouloir cacher, la Commission peut procéder à une perquisition impromptue. Elle est autorisée à entrer dans les locaux et les véhicules d'une entreprise, à prendre connaissance des archives physiques et à en copier des extraits. Elle peut apposer des scellés aux locaux pendant sa présence sur place aux fins de l'enquête et elle peut demander aux mandataires de la société des explications sur ce qu'elle trouve. La Commission peut exiger des réponses à des éléments factuels, mais pas de déclaration d'aveu d'infraction. L'entreprise peut s'assurer la présence de son avocat, mais ne peut pas retarder la procédure de manière excessive pour faire venir cet avocat. Dans les affaires d'antitrust (mais pas dans les enquêtes relatives aux concentrations), les perquisitions impromptues peuvent être effectuées au domicile particulier des administrateurs, des dirigeants et du personnel, en cas de suspicion raisonnablement fondée de la présence au domicile concerné des livres comptables et archives de la société et de documents objets de l'enquête. Si la société refuse de coopérer, l'entrée dans les locaux avec usage de la force ne peut être obtenue que sur décision d'une instance judiciaire nationale. La Commission doit décrire la nature de l'infraction suspectée, exposer l'implication de la société mise en cause et justifier la nécessité de procéder à une perquisition. La juridiction nationale peut vérifier que les mesures coercitives mises en œuvre ne sont pas arbitraires ou disproportionnées. Toutefois, elle ne peut pas exiger de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission. À la mi-2005, il n'avait pas encore été recouru à de perquisitions de domiciles.

Les témoignages ont relativement peu d'importance. Ils ont auparavant été généralement limités à des réponses à des questions factuelles sur des documents, posées lors de perquisitions impromptues, et de déclarations faites lors d'auditions après que la Commission ait publié une communication des griefs. La Commission possède désormais un pouvoir supplémentaire limité d'interroger des personnes pendant ses investigations. Cependant, les personnes sont libres de répondre ou non à ces interrogations et elles n'encourent aucune sanction si les informations qu'elles donnent sont fausses ou trompeuses. Les personnes qui demandent à bénéficier des programmes de clémence et qui sont tenues à une obligation de coopération, sont davantage astreintes à dire la vérité que celles qui sont concernées par les interrogations dont nous venons de parler. À la mi-2005, le nouveau pouvoir d'interrogation n'avait été utilisé que dans les investigations concernant les cartels.

La fourniture d'informations erronées ou trompeuses lors d'une enquête, ou l'absence de réponse complète et précise dans les délais impartis dans le cadre d'une demande par voie de décision, peut entraîner une amende d'un montant maximum de 1 pour cent du chiffre d'affaires. Des amendes journalières pouvant aller jusqu'à 5 pour cent du chiffre d'affaires quotidien moyen peuvent aussi être infligées tant que des réponses complètes et précises à une demande par voie de décision n'ont pas

été obtenues. Ces amendes ne sont habituellement exigibles que lorsque la personne concernée n'a pas répondu à temps. Dans une procédure de concentration, une attitude récalcitrante qui oblige la Commission à recourir à la demande par voie de décision peut avoir pour effet de retarder le délai imparti à la Commission pour prendre sa décision.

Après avoir consulté le service juridique de la Commission, entité extérieure placée sous l'autorité du Président de la Commission, le Commissaire européen chargé de la concurrence décide ou non de communiquer les griefs. Les parties peuvent accéder au dossier de la Commission après que la Commission a communiqué les griefs. Néanmoins, cette communication n'est généralement pas le premier contact entre le personnel de la Commission et la ou les entreprise(s) concernée(s) au sujet d'une possible procédure au fond. Un ensemble de « bonnes pratiques » au niveau des échanges de vues et des éléments de preuves s'est mis en place au fil des années. Pour les fusions, la DG Concurrence a réuni ces « bonnes pratiques » dans une publication par laquelle la DG Concurrence s'engage à faire tout son possible pour permettre aux parties notifiantes, au commencement de la deuxième phase, l'accès à des documents essentiels comme les dépositions ou productions de documents des tiers. Ces pratiques prévoient aussi des réunions de « clarification » entre les partenaires qui fusionnent et les tiers, et des réunions régulières sur l'état d'avancement du processus entre les partenaires à la concentration, des hauts responsables de la DG Concurrence et l'équipe d'investigation.

L'audition se déroule sous l'autorité d'un conseiller auditeur. La plupart des parties utilisent désormais cette possibilité.<sup>30</sup> Deux conseillers auditeurs sont actuellement en poste. Ils sont placés sous l'autorité du Commissaire chargé de la concurrence mais ne font pas partie de la Direction de la concurrence. Outre le rôle qu'ils ont d'assurer le droit des parties à être entendues, ces conseillers auditeurs prennent des décisions en matière de confidentialité et autres questions de procédure. Leur rôle et leur statut ont été renforcés par un règlement de la Commission de 2001 insistant sur la nécessité d'un contrôle indépendant des procédures dans les affaires de concurrence. Leur indépendance est plutôt assurée par la transparence de leur entrée en fonctions et de leur sortie de fonctions, que par un statut protégé. L'audition n'a pas lieu devant la Commission ou le Commissaire chargé de la concurrence. Les participants à l'audition sont généralement les personnes qui doivent répondre des griefs, le personnel d'enquête, du personnel d'autres directions de la DG Concurrence, du personnel d'autres services de la Commission et d'autorités nationales des États membres chargées de l'application des règles de concurrence.

Les groupes de contrôle des décisions ou d'évaluation collégiale sont une innovation importante dans le processus interne de la DG Concurrence. Ces comités spécialisés ont pour charge d'examiner un dossier et d'en faire un rapport directement adressé au Directeur Général. Ce processus de contrôle de qualité interne a été mis en place en 2003, mais il n'est pas tout à fait nouveau. Des processus de ce type ont déjà été effectués en quelques occasions depuis le début des années 90. Les groupes se réunissent environ 10 à 12 fois par an pour des affaires qui soulèvent des points complexes ou nouveaux. Environ 60 pour cent des contrôles intervenus jusqu'à présent ont porté sur des enquêtes de deuxième phase à propos de concentrations, et environ 30 pour cent à propos d'affaires antitrust. Le directeur général désigne les membres de chaque groupe qui comporte normalement un responsable, un rapporteur senior et un rapporteur junior de l'affaire. Le contrôle est organisé par un officiel de la direction de la politique de la DG Concurrence qui sert de responsable de l'enquête et rédige le rapport à l'attention du directeur général. La session au cours de laquelle l'équipe rapporteur fait sa présentation au groupe peut durer une journée entière. Le service juridique de la Commission, le conseiller - auditeur et d'autres services intéressés peuvent assister à cette session. Les groupes ont proposé des modifications dans plus de la moitié des cas qu'ils ont examinés, surtout au niveau des solutions à mettre en œuvre. Dans un cas au moins, l'examen d'une concentration a débouché sur un abandon total du projet. La plupart des groupes d'évaluation collégiale se réunissent après que les parties ont répondu à la communication des griefs. Les groupes peuvent donc considérer les arguments de la direction générale et la validité de la réponse des parties à ces arguments. L'examen pourrait intervenir à un stade plus précoce, avant la communication des griefs, ce qui permettrait de mettre à l'essai une procédure potentiellement novatrice.

Les comités consultatifs composés d'officiels des autorités des États membres chargées de la concurrence jouent un rôle dans les affaires antitrust et de concentration. Ces comités se réunissent régulièrement et émettent des avis sur les décisions proposées. Leurs avis sur les concentrations sont annexés à la décision, et publiés. Leurs avis sur d'autres affaires sont annexés aux décisions et peuvent être publiés si la Commission le recommande. Les avis des comités consultatifs ne lient pas les recommandations de la DG concurrence à la Commission. Le processus de consultation est toutefois un moyen appréciable d'atteindre un consensus général, et la DG Concurrence prend les avis très au sérieux.

Le projet de décision est rédigé par le responsable du cas de la DG concurrence (ou par une équipe de responsables) et revu par les dirigeants de la DG Concurrence. Ce projet est aussi revu par l'entité de contrôle de la décision. Le Commissaire européen chargé de la concurrence consulte le service juridique et le comité consultatif des États membres avant de proposer une décision à la Commission. Il existe plusieurs autres moyens d'assurer un certain contrôle de qualité sur les

recommandations du personnel, en plus de la possibilité d'un groupe de contrôle interne. Le conseiller – auditeur prépare un rapport sur les aspects procéduraux. Ce rapport est communiqué au comité consultatif et un rapport séparé est adressé au directeur général, évaluant la réponse aux arguments du personnel. Bien que le rôle principal du conseiller - auditeur concerne les questions de procédure, les rapports peuvent toutefois porter aussi sur des questions de preuve et de faits. L'économiste en chef de la DG Concurrence soumet indépendamment un rapport au directeur général et au Commissaire européen chargé de la concurrence. Avec l'accord du directeur général, l'économiste en chef de la DG Concurrence peut communiquer son avis à la Commission elle-même sous forme d'opinion séparée. La décision proposée est adoptée à la majorité des voix des membres de la Commission. On notera que les décisions sur les affaires non controversées peuvent être prises sans délibération formelle.<sup>31</sup>

La principale sanction pour les infractions importantes, comme indiqué dans le règlement d'application du Conseil, est une amende administrative à l'encontre de l'entreprise en faute. Cette amende peut aller jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires annuel total de l'entreprise. Le règlement n'autorise pas les amendes aux personnes physiques. Une ligne directrice de la Commission explique les considérations prises en compte dans la fixation des amendes pour infractions aux articles 81 et 82 du Traité. Le processus débute par la fixation d'un montant de base, qui est ensuite revu à la hausse en cas de circonstances aggravantes, et à la baisse en cas de circonstances atténuantes.<sup>32</sup> Le montant de base dépend de la gravité de l'infraction (dont notamment sa nature et ses conséquences - si elles sont mesurables - la taille du marché) et de sa durée. Les lignes directrices établissent trois degrés de gravité de l'infraction : mineure, passible d'une amende de 1000 euros à 1 million d'euros ; sérieuse, passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros ; et très sérieuse, passible d'une amende supérieure à 20 millions d'euros. Ces montants ne sont qu'un ordre d'idées. Ils ne sont pas fixés. Le montant de l'amende peut être relevé pour tenir compte de la durée de l'infraction et cette augmentation peut atteindre jusqu'à 50 pour cent pour des infractions de moyenne durée et jusqu'à 10 pour cent par an pour les infractions de durées plus longues. Les circonstances aggravantes peuvent être des infractions répétées, le refus de coopérer, ou le rôle de leader dans l'infraction, des mesures de rétorsion à l'encontre d'autres entreprises et la nécessité de fixer une amende d'un montant plus élevé que le gain tiré de l'infraction. Les circonstances atténuantes peuvent notamment être les suivantes : rôle passif dans l'infraction, non réalisation de l'infraction, cessation de l'infraction sur intervention de la Commission, doute raisonnable sur la qualification du comportement de l'entreprise en tant qu'infraction, négligence et coopération avec la Commission (hors du cadre du programme de clémence). Le règlement d'application énonce désormais clairement que la Commission peut accepter des engagements

fermes de corriger les infractions et peut imposer une amende pour non observation de ces engagements. Toutefois, ces engagements ne sont pas recevables lorsque l'intention de la Commission est en premier lieu d'imposer une amende.

Les tribunaux ont un pouvoir illimité de réexaminer le montant et le caractère approprié d'une amende. Ils n'exigent pas de la Commission qu'elle agisse selon une formule prescrite. Ils admettent qu'un certain pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour affiner les sanctions afin qu'elles répondent à leur objectif de dissuasion effective. Cependant, en droit, les tribunaux peuvent avoir leurs propres conclusions quant au caractère raisonnable des amendes. En raison de la façon dont les amendes sont déterminées, les tribunaux peuvent effectivement remplacer les opinions de la Commission par les leurs quant à la gravité et à la durée de l'infraction. Des décisions ont examiné de manière très attentive les calculs des amendes par la Commission pour vérifier s'ils étaient conformes aux critères applicables de circonstances aggravantes et atténuantes, sinon au choix du montant de base (Joshua, 2004).

La Commission a mis en place un programme formel de clémence depuis 1996. Après révision des termes du programme en 2002, où l'exigence de « preuve décisive » et le critère de « meneur dans la commission de l'infraction » ont été remplacés, le processus a gagné en certitude et en transparence. La première entreprise qui se propose de collaborer dans une affaire avec la Commission peut bénéficier d'une totale immunité en termes d'amende, mais les éléments de preuve qu'elle fournit doivent être suffisamment étoffés pour que la Commission décide d'ouvrir une enquête. La démarche de l'entreprise auprès de la Commission peut n'être que virtuelle, en ce sens que les preuves peuvent n'être produites que dans une deuxième étape. Une immunité conditionnelle peut être accordée dans un délai de quelques semaines, ce qui permet à une entreprise cherchant à collaborer avec la Commission de bénéficier assez rapidement d'une certaine certitude juridique. Même après que la Commission a lancé une enquête, l'immunité peut toujours être accordée à l'entreprise si elle ne l'a pas encore été à une autre entreprise. Si l'immunité a déjà été accordée, ou si la Commission dispose déjà de preuves suffisantes pour constater l'existence d'une infraction, il est encore possible d'accorder des réductions d'amendes aux entreprises qui apportent une importante valeur ajoutée au dossier de la Commission. La réduction d'amende pour la deuxième entreprise qui se propose de collaborer peut être de l'ordre de 30-50 pour cent,<sup>33</sup> pour la troisième, de 20-30 pour cent et pour les autres, de 20 pour cent au plus. Ces réductions d'amendes sont soumises à des conditions : l'entreprise doit collaborer pendant toute la durée de la procédure de la Commission et mettre un terme à sa participation à l'entente illicite. L'entreprise ne doit pas avoir exercé de pression coercitive sur les entreprises partenaires pour que celles-ci participent à

l'entente illicite. Les demandes visant à bénéficier des mesures de clémence augmentent. Il y en a eu 16 en 2003 et 29 en 2004<sup>34</sup>.

Il a été débattu du fait de savoir si les déclarations que les entreprises souhaitant bénéficier de la clémence remettent à la Commission peuvent être produites dans des procès civils. Cette question a notamment été soulevée à propos des procès civils américains imposant des pénalités triples. La Commission considère que la déclaration d'une entreprise dans laquelle celle-ci décrit sa participation dans un cartel ayant des effets dans l'UE, faite dans le seul objectif de solliciter une immunité ou une diminution des amendes dans le cadre du programme de clémence de la Commission, ne devrait pas pouvoir être produite lors d'autres instances judiciaires. Ce faisant, la Commission ne cherche pas à entraver le déroulement des procédures civiles, mais elle estime que les plaignants dans des procès civils ne devraient pas bénéficier de la procédure très spécifique de son programme de clémence, car cela risque de nuire à l'efficacité de ce programme. Dans ces conditions et pour diminuer le risque que la confidentialité de ces déclarations soit compromise, la Commission s'écarte de sa pratique habituelle qui est largement fondée sur les preuves écrites. La Commission a déjà instruit un grand nombre de demandes de bénéfice du programme de clémence sur la base de dépositions orales plutôt que de dépositions écrites signées des entreprises. Les enquêteurs de la Commission enregistrent sur magnétophone les déclarations orales et cet enregistrement sert de preuve lors des décisions et des procédures devant les tribunaux de la Communauté européenne. L'enregistrement ne peut pas être produit dans le cadre d'une instance judiciaire.

### 3.3 *Examen judiciaire*

Les décisions de la Commission sont soumises à contrôle par les deux tribunaux européens. La CJ, qui a été créée dans le cadre de la première institution communautaire, la CECA, est chargée de l'application de ces décisions à l'encontre des États membres, de régler les différends entre la Communauté et les États membres (et entre les institutions communautaires). Elle assure aussi l'uniformité d'interprétation du droit communautaire en répondant aux questions préjudicielles qui lui sont adressées par les juridictions nationales. Le TPI a été créé pour alléger la charge de travail de la CJ et diminuer le nombre d'affaires en souffrance. Il traite des affaires qui n'ont pas d'importance politique ou constitutionnelle et de celles dont les faits sont compliqués. La CJ peut réexaminer les jugements du TPI, mais seulement sur des points de droit. La possibilité d'interjeter un appel sur le fond met le régime d'application du droit communautaire de la concurrence en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme. En 1980, la CJ a estimé que les procédures de la Commission ne constituaient pas le « tribunal indépendant et impartial » requis par la Convention.

La décision de la Commission dans une affaire d'infraction, enjoignant de mettre un terme à l'infraction ou de verser une amende, a force obligatoire. Les parties peuvent intenter une action auprès du TPI pour l'annuler, sur des éléments de fait ou de droit. L'introduction de l'instance en elle-même ne suspend pas l'application de la décision. Les parties peuvent demander que le TPI suspende l'application de la décision en attente de l'appel. Pour les amendes, la pratique de la Commission est d'accepter la suspension en l'attente de l'appel, à la condition de fournir une caution bancaire pour l'amende plus les intérêts. Si les tribunaux annulent une décision en matière de concentration, cette annulation n'emporte pas autorisation. En fait, dans ce cas, l'affaire est renvoyée à la Commission pour réexamen de la notification, aboutissant potentiellement à la répétition du processus en deux phases d'examen des concentrations. La procédure judiciaire prend normalement 2 à 3 ans. Toutefois, le TPI a adopté une procédure accélérée, par écrit et avec audition complète, qui lui permet de traiter complètement une affaire dans les 8 à 10 mois suivant la décision de la Commission. Il existe donc désormais une possibilité réaliste de contrôle judiciaire sur des affaires où le temps est important, telles les concentrations. Les règles relatives à la qualité pour agir sont généreuses. Les plaignants sont considérés comme individuellement concernés et peuvent donc contester l'action ou l'inaction de la Commission.

En vertu des dispositions générales du Traité, le contrôle par les tribunaux paraît limité, cantonné à une simple vérification. Il ne comprend pas de réexamen sur le fond (article 230). Les fondements du contrôle par les tribunaux sont l'absence de compétence, l'infraction à une norme de procédure essentielle, le Traité lui-même ou une règle de droit liée à son application, et l'abus de pouvoir. Malgré cette étendue apparemment limitée, le TPI et la CJ ont aussi renversé des décisions de la Commission pour insuffisance de preuves ou erreur de fait. Les tribunaux ont conçu un type de « contrôle entier ». Dans ce cadre, le TPI contrôle l'exactitude et la qualité du raisonnement de la Commission en matière d'analyse économique et de marché. Les règles du TPI prévoient la possibilité de demander des rapports d'experts indépendants. Dans son jugement *Pâte à papier* de 1985 la CJ s'est appuyée sur les rapports des experts nommés par elle pour renverser les constatations et les conclusions de la Commission.<sup>35</sup> Dans un premier temps, le TPI a rejeté environ la moitié des décisions de la Commission imposant des amendes importantes. Ces actions ont peut-être eu pour objectif de fixer des règles de base de procédure, étant donné que plusieurs des amendes infirmées par le TPI ont été par la suite confirmées, après que la Commission ait réexaminé les affaires pour corriger les défauts de procédure (Wils, 2004).

### **3.4 *Autres modalités d'application du droit communautaire de la concurrence***

Les personnes privées peuvent assigner devant les juridictions nationales, selon des procédures nationales, pour obtenir réparation des infractions au droit communautaire de la concurrence. Ces actions devant les tribunaux nationaux peuvent avoir leur intérêt, comme par exemple le fait de pouvoir être coordonnées avec des actions connexes en rupture de contrat ou en concurrence déloyale. En général, les réparations accordées pour non respect d'obligations en application du droit communautaire sont régies par les systèmes juridiques et les procédures nationales, sous réserve de traitement non discriminatoire et d'efficacité. Le plaignant selon le droit communautaire ne doit pas être dans une situation plus défavorable que celle qui serait la sienne selon le droit national. Parfois, le plaignant dans le cadre du droit communautaire peut même être placé dans une situation meilleure qu'avec son droit national. En effet, la CJ exige des juridictions nationales qu'elles accordent des réparations dans des situations où le droit national ne le fait pas (Hartley, 1994). Les personnes privées peuvent aussi faire appliquer les principes concernant les aides d'État devant les tribunaux nationaux : le concurrent désavantagé peut obtenir une décision de justice indiquant qu'une aide d'État non notifiée est illégale et doit donc être remboursée.

L'incitation pratique à intenter une action à titre privé s'est trouvée diminuée par une autre possibilité, le dépôt gratuit d'une plainte auprès de la Commission qui, pendant des années, a agi comme si elle devait accorder la priorité à ces plaintes. La procédure habituelle auprès de la Commission en matière d'infraction présente des éléments d'une procédure initiée par une personne privée. La procédure formelle de plainte auprès de la Commission, si elle oblige le plaignant à une démarche assez lourde, présente l'avantage que ce plaignant a le statut de partie, y compris le droit de participer dans une certaine mesure à la procédure devant la Commission, et de pouvoir demander une révision devant les instances judiciaires si l'action a une issue défavorable.

La Commission cherche depuis longtemps à encourager le recours aux actions privées devant les juridictions nationales. En 1992, le TPI a libéré la Commission de l'obligation d'accorder la priorité aux plaintes en lui permettant de renvoyer devant un tribunal national une affaire n'ayant pas suffisamment de lien avec la Communauté. La Commission, prenant immédiatement avantage de la confirmation par le TPI de son droit de fixer des priorités en matière d'application du droit de la concurrence, a publié une communication sur la coopération avec les juridictions nationales attirant l'attention sur cette possibilité de coopération et donnant des lignes directrices. Les autorités judiciaires nationales doivent notamment, en



application du droit communautaire de la concurrence, mettre à la disposition des plaignants toutes les possibilités de réparation et toutes les procédures, telles les injonctions et les réparations financières, dont disposent les plaignants en vertu de droits nationaux analogues ou liés. Cependant, le monopole de la Commission pour ce qui concerne l'octroi d'exemptions en application de l'article 81(3) du Traité est demeuré un élément dissuasif jusqu'en 2004. La DG Concurrence tente de nouveau d'inciter à un plus grand recours aux actions privées, afin de donner davantage de moyens à ceux qui sont victimes d'infractions aux dispositions légales. Un renforcement des voies privées de recours, donnant aux plaignants d'autres moyens possibles et crédibles, est en théorie le corrélat, ou même la condition préalable, à l'exercice par la Commission d'un plus grand pouvoir discrétionnaire sur ses propres priorités et sur le choix des affaires. Il faut prendre en compte les procédures et les pouvoirs en vigueur dans les systèmes nationaux des États membres, et les juges doivent bien maîtriser les questions de concurrence. Pour satisfaire à cette nécessité d'une application décentralisée en général, la Commission et d'autres entités soutiennent les efforts d'associations et de juges nationaux qui organisent des séminaires et des programmes sur le droit de la concurrence et son application.

Les tribunaux nationaux ont davantage recours aux dispositions leur permettant de demander à la Commission des informations et des avis. La Commission a promis de répondre rapidement, dans un délai d'un mois pour les informations et de quatre mois pour un avis. Il semble que le recours ultime de la Commission, au cas où les juridictions nationales paraîtraient prendre des positions incompatibles sur les pratiques d'un secteur, serait de prendre elle-même une décision. La DG Concurrence ne comparaît pas habituellement au titre d'*amicus curiae* devant les instances judiciaires nationales, mais on pourrait envisager cette possibilité.

Dans les États membres, les autorités et les tribunaux chargés de la concurrence peuvent appliquer le droit communautaire positif<sup>36</sup>. Tous les États membres ont pris les mesures législatives nécessaires au niveau national pour s'assurer que leurs institutions nationales ont le pouvoir d'appliquer le droit communautaire. D'ailleurs, les autorités nationales ont désormais l'obligation d'appliquer le droit communautaire si l'exigence juridictionnelle de l'effet communautaire est satisfaite. Les autorités nationales peuvent, en application du droit communautaire, ordonner la cessation d'une infraction, des mesures provisoires, accepter des engagements, imposer des amendes et décider le cas échéant qu'il n'y a pas lieu d'intenter une action. Dans quelques pays comme l'Irlande, les « autorités nationales » désignées en application du système communautaire de coopération dans le domaine de l'application de la loi, incluent les tribunaux. Cette coopération est encouragée et, dans une certaine mesure, exigée. Les autorités nationales doivent adresser une notification préalable à la Commission 30 jours avant l'adoption d'une décision en matière d'infraction, acceptant un engagement de la partie ayant commis l'infraction

ou retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie. La Commission peut prendre en mains une affaire si, après consultation, il apparaît que l'autorité nationale risque de prendre une décision en conflit avec les principes établis du droit communautaire ou s'il s'avère que cela est nécessaire pour une application efficace des règles ou encore, pour développer la politique communautaire en matière de concurrence. Des informations confidentielles peuvent être échangées aux fins de l'application du droit communautaire ou d'actions simultanées aux niveaux communautaire et national. Toutefois, les informations confidentielles provenant des affaires traitées au niveau communautaire ne peuvent pas être directement utilisées au niveau national dans les cas où des sanctions pénales individuelles peuvent être prononcées, sauf dans la situation jusqu'ici inusitée où les sanctions dans le pays source et le pays cible sont similaires. Une autorité nationale peut suspendre ou refuser de poursuivre sa propre action si une autre autorité examine déjà le cas. Il s'agit d'une possibilité et non pas d'une obligation. Les autorités nationales doivent aider la Commission dans ses investigations et obtenir des décisions de justice, si besoin est, pour les perquisitions inopinées. Les autorités nationales peuvent désormais mener des enquêtes pour aider d'autres autorités nationales dans leur action ayant trait au droit communautaire.

Le « Réseau européen de la concurrence » (REC) est le vecteur facilitant la coordination entre autorités nationales. Le REC est conceptuellement et fonctionnellement distinct du comité consultatif, qui doit être consulté sur les propositions d'application des règles par la Commission. Il est aussi distinct de l'association des autorités nationales de la concurrence en Europe, qui existe depuis plusieurs années (et qui inclut les autorités des pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne). La raison d'être du REC se trouve dans les exigences des règlements d'application en matière de consultation et dans les dispositions relatives à l'échange d'informations et l'affectation des affaires. Le Réseau est cité dans le préambule du règlement d'application, mais il n'a pas de statut juridique. La communication sur la coopération explique quel sera son fonctionnement, comment il répartira les affaires, gèrera l'information et assurera une cohérence. La déclaration commune du « paquet » de modernisation décrit les souhaits des autorités nationales en matière de coopération. Normalement, une affaire devrait être traitée par l'autorité de l'État membre le plus affecté, et les autres États stopperaient alors leurs propres procédures. La Commission traiterait normalement de questions qui affectent substantiellement plus de 3 États membres, ou des cas où son intervention se justifie afin d'assurer une application efficace des règles ou de définir une politique. Lorsqu'une autorité nationale est déjà en train de traiter un cas, la Commission n'exercerait son pouvoir de reprendre cette affaire que s'il est probable que la décision sera en conflit avec d'autres ou avec la jurisprudence communautaire établie, ou si la procédure auprès de l'autorité nationale prend trop

de temps, ou si des questions similaires à celles posées par le cas semblent apparaître un peu partout et qu'une décision de la Communauté est nécessaire pour clarifier la politique communautaire. Normalement, la Commission ne prend pas une décision qui se heurte à une décision d'une autorité nationale si elle a été pleinement informée de l'affaire. Le REC est aussi un lieu de coopération informelle. Ses membres tiennent occasionnellement des réunions plénières au niveau politique. Il existe aussi des groupes de travail sur des sujets comme la clémence, les questions de transition, les sanctions et les procédures, l'article 82, et des sous-groupes sectoriels sur les chemins de fer, l'électricité et l'assurance.

Étant donné que les autorités dans l'ensemble de la Communauté partagent les responsabilités en matière d'application des règles, des complications risquent de surgir en cas d'enquêtes et de demandes de clémence menées parallèlement et présentées dans plusieurs pays. Les échanges d'expérience ont conduit à la mise en place dans les États membres de programmes de clémence généralement cohérents entre eux. De tels programmes existent actuellement dans 17 États membres, et il en est prévu dans plusieurs autres. Il pourrait y avoir des problèmes au niveau de l'application si la multiplicité et la non harmonisation des programmes dissuadent les sociétés de révéler leurs agissements. Les différences entre les programmes sont peu nombreuses. Elles concernent surtout l'obligation de cesser les agissements répréhensibles. Certains programmes admettent la poursuite de ces agissements afin d'éviter d'éveiller les soupçons des autres « conspirateurs » qui risqueraient de détruire des preuves. Si l'absence de programmes de clémence dans quelques États membres peut susciter des craintes chez certaines entreprises quant au risque d'exposition aux sanctions, la communication de la Commission portant sur le réseau donne quelques garde-fous. En effet, les informations communiquées par un candidat à la clémence ne peuvent être échangées avec d'autres autorités chargées de l'application qu'avec le consentement de ce candidat, sauf si une demande a aussi été faite auprès de l'autorité réceptrice ou si cette autorité s'engage par écrit à ne pas utiliser, pour imposer une sanction au dit candidat, cette information ou toute autre information recueillie après la date de transmission de l'information. De fait, cela permet « l'exportation » des mesures de clémence à des pays dépourvus de programme de clémence. Le dépôt de demandes multiples est compatible avec l'existence de compétences parallèles, mais l'exigence selon laquelle les dossiers soient complets partout où ils doivent être déposés présente des difficultés pratiques. Pour y remédier en partie, quelques autorités nationales acceptent des demandes de clémence « abrégées ». L'une des complications potentielles vient du fait que plusieurs États membres prévoient des sanctions pénales. En Irlande et au Royaume-Uni, les programmes nationaux de clémence traitent de l'éligibilité des personnes individuelles. Cela est moins clair dans d'autres États membres qui prévoient aussi une responsabilité pénale, du moins pour certains agissements anticoncurrentiels. Il

s'agit notamment de l'Autriche, de la Belgique, de la France, de l'Allemagne, de la Grèce et de l'Espagne.

Le règlement sur les concentrations prévoit aussi la coordination entre les autorités. Le système de répartition des compétences donne la possibilité à la Commission, avec l'accord des autorités de l'État membre, d'examiner les concentrations qui n'ont pas une dimension communautaire mais qui devraient être notifiées dans un grand nombre d'États membres. Selon ce système, une consultation doit intervenir à propos de telles transactions avant qu'elles soient notifiées. Au cours de la première année d'application du règlement, 30 demandes d'autorisation ont été adressées à la DG Concurrence en raison de la multiplicité des lieux où il aurait fallu déposer la demande. Cela a évité 214 notifications multiples au niveau national, soit environ 10 pour cent des cas couverts par la nouvelle réglementation. En quelques occasions, des demandes d'entreprises souhaitant que leur opération de concentration soit examinée par la Commission ont essuyé le veto d'États membres qui voulaient procéder eux-mêmes à cet examen.

### 3.5 *Questions internationales*

Les institutions communautaires n'ont généralement pas revendiqué leur compétence au motif que des agissements hors de la Communauté avaient eu des effets au sein de la Communauté. Au lieu de cela, d'autres constructions juridiques ont été utilisées : les agissements hors de la Communauté qui ont des effets sur l'application des règles dans la Communauté peuvent être caractérisés comme étant intervenus dans la Communauté. L'une de ces constructions juridiques est le groupe d'entreprises en tant qu'unité économique. Si une société mère hors de la Communauté peut contrôler une société apparentée ou une filiale qui se trouve dans la Communauté, ce contrôle permet de dire que les agissements de la société apparentée ou de la filiale peuvent être imputés à la société mère étrangère, qui a donc agi par cette société apparentée ou cette filiale sur le territoire de la Communauté. Pour cette imputation, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve que la société mère a effectivement agi de cette manière. Autre moyen : le concept de mise en oeuvre d'une pratique. Si un cartel vend quelque chose à un client dans la Communauté, l'accord entre les parties est réputé réalisé dans la Communauté, même si la vente est directe et si l'on ne trouve pas sur le territoire de la Communauté de société apparentée au cartel ou membre du cartel. Dans ses décisions soutenant ces constructions juridiques, la CJ n'a pas voulu appliquer les arguments de la Commission et des avocats généraux de la CJ en faveur de la doctrine plus simple et plus directe des effets dans la Communauté. Pour les concentrations du moins, des arrêts comme *Gencor* et des déclarations de responsables chargés de l'application des règles supposent l'acceptation de la norme

naissante de droit international fondée sur une analyse selon les effets, au moins lorsque ces effets sont immédiats, substantiels et prévisibles (Goyder, 2003).

La Commission a noué des accords formels de coopération en matière de concurrence avec le Canada, le Japon et les États-Unis. L'accord passé avec les États-Unis prévoit la notification des cas qui concernent d'importants intérêts de l'autre partie, l'échange d'informations sur des questions générales, la coopération et la coordination, les accords de coopération de courtoisie classique et de courtoisie positive, c'est-à-dire demandant à l'autre partie de prendre des mesures dans le cadre sa propre législation concernant les agissements affectant les intérêts importants de la partie demanderesse.<sup>37</sup> Ces dispositions ont permis une coordination quasiment continue des affaires de concentration et de cartel, notamment dans les cas de demandes simultanées de clémence. Les notifications formelles d'une partie à l'autre interviennent presque une fois par semaine dans chaque sens. La Commission coopère sur une base bilatérale avec de nombreuses autres autorités de la concurrence. Les relations ont été particulièrement suivies avec l'Australie, la Chine, la Corée, le Mexique, le Brésil et les pays de l'AELE. La coopération avec les pays membres de l'OCDE s'effectue sur la base de la recommandation de 1995 de l'OCDE. Avec la Corée, la Commission a mis en place une structure permanente de consultation, de transparence et de coopération sur la concurrence. La Commission a aussi entamé un dialogue structuré avec la Chine pour échanger des expériences et des points de vue sur les questions de concurrence. Avec certains pays d'Amérique latine et de Méditerranée, l'UE a conclu des accords de libre-échange qui comportent généralement des dispositions de base portant sur la coopération dans le domaine de la concurrence. La Commission a noué une coopération particulièrement étroite, y compris à travers l'échange d'informations confidentielles, avec l'autorité de surveillance AELE au niveau de l'application des dispositions sur la concurrence qui figurent dans l'accord sur l'Espace économique européen (accord EEE). L'information échangée entre la Commission et l'autorité de surveillance de l'AELE peut être transmise aux autorités de concurrence des États membres et des membres de l'AELE. Reconnaissant l'importance et l'intérêt d'une coordination étroite des grandes enquêtes sur les cartels, le Commissaire européen a apporté son soutien à un futur accord de « deuxième génération » permettant l'échange d'informations juridiquement protégées avec les autorités des États-Unis chargés de l'application des règles (Kroes, 2005).

### **3.6 Ressources et priorités**

La DG Concurrence est l'une des autorités de la concurrence les plus importantes du monde. Elle compte environ 615 permanents.<sup>38</sup> Un quart environ d'entre eux s'occupent des aides d'État (l'équivalent de 167 années de travail en

2005), la moitié environ des affaires antitrust, des concentrations et de la libéralisation (375). Outre le personnel permanent, la DG emploie à peu près 67 agents auxiliaires et contractuels, dont nombre dans des fonctions support, et environ 41 experts détachés des autorités nationales. On a longtemps estimé que la direction générale de la concurrence manquait de personnel. L'une des raisons du transfert de plus en plus nombreux de cas aux autorités nationales était la crainte que les ressources de la DG Concurrence ne soient « clairement insuffisantes » pour l'application du droit dans la Communauté (Goyder, 2003, p. 531). Les niveaux de personnel ont augmenté depuis les années 90. En 1999, le nombre total de personnel permanent s'élevait à 486. Dans le contexte de la décentralisation, les ressources actuellement disponibles pour l'application du droit communautaire sont importantes. Globalement, près de 3300 personnes sont employées par les autorités de la concurrence dans l'EEE.

La DG Concurrence est organisée en directions spécialisées par fonctions d'application des règles, et d'autres par secteurs. La création de directions et de services par secteurs est censée améliorer la capacité de répondre à des affaires qui se présentent sous des angles juridiques différents, en réduisant la nécessité de rétablir les fondements factuels. Le groupe de travail spécial sur les concentrations a été supprimé. Ses capacités sont désormais réparties entre les services de chacune des directions sectorielles chargées des concentrations. En juin 2005, une nouvelle direction spécialisée dans les cartels a été créée. Depuis la suppression du groupe de travail sur les concentrations, cette nouvelle direction est la seule de la DG Concurrence qui soit encore spécialisée dans un domaine particulier d'application des règles. La spécialisation dans les cartels est motivée par l'importance dans ces affaires des méthodes d'investigation et des questions juridiques tels les droits de la défense. Ainsi, le personnel de cette nouvelle direction, soit environ 40 à 50 personnes, est surtout composé de juristes et autres experts comme les comptables, qui sont régulièrement confrontés à des questions juridiques. Toutefois, cette direction n'a pas le monopole des affaires de cartel. Les services chargés de l'application sectorielle des règles peuvent présenter un avantage comparatif dans la détection des comportements de cartel en raison de leur contact permanent avec le secteur. Les aides d'État sont suivies par trois directions différentes, l'une pour la politique et la coordination, une autre pour les industries de réseau et les secteurs libéralisés, et la troisième pour les aides régionales, aux restructurations, à la recherche – développement, à l'environnement, et à l'énergie.

L'économie jouant un rôle plus important dans la politique communautaire de la concurrence, la proportion d'économistes dans le personnel de la DG Concurrence a augmenté. Le nombre de permanents de la DG Concurrence ayant une formation en économie (173 personnes) reste encore un peu inférieur à celui des permanents ayant une formation juridique (202). Cependant, il faut noter qu'il y a dix ans, les

juristes étaient sept fois plus nombreux que les économistes (Wilks & McGowan, 1996). Pour donner davantage d'importance à l'analyse économique, un service économique séparé a été créé en 2003. Le nouvel économiste en chef chargé de la concurrence est placé sous l'autorité directe du directeur général et il a le concours d'environ 10 experts, tous titulaires de doctorats en économie industrielle et qui travaillent avec le personnel des directions chargées des aspects application et politique. L'économiste en chef de la concurrence et la moitié des membres de ce service viennent de l'extérieur de la Commission. Ils sont à la disposition de la DG Concurrence sur la base de contrats temporaires. L'étude des cas occupe environ sept personnes de ce service, qui est souvent appelé à traiter des affaires relevant de l'article 82 du Traité et des investigations de deuxième phase sur les concentrations, et occasionnellement des affaires relevant de l'article 81. Le service contribue aussi aux études de politique. Le groupe consultatif économique pour la politique de concurrence, composé d'universitaires économistes proposés par l'économiste en chef de la concurrence et nommés par le Commissaire, est une autre source de savoir-faire et de conseils sur la politique pour la DG Concurrence et le Commissaire. Les sous-groupes du groupe consultatif économique pour la politique de concurrence et qui sont chargés des affaires anti-trust, des concentrations et des aides d'État peuvent donner des avis sur demande de l'économiste en chef de la concurrence, du directeur général ou du Commissaire, et ses membres peuvent également être sollicités pour donner un avis sur un point précis.

L'un des objectifs principaux que la Commission s'est assignés est de revigorer l'agenda de Lisbonne de 2000, afin d'améliorer l'innovation et la compétitivité en Europe. Mettant cet engagement en exergue, le Commissaire européen chargé de la concurrence a lancé une série d'enquêtes sur les problèmes de concurrence dans certains secteurs sensibles sur lesquels il faudrait compter pour contribuer à la compétitivité de l'Europe. Ces enquêtes vont étudier les situations et recommander des mesures d'application ou de réforme réglementaire dans les services financiers (banque de détail et assurance des entreprises), dans l'électricité et le gaz. Environ huit à neuf professionnels sont assignés à chaque enquête, en plus de leurs autres tâches. Les premiers rapports suite à ces enquêtes devraient être publiés fin 2005 et des mesures d'application devraient suivre en 2006. Le Plan de gestion annuel 2005 de la DG Concurrence, qui réalise sa part du programme d'ensemble de la Commission, est centré sur l'application des règles aux cartels, sur des secteurs essentiels comme ceux qui ont récemment fait l'objet d'une libéralisation et d'actions de promotion de la concurrence. Pour traiter ces priorités, une partie du personnel a été réaffectée aux enquêtes sectorielles et à la direction des cartels.

Les changements de méthodes et l'adoption de priorités différentes ont modifié la nature des affaires traitées par la DG Concurrence. La fin du système de notification a entraîné une forte baisse du nombre d'affaires individuelles.

D'ailleurs, le nombre d'affaires initiées par plainte ou par la Commission elle-même, a baissé. En 2004, la Commission indique qu'elle a ouvert 52 dossiers anti-trust de sa propre initiative, contre une moyenne d'environ 85 par an sur les cinq années précédentes. 85 dossiers anti-trust ont été ouverts suite à de plaintes, contre une moyenne de 120 auparavant. Le nombre de décisions anti-trust formelles prises par la Commission baisse aussi, revenant de 68 en 1999 à 24 in 2004 (Commission européenne, 2005, pp. 56-57). Ce recul général du nombre de procédures en droit de la concurrence est peut-être dû au fait que les affaires mineures ne font pas l'objet d'une poursuite de la procédure. La Commission essaie de se concentrer sur les cartels et les forclusions. Il y a peu de cas d'infractions concernant les accords verticaux, si ce n'est en matière de restrictions territoriales caractérisées ou de forclusions cumulatives. Les affaires de concentrations en 2004, qui ont fait l'objet de 242 décisions, sont en recul par rapport au chiffre maximum de 345 en 2000, mais en légère hausse sur les 231 décisions de 2003. (Commission européenne 2005, p. 96)

Le Plan de gestion annuel dresse la liste des programmes et des priorités actuels de la DG Concurrence. On relèvera particulièrement les investigations prévues à propos des abus de position dominante dans les secteurs de l'information, de la pharmacie et de la chimie, et les investigations d'autres agissements anti-concurrentiels dans la pharmacie, les télécommunications mobiles, les marchés des médias, les sociétés de licences de copyright, les diamants bruts, la distribution et la réparation automobiles. D'autres secteurs sont spécifiquement mentionnés, dont nombre font partie de l'agenda de la libéralisation, comme le gaz naturel, l'énergie électrique, l'accès Internet haut débit, les opérateurs de services postaux dans les marchés non réservés, les alliances dans le transport aérien, les cartels éventuels dans la banque et les obstacles à la concurrence transfrontières dans le négoce des valeurs mobilières.

#### **4. Limites de la politique de la concurrence : exclusions et régimes sectoriels**

Il n'existe pas de principe général dans les traités ou le droit communautaire concernant la façon de résoudre un conflit entre les exigences du droit de la concurrence et celles d'autres droits ou décisions officielles de niveau communautaire. De nombreux passages dans le Traité qui promeuvent d'autres politiques et d'autres objectifs incluent des dispositions afin d'assurer une cohérence avec les objectifs de marchés ouverts et de libre concurrence. En cas de conflit, le problème juridique pouvait être de savoir si la décision ou le règlement conflictuel est illégal parce que la dérogation qu'il institue aux règles de la concurrence n'est pas validée par une autorisation figurant dans le Traité. L'omission d'une telle



disposition dans d'autres passages du Traité peut faire penser qu'il existe une plus grande latitude à ces sujets en cas de conflit.

Les conflits avec les droits et les agissements des États membres sont un sujet bien plus important. La capacité des États membres à se servir de leur droit national pour empêcher ou restreindre la concurrence est limitée. Un État membre peut restreindre la liberté de fixation des prix si cela est clairement une manifestation des pouvoirs du gouvernement et non pas simplement l'approbation d'un contrat privé, et si ces pouvoirs n'ont pas été retirés au gouvernement par la législation communautaire. En règle générale, les entreprises ne peuvent pas se défendre pour les infractions qu'elles commettent aux articles 81 et 82 du Traité en prétendant que la réglementation nationale les a empêchées d'exercer leur liberté d'action en termes de concurrence. Cette argumentation n'a été acceptée par le tribunal qu'une fois, dans l'affaire du *Cartel du sucre* de 1975. De nombreux cas dans les années 80 ont porté sur ce type d'argument de défense avancé par des entreprises dans le contexte de cartels tolérés par les pouvoirs publics et organisés par des associations professionnelles classiques, où l'agrément du gouvernement faisait manifestement suite à l'initiative du secteur lui-même. Certaines affaires des années 90 semblent avoir toléré les accords en matière de prix, mais il s'agit de cas où les organismes qui les avaient conclus avant de solliciter le blanc-seing des pouvoirs publics, étaient essentiellement des entreprises publiques non industrielles tenues légalement par l'obligation d'agir dans l'intérêt de tous les participants au marché, et où l'État conservait la possibilité de rejeter la proposition d'accord. Le jugement du TPI dans l'affaire *Greek Ferries* de 2003 confirme que les recommandations des autorités publiques n'exonèrent pas nécessairement les entreprises de leur responsabilité en matière de fixation des prix, du moins tant que la pression de ces autorités ne lie pas ces entreprises ou n'est pas irrésistible.

Les États membres peuvent adopter des règles qui restreignent la concurrence dans le but de promouvoir des politiques sectorielles ou autres, tant qu'il n'y a pas de politique communautaire contraire sur le sujet et que les autres obligations du Traité sont respectées. Étant donné que ces autres obligations du Traité incluent l'ouverture du marché et la non-discrimination, les mesures nationales susceptibles d'affecter les échanges ne sont pas permises. Cependant, les textes du Traité dans leur ensemble ne sont pas favorables à une large exemption qui concernerait « l'action publique ». L'article 10 du Traité oblige les États membres à prendre toutes mesures utiles pour remplir leurs obligations et faciliter la tâche de la Commission. Cet article exige qu'ils abstiennent de prendre toute mesure qui pourrait mettre en péril la réalisation des objectifs du Traité. L'un de ces objectifs est « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur » (article 3(1)(g)). Ainsi, les États membres sont obligés de soutenir, et doivent s'abstenir de saper, les objectifs de la Communauté en matière de politique de la

concurrence. Les institutions des États membres sont assujetties par le Traité à une obligation de ne pas appliquer de telles lois nationales. Par conséquent, les entreprises privées ne peuvent pas recourir, pour échapper à leur responsabilité en vertu du droit communautaire, à une législation nationale qui ne satisfait pas à cette norme. Les États membres eux-mêmes peuvent être tenus responsables d'une infraction à l'article 10 si des mesures législatives ou administratives nationales rendent inefficaces les règles communautaires de la concurrence appliquées aux entreprises.

Des questions délicates se sont posées dans les domaines de la culture et des services professionnels. La CJ a rejeté le point de vue selon lequel le maintien d'un prix minimum de revente des livres est nécessaire pour protéger les librairies spécialisées et les médias imprimés d'une diminution de la variété et de la disponibilité des ouvrages. La Cour a souligné le fait que restreindre la concurrence au niveau des importations violerait l'obligation d'ouverture du marché qui figure dans le Traité. Toutefois, le jugement de la CJ dans l'arrêt *Wouters* de 2002 accepte d'autres arguments : cette décision estime qu'un accord visant à limiter la concurrence entre personnes exerçant une profession libérale est en fait, pris dans son contexte, un accord par lequel les consommateurs et l'administration de la justice bénéficient de l'intégrité et de l'expérience de ces professionnels. En tant que tel, l'accord n'entre même pas dans le champ de l'interdiction visée par l'article 81(1). La Cour n'a pas repris la suggestion de l'avocat général selon laquelle le conflit entre les deux exigences devrait être résolu en jugeant que les professions juridiques doivent être considérées comme des prestataires de services d'intérêt général au sens de l'article 86.

L'article 86 est, avec les règles relatives aux aides d'État, le principal instrument du Traité permettant de contrôler les mesures des pouvoirs publics qui restreignent la concurrence. C'est aussi un instrument essentiel d'ouverture à la concurrence de marchés auparavant dominés par des monopoles. Cet article concerne spécifiquement les entreprises publiques, les entreprises auxquelles les États accordent des droits spéciaux et exclusifs, les entreprises chargées de services d'intérêt général et les monopoles fiscaux autorisés par la loi. En général, pour ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ont été conférés des droits spéciaux et exclusifs, les États membres ne peuvent pas adopter ou maintenir toute mesure contraire aux règles du Traité sur la concurrence et les échanges. L'article 86 mentionne spécialement les règles des articles 81 à 89 et de l'article 12 relatives à la concurrence et qui interdisent les discriminations fondées sur l'origine nationale. Il existe une exception à l'interdiction de l'article 86. Les mesures qui violeraient par ailleurs les règles du Traité sont néanmoins licites si l'application de ces règles faisait échec à l'accomplissement de la mission particulière d'intérêt économique général qui a été impartie à une entreprise, sous

réserve que le développement des échanges ne soit pas affecté « dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté » par la mission ainsi confiée à cette entreprise. Cette exemption a été interprétée de façon étroite, comme couvrant uniquement les activités ayant un rapport direct avec la mission légale principale et autorisée de l'entreprise, et seulement lorsqu'il y a un risque de conflit inhérent entre cette mission et les règles du Traité concernées. Il ne suffit pas que la mission soit économiquement importante. Les mesures des pouvoirs publics doivent avoir activement et délibérément confié la mission à l'entreprise.

La communication de 2001 de la Commission sur les services d'intérêt économique général donne quelques indications sur l'interprétation de l'article 86 voulue par la Commission. Les États sont libres de définir ce qui compte comme service d'intérêt économique général. Néanmoins, la Commission n'exige pas que la mission de service public soit clairement définie et confiée explicitement par un acte d'autorité publique. Il peut s'agir d'un contrat plutôt que d'une mesure législative. La désignation d'un service qui est de manière évidente d'intérêt général, peut être rejetée au motif d'erreur manifeste. Le droit communautaire est neutre sur la question de la propriété publique ou privée des entreprises qui fournissent ces services. La Commission s'assurera du respect de la proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle s'assurera que toute restriction éventuelle à la concurrence n'est pas plus importante que nécessaire pour garantir l'accomplissement effectif de la mission. Les principes de définition et de fourniture des services incluent un exposé clair des obligations fondamentales en termes de qualité, de santé, de sécurité, de transparence des tarifs et des fournisseurs, de choix de service (et, le cas échéant, du fournisseur) et de contrôle réglementaire indépendant de l'opérateur, permettant de recevoir les plaintes et d'y apporter des solutions. L'article 16 du Traité demande aux institutions communautaires et aux États membres de veiller à exploiter les services d'intérêt économique général sur la base de principes et selon des conditions qui leur permettent de remplir leurs missions. Cette disposition a été rajoutée par le Traité d'Amsterdam. Son contenu précis n'est pas tout à fait clair, car le texte précise que cette disposition est sans préjudice des articles 86 et 87. Cette précision est probablement un message destiné à la Commission pour que cette dernière soit plus prudente dans son traitement des services publics (Goyder, 2003). Quoi qu'il en soit, les récentes directives sur la libéralisation dans des secteurs tels l'électricité et le gaz viennent du Conseil.

Pour l'application de l'article 86, la Commission a le pouvoir de prendre des décisions et d'émettre des directives à l'intention des États membres. La première grande directive de réforme sectorielle, concernant le matériel de télécommunications, a été une initiative de la Commission, en réponse à la constatation d'abus très répandus. La CJ a confirmé que la Commission peut utiliser ce pouvoir plutôt que de faire légiférer le Conseil ou de prendre une mesure

d'application forcée à l'encontre des États membres. La directive amendée de la Commission définit certains éléments clés des droits spéciaux autorisés. Elle précise notamment que les critères d'octroi de droits limités ou d'avantages doivent être objectifs, proportionnels et non discriminatoires. Le cadre réglementaire le plus récent régissant les communications électroniques, applicable depuis juillet 2003, est fondé sur les principes du droit communautaire de la concurrence. Il n'impose une réglementation a priori que pour les entreprises ayant un pouvoir de marché important sur des marchés qui ne sont pas soumis à une concurrence effective. Ce cadre prévoit un retrait progressif de la réglementation à mesure que les marchés deviennent concurrentiels.

Le droit communautaire de la concurrence ne couvre pas le monde du travail. Le Traité, dans son article 39, aborde séparément le travail. Les employés ne sont pas une entreprise ; ils travaillent pour des entreprises. Les syndicats sont considérés comme des entreprises dans la mesure où ils se livrent à des activités commerciales, mais pas lorsqu'ils traitent de questions relevant du marché du travail. En général, les accords conclus de bonne foi sur des sujets essentiels relevant de la négociation collective, tels les salaires et les conditions de travail, et qui n'affectent pas directement des personnes ou des marchés tiers, ne relèvent pas du droit communautaire de la concurrence.

Les droits de propriété intellectuelle font l'objet d'une attention particulière dans le cadre du marché intérieur. Dans ce domaine, l'article 30 autorise les mesures restrictives aux importations et aux exportations, qui seraient sinon strictement interdites, à condition qu'elles se justifient par la protection de la propriété industrielle et commerciale. Ces parties du Traité s'adressent aux États membres. Elles sont invoquées dans les controverses relatives à l'étendue du contrôle autorisé sur les importations parallèles de produits de marque et brevetés. L'issue de ces controverses a d'importantes conséquences sur la concurrence dans les marchés européens, mais cela ne relève pas du droit de la concurrence et ne rentre donc pas dans les compétences de la DG Concurrence.

Aucun secteur d'activité n'est en fait exclu du droit communautaire de la concurrence. Lorsque la structure du Traité paraît exclure certains secteurs, notamment l'agriculture et les transports, cela a donné un régime sur mesure pour ces secteurs quant à l'application des règles, mais recourant essentiellement aux mêmes principes. La possibilité d'accorder des exemptions par catégorie pour ne pas appliquer les règles de la concurrence à des entreprises d'un secteur, a rarement été utilisée. L'emploi par le Traité du terme « exemption » prête d'ailleurs à confusion. Les non spécialistes comprennent parfois que lorsqu'une exemption par catégorie est accordée à un secteur, cela libère ce secteur de l'obligation de se conformer au droit communautaire de la concurrence. « Par principe, la Commission n'aime pas les

exemptions par catégories appliquées à un secteur, à moins que les caractéristiques de ce secteur ne soient tellement spéciales, et le pouvoir de pression de ses membres si fort, qu'une exemption par catégorie faite sur mesure est inévitable » (Goyder, 2003, p. 527). L'exemple type est celui du règlement d'exemption par catégorie appliqué au secteur automobile, dont la motivation de départ et les effets s'apparentaient plus à une exclusion qui ne s'expliquait pas tant par le solde coûts - bénéfices des effets sur le marché, que par l'influence politique des industries automobiles championnes nationales. Ce règlement a récemment été révisé et rendu plus restrictif dans ce secteur que ce n'est le cas pour l'exemption concernant les pratiques restrictives verticales en général. Il sera de nouveau révisé dans les cinq prochaines années. La Commission a fait une priorité des problèmes qui perdurent dans ce secteur.

**Agriculture** : les accords qui sont partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires pour atteindre les objectifs de la Politique agricole commune de la Communauté (PAC) sont exempts de l'interdiction de l'article 81, mais pas de l'article 82 ou du contrôle des concentrations. Ces exemptions résultent de l'article 36 du Traité, qui autorisait le Conseil à déterminer la mesure dans laquelle les règles de concurrence figurant dans le Traité s'appliquent à la production et au commerce des produits agricoles. Elles résultent aussi des règlements pris par le Conseil pour préciser la portée de l'exemption. L'exemption ne s'applique qu'à certains produits (spécifiés à l'annexe I du Traité). Les organisations nationales de marché ne sont pas exemptées s'il existe une organisation correspondante couvrant l'ensemble de la Communauté. La plupart des produits agricoles de base sont maintenant couverts par des organisations présentes dans toute la Communauté ; la première partie du règlement est donc moins importante. Les accords de coopératives ne peuvent inclure que les agriculteurs et leurs associations. Le fait d'inclure une installation de transformation, comme par exemple un abattoir, fait perdre la protection de l'exemption. Ces accords doivent être limités à un seul État membre. Ils ne peuvent pas imposer une obligation de pratiquer des prix identiques, exclure la concurrence ou mettre en péril les objectifs de la PAC. L'exemption relative à la PAC est soumise à des conditions ayant trait aux buts de la PAC. Plusieurs de ces buts, tels l'augmentation des revenus des agriculteurs, la stabilisation des marchés et la sécurité des approvisionnements, supposent que le secteur agricole soit protégé des forces du marché. On peut estimer que d'autres, comme l'amélioration de la productivité et l'assurance que les consommateurs ont accès à des approvisionnements à des prix raisonnables, ne sont pas incompatibles avec les objectifs de la politique de la concurrence. La Commission et les tribunaux présument en général que les objectifs de la PAC sont atteints par la création d'organisations communes de marché et sont donc plus sceptiques vis-à-vis des accords qui se situent en dehors et au-delà de ce cadre. Les

règlements qui instituent les organisations communes de marché peuvent introduire des variantes et couvrir des produits supplémentaires, mais ils suivent généralement la même démarche et peuvent empêcher explicitement de bénéficier de l'exemption relative à la fixation de prix caractérisée. De ce point de vue, la politique communautaire de la concurrence est gérée par la DG Concurrence, mais les questions concernant les aides d'État au secteur agricole relèvent de la direction générale de l'agriculture.

**Transports maritimes** : les règlements d'exemption par catégorie pris par le Conseil régissent l'application du droit communautaire de la concurrence aux conférences maritimes et au transport maritime de fret intracommunautaire. Parmi les justifications avancées pour ce traitement particulier, figurent notamment la stabilité des prix, la fiabilité et l'efficacité des services. Le règlement de base régissant les conférences maritimes date de 1986. Il autorise la coordination des horaires et les accords sur la fréquence des départs et des escales, la répartition de ces départs et escales entre les membres de la conférence, la régulation des capacités et la répartition des cargaisons. Les accords entre les conférences et les chargeurs sont autorisés, mais réglementés afin d'empêcher les discriminations qui ne sont pas justifiées du point de vue économique. Une autre série d'exemptions, dont la dernière a été publiée en 2005, autorise les accords sur des sujets « techniques », mais pas la fixation de prix. Comme les autres exemptions par catégorie et lignes directrices récentes, ces exemptions prévoient un seuil maximum de « sécurité » de 30 pour cent. Les règlements ne prévoient pas d'exemption globale. La Commission a intenté plusieurs actions en infraction à l'encontre de conférences maritimes, notamment à propos d'accords de services allant au-delà de ce qui est autorisé par l'exemption, tels les accords hors du domaine de la conférence ou portant sur les parties terrestres des services multimodaux. Le livre blanc publié par la Commission en 2004 étudie une proposition de retrait de l'exemption par catégorie actuellement en vigueur pour les conférences maritimes, qui serait remplacée par l'application des règles générales de concurrence, incluant même les navires de cabotage ou n'assurant pas de ligne régulière.

**Aviation** : le règlement d'application d'origine exemptait le transport aérien du contrôle du droit de la concurrence. Cela a changé en 1987, date à laquelle le Conseil a conféré à la Commission certains pouvoirs de régulation et d'octroi d'exemptions par catégorie pour le transport aérien dans la Communauté. Un nouveau règlement du Conseil de 2004 étend ce pouvoir. La Commission peut désormais appliquer également le droit de la concurrence relatif aux transports avec les pays tiers. Un règlement d'exemption datant de 1993 et qui permettait les accords IATA entre lignes aériennes, devait expirer en 2005. La DG Concurrence s'est penchée sur la question de savoir s'il fallait recommander de maintenir le règlement en y apportant des modifications, ou s'il fallait simplement le laisser

expirer étant donné que le secteur aérien depuis la libéralisation a évolué de telle sorte que les accords historiques ne revêtent plus une importance justifiant un traitement spécial.

## **5. Promotion et mise en forme de la politique de la concurrence**

La DG Concurrence assigne désormais une plus grande priorité à la promotion et à la protection de la concurrence. Pour ce faire, elle filtre par des critères d'analyse les propositions d'autres services de la Commission, elle analyse les problèmes du marché et prône des réformes des lois et des réglementations de la Commission et des États membres. Selon les termes de la dernière version de ses missions, « l'un des aspects principaux de la mission future de la DG Concurrence consiste à contribuer à la mise en forme des autres politiques de l'UE et de la réglementation nationale, afin de promouvoir un régime favorable à la concurrence ». Auparavant, le filtrage par critères d'analyse des propositions d'autres directions et des évolutions de la législation des États membres était souvent défensif. La DG Concurrence souhaiterait jouer un rôle plus actif de promotion dans le développement de la législation et dans l'orientation de la politique.

Les lignes directrices de la Commission concernant l'analyse d'impact des propositions, publiées en juin 2005 après un long processus de consultation, accordent une place de premier plan aux questions de concurrence. Les points qui figurent au Programme de travail de la Commission exigent une analyse d'impact formelle. Il s'agit notamment des propositions de règlement, des Livres Blancs, des programmes de dépense et des lignes directrices pour les accords internationaux. La Commission peut aussi décider qu'elle a besoin d'une analyse d'impact pour d'autres sujets. Une analyse d'impact n'est pas nécessaire pour les Livres Verts à l'origine des processus de consultation, pour les décisions et les rapports habituels, pour les propositions faisant suite à des obligations internationales ou pour des décisions mettant en œuvre les pouvoirs de la Commission au niveau de l'application du droit communautaire. Selon le processus prescrit, d'autres directions de la Commission seront alertées à un stade précoce. Normalement, un groupe pilote interservices sera créé pour suivre l'avancement de la proposition et de l'analyse. Au moment où le processus débouche sur une proposition d'action, le rapport d'analyse d'impact nécessaire fait l'objet d'une consultation interservices formelle avant la présentation de la proposition et de l'analyse d'impact au collège des Commissaires. Les lignes directrices 2005 relatives à la réalisation des analyses d'impact sont formulées, à titre d'exemple des étapes et des points à prendre en compte, sur la base d'une réforme hypothétique de la réglementation qui empêche la concurrence et l'entrée sur le marché européen du sucre. Les annexes aux lignes directrices comprennent une brève description des types de problèmes qui peuvent appeler une

solution. Après la liste des objectifs communautaires explicites, les « défaillances du marché » sont l'un des principaux points. Ces défaillances sont notamment les externalités, l'offre insuffisante de biens publics, l'absence de marché, l'information imparfaite et l'insuffisance de concurrence. Dans l'explication de l'expression « concurrence absente ou faible », une mise en garde est adressée contre une trop grande confiance dans la structure de marché qui est un signe de faible concurrence. On y souligne la nécessité de prendre en compte la performance réelle du marché et la probabilité d'accès, ainsi que le problème de la régulation des monopoles naturels.

Il reste à voir comment l'analyse d'impact se déroulera en pratique. Quelques éléments seulement de la longue liste de propositions et d'analyses d'impact exposées jusqu'à présent ont peut-être eu un effet significatif sur la concurrence. Certains des éléments qui semblent plus susceptibles d'avoir un impact sur le marché sont « réservés », pour la raison évidente qu'ils concernent des positions que la Communauté peut prendre dans les négociations commerciales. Chaque direction de la Commission a la charge de l'analyse d'impact de ses propres projets, y compris de l'évaluation de l'impact de ces projets sur la concurrence. Dans certains domaines, des projets de règlement sur d'autres sujets ont été bien conçus pour tirer parti de la concurrence et des incitations du marché, sans intervention ou conseil importants de la DG Concurrence. Par exemple, le marché des droits d'émission de dioxyde de carbone développé par la direction Environnement est un instrument réglementaire sophistiqué du point de vue économique. Néanmoins, pour aider les autres directions générales, la DG Concurrence a préparé un guide concis de filtrage de la concurrence par critères d'analyse. Ce guide a été mis sur le site Internet de la DG Concurrence sous le titre « Prôner la concurrence ». Il indique que les propositions qui sont le plus susceptibles d'avoir un impact sur la concurrence sont celles qui concernent la libéralisation, la politique industrielle et le marché intérieur, suivies de près par les propositions qui octroient des droits commerciaux exclusifs ou exemptent des activités des règles de la concurrence. Les règles sectorielles relatives à la politique environnementale, industrielle ou régionale, qui affectent l'activité économique et les règles générales qui affectent le comportement commercial peuvent aussi mériter une certaine attention. Le guide souligne que le filtrage par critère d'analyse afin de déterminer les restrictions à la concurrence et d'autres possibilités moins restrictives, peut contribuer à atteindre les objectifs voulus sans imposer à la concurrence des contraintes disproportionnées. Le guide donne ensuite des exemples d'applications possibles : exemptions des règles de la concurrence pour l'agriculture, entraves à la concurrence pour la gestion des déchets et l'accréditation, imposition de caractéristiques pour les produits, fixation de prix maximum ou de normes minimales, restrictions à la publicité, limitation de la distribution, élimination des incertitudes et promotion d'une transparence excessive dans les marchés publics, restrictions à l'accès aux ressources ou obligations de



licence ou de test pour les nouveaux produits sur les marchés concentrés, élaboration de règles qui avantagent de fait les acteurs déjà en place.

Il n'existe pas au sein de la DG Concurrence de service séparé en charge de la promotion et du filtrage de la concurrence par critère d'analyse. Au lieu de cela, les projets sont répartis entre les services en fonction des compétences dans le secteur ou de la question concernés. Le plan de gestion en cours fixe la production prévue de la DG Concurrence pour 2005 : un document de travail sur le secteur de l'eau pour la Commission, une proposition d'abolition du règlement par catégorie du Conseil sur la fixation des prix par les conférences maritimes, un règlement d'exemption par catégorie amendé portant sur les consortiums de transports maritimes, un rapport sur l'avancement de la réforme du règlement sur les services professionnels, des règles incorporant les principes de la concurrence dans les organisations agricoles du Marché Commun et une contribution à la directive sur la protection des cultures agricoles. Par ailleurs, les enquêtes sectorielles sur les services financiers et l'énergie peuvent déboucher sur des propositions de réforme de la réglementation. L'un des motifs annoncés de ces enquêtes est que la réglementation existante n'a pas réussi à déloger les acteurs en place de leurs positions protégées et à instituer un marché commun intégré.

L'expérience tirée de l'application des règles milite en faveur des conseils au niveau de la promotion de la concurrence et de l'agenda de la libéralisation. On peut citer un exemple majeur : la réforme des télécommunications qui dure depuis longtemps et qui a débuté il y a 20 ans par une action de la Commission pour infraction aux règles communautaires. Cela s'est poursuivi dans les secteurs de l'énergie et des transports, où les décisions de la Commission relatives aux concentrations et aux infractions complètent le développement des directives de réforme. Lorsque l'application des politiques communautaires dépend de l'action des gouvernements des États membres, le contrôle est plus difficile et plus délicat. Les États membres peuvent introduire des éléments qui affectent la concurrence sur le marché, peut-être de manière involontaire. Certains États membres, par exemple, ont appliqué la directive communautaire sur les stocks de sécurité de pétrole de telle manière que cela a empêché l'entrée de nouveaux acteurs dans la distribution.

Le projet récent de réforme le plus en vue concerne les services professionnels. Il s'agit principalement des avocats, notaires, comptables, architectes, ingénieurs et pharmaciens. La Commission a publié un rapport très complet en 2004 sur la concurrence dans les services professionnels. Parmi les problèmes relevés par le rapport, figurent les prix fixes et les prix recommandés, les réglementations limitant la publicité, les conditions d'accès et la structure des entreprises. Reconnaisant qu'une certaine réglementation se justifie pour protéger les consommateurs dans ces domaines, le rapport n'en appelle pas moins à des mécanismes plus favorables à la

concurrence. La Commission fait remarquer que les restrictions imposées par des organismes privés telles les associations professionnelles, peuvent constituer une infraction à l'article 81 du Traité (à moins que ces restrictions ne soient objectivement nécessaires pour garantir le bon exercice d'une profession telle qu'elle est organisée dans un État membre). Une réglementation d'un État qui fausse la concurrence est contraire aux obligations du Traité. Si un État membre délègue des pouvoirs à une entreprise privée sans garde-fous suffisants, cet État membre peut aussi engager sa responsabilité en cas d'infraction. Cependant, la Commission, bien qu'ayant ainsi réservé la possibilité d'une action pour faire respecter les règles, invite les États membres et les professions libérales à réviser et réformer la réglementation qui ne se justifie pas. La Commission a organisé une série de réunions bilatérales afin de permettre aux professions libérales et aux autorités nationales de régulation d'expliquer leur position, reconnaissant que le projet impliquera nécessairement les organismes professionnels nationaux, les autorités de régulation et de la concurrence, ainsi que les organisations de consommateurs. Les États membres ont également été encouragés à comparer leurs expériences. Un rapport de suivi, « Les services professionnels – poursuivre la réforme » a été publié le 5 septembre 2005. Il donne un aperçu des progrès accomplis par les États membres dans la révision et la suppression des restrictions réglementaires injustifiées. Il constate avec satisfaction les progrès réalisés dans certains États membres, mais juge que les réglementations qui restreignent sérieusement la concurrence restent trop fréquentes dans de nombreux pays. Le progrès est entravé par l'absence de soutien politique national pour la réforme et le manque d'appétence pour la réforme des professions libérales elles-mêmes. La Commission en appelle aux États membres afin qu'ils prennent des mesures résolues. Elle suggère que la modernisation des règles relatives aux professions libérales soit incorporée dans les programmes nationaux de réforme visant à mettre en œuvre le programme d'action de Lisbonne. Elle conclut en réitérant son engagement dans une réforme de grande ampleur et laisse la porte ouverte à une poursuite des mesures d'application.

## **6. Conclusions et possibilités d'action future**

La politique de la concurrence a joué un rôle central dans le développement de l'Union européenne et de ses institutions. Elle atteint un statut quasi-constitutionnel, fondé de manière originale sur l'application directe du droit communautaire aux acteurs économiques plutôt que sur un pouvoir administratif discrétionnaire ou sur des rapports de force politiques ou avec des groupes d'intérêts. La DG Concurrence, dotée de vastes compétences et de ce que certains observateurs ont décrit comme un engagement évangélique, et même moral, en faveur de l'idée du marché libre, ainsi que de son rôle constitutionnel, a été reconnue dans les années 90 comme une administration particulièrement efficace du système de l'UE (Wilks & McGowan, 1996) (Goyder, 2003). La compétitivité remplace l'intégration du marché en tant que

moteur de l'action, mais il est peu probable que la politique de la concurrence doive trouver un compromis politique avec la politique industrielle. Historiquement, la Commission s'est montrée pragmatique dans son analyse de la nécessité pour l'Europe d'être compétitive et elle a fait preuve d'une tolérance réaliste vis-à-vis des intérêts nationaux. L'efficacité au niveau de la production et le bien-être des consommateurs paraissent avoir une priorité égale en tant qu'objectifs de la politique de la concurrence telle qu'elle est reformulée et fondée plus explicitement sur des concepts économiques.

Les liens étroits entre la Commission et les tribunaux demeurent fondamentaux. Le soutien apporté très tôt par la CJ, soucieuse de l'intégration du marché et du renforcement des institutions de l'UE, avait favorisé une conception de la politique de la concurrence exprimée en termes de catégories juridiques. La Commission évoluant désormais vers un point de vue plus explicitement économique, elle va devoir trouver une nouvelle entente avec les tribunaux. Il va s'agir de savoir comment les tribunaux vont aborder cet angle économique et comment ils vont considérer les prétentions de la Commission à la compétence économique. L'analyse économique, présentée de manière convaincante et cohérente, peut remplacer la logique juridique en tant qu'ancrage face au danger d'une exploitation politique des résultats de la politique de la concurrence.

La mise en place du cadre de la concurrence et son application ambitieuse ont révélé certains problèmes auxquels la Commission s'est attaquée. Les réformes et les réalisations importantes depuis le milieu des années 90 ont notamment détourné l'attention des accords verticaux. Le programme de clémence a rendu plus difficiles les collusions occultes en matière d'accords horizontaux. Le système de notifications et de la lettre de confort qui pouvait s'y substituer, ont été remplacés. Le programme de libéralisation, qui a débuté dans les années 80 avec les télécommunications, a étendu la concurrence aux industries de réseau. Cependant, l'application du règlement sur les concentrations, portée par un excès de confiance, s'est embourbée dans des défauts d'analyse, de preuves et de procédure. La sanction de la Commission par le TPI en 2002, doutant que la Commission soit plus experte que le tribunal en matière économique, a entraîné une amélioration bienvenue des ressources économiques et d'importantes réformes dans le processus interne de contrôle de qualité de la Commission. Néanmoins, les réformes les plus importantes sont les projets à long terme de modernisation du contenu de la politique de la concurrence de l'UE qui en révèlent les motivations économiques, et la modernisation des moyens pour l'appliquer. Cela met fin au système d'autorisations bureaucratiques et étend la responsabilité de l'application à l'ensemble du réseau des autorités nationales chargées de la concurrence en Europe.

La modernisation des concepts fonde l'analyse de base sous sa forme administrative et en rend les fondements économiques plus explicites. Dans la nouvelle conception des lignes directrices et de la réglementation des exemptions par catégories, des questions tel le comportement anticoncurrentiel caractérisé sont nettement distinguées des autres et les classifications et les présomptions sont généralement déterminées par des seuils fondés sur la part de marché ou la dimension absolue des entreprises ou entités concernées. Il n'y a qu'une seule ligne directrice pour déterminer les marchés, au lieu d'une référence pour chaque application possible. Cette ligne directrice est toutefois souple. Elle permet des ajustements pour tenir compte de la possibilité qu'un marché fonctionne déjà, ou pas encore, de façon concurrentielle. La description uniformisée des accords restrictifs « caractérisés » vient également à l'appui d'une plus grande cohérence. La nouvelle approche conjugue la reconnaissance des distinctions juridiques théoriques et le simple bon sens au niveau de la mise en œuvre. Les lignes directrices concernant la coopération horizontale, par exemple, analysent dans le détail les distinctions logiques et les catégories juridiques, mais appliquent ensuite à toutes ces distinctions et catégories les mêmes seuils de parts de marché, ce qui revient à dire aux parties concernées qu'elles n'ont pas besoin de se préoccuper de formuler des demandes habilement rédigées en termes de catégorisation. Les seuils de part de marché s'appliquent principalement en cas de présomptions négatives et non pas positives. Ils sont donc logiquement prudents dans la définition des niveaux de sécurité qui permettent d'éviter les litiges et procurent une certaine sécurité au monde des affaires. Ce modèle désormais normatif est bien adapté à l'application à un processus administratif et bureaucratique dans lequel la précision et les subtilités de cas particuliers ne peuvent pas être traités de manière satisfaisante à un coût raisonnable et à l'aide d'un ensemble de règles formelles gérables. Les règles favorisent la clarté et la cohérence dans un cadre global, accessible et convaincant pour les entreprises qui y sont soumises, utilisable sans recourir nécessairement aux théorisations économiques de diplômés d'université. Cela ne veut pas dire pour autant que tout est exactement comme il doit être, mais plutôt qu'il y a peut-être encore place pour débattre de la question de savoir si toutes les pratiques analysées de façon apparemment concluantes comme étant des pratiques restrictives caractérisées, méritent vraiment cette qualification.

Le cadre modernisé de la politique de la concurrence remplace le légalisme juridique par des critères économiques fondés sur le pouvoir de marché et les pratiques coordonnées anticoncurrentielles. Il n'élimine pas pour autant tous les vestiges d'analyse formelle. La mise en œuvre de ce nouveau cadre peut toujours devoir faire appel à la catégorisation, par exemple s'agissant de déterminer les comportements « caractérisés » dont l'analyse ne dépend pas d'un filtre basé sur les parts de marché. Cette mise en œuvre ne sera pas toujours simple. Le traitement des

comportements anticoncurrentiels non caractérisés dépendra de la définition du marché, un exercice dont le résultat peut être incertain et qui peut mobiliser des ressources disproportionnées. La définition du marché est une affaire de fait comme de jugement, qui risque d'être faussée par une démarche anticipant le résultat escompté, ou simplement par une certaine naïveté. Les entreprises qui font une autoévaluation risquent de ne pas définir correctement leurs marchés, même si les lignes directrices donnent habituellement l'assurance que la Commission ne procédera à une action prospective que lorsqu'une entreprise s'est trompée de bonne foi dans sa définition d'un marché. À de nombreux égards, les communications et les lignes directrices de la Commission se réfèrent explicitement aux autorités judiciaires, mais d'autres aspects de ces communications et de ces lignes directrices peuvent s'expliquer par la plausibilité au niveau administratif ou peut-être par l'orientation que la Commission souhaite prendre à l'avenir. Dans la mesure où la modernisation de la politique de la concurrence revêt la forme de communications et de lignes directrices dépourvues de caractère absolument contraignant, le succès de cette modernisation dépend de la force de persuasion. L'autorité de ces communications et lignes directrices de la Commission dépend en dernier ressort de la manière dont les instances judiciaires européennes et nationales traiteront celles de ces communications et lignes directrices qui vont au-delà d'une simple reformulation des positions des instances judiciaires.

La modernisation de l'application des règles de la concurrence, en supprimant le processus de notification et d'approbation préalable des exemptions tout en partageant la responsabilité de la mise en œuvre des règles entre les autorités nationales, a entre autres objectifs de réorienter les ressources de telle sorte que la DG Concurrence puisse se concentrer sur des sujets et des investigations complexes, concernant l'ensemble de la Communauté. La répartition des compétences entre les institutions nationales dans le cadre de la modernisation est différente de la répartition habituellement pratiquée par la Communauté. Elle ne suit pas les prescriptions d'une directive de Bruxelles dont les mesures d'application incombent aux lois nationales. Il n'existe aucune directive au niveau de l'Union européenne exigeant des gouvernements nationaux qu'ils adoptent un droit positif particulier de la concurrence, et la modernisation des règles de concurrence ne passe pas obligatoirement par une harmonisation concrète. En fait, cette modernisation est fondée sur le fait que les droits nationaux de la concurrence ont évolué parallèlement au système communautaire, en sorte qu'au fil des années, la plupart des gouvernements nationaux (y compris les États membres en voie d'accession) ont adopté des règles de droit positif généralement en phase avec les règles de l'Union européenne, sans que cela leur ait été demandé.

Il reste à voir quel sera l'effet net de la décentralisation. Le règlement mettant en place le système modernisé d'application coordonnée sacrifie une partie du

monopole de la Commission tout en confirmant et en étendant les solutions et les pouvoirs d'enquête disponibles pour l'application du droit communautaire de la concurrence. Le système est fondé sur le fait que l'on table sur une cohérence atteinte par l'application de principes juridiques communs, sous le contrôle de la CJ. Jusqu'à présent, le REC fonctionne par consensus. Toutefois, en fonction de l'évolution, des pressions pourraient s'exercer sur ce réseau dans le sens d'une exigence de plus grande transparence et d'obligation renforcée de rendre compte, de davantage de formalisme centralisateur au sein du réseau, ou de décentralisation des pouvoirs vers les autorités nationales (Wilks, 2005). Les autorités de la concurrence en Europe ont des capacités, et peut-être des priorités, différentes. Certaines autorités nationales vont avoir tendance à soumettre des cas à la DG Concurrence alors que d'autres prendront davantage d'initiatives personnelles. Les autorités se distingueront inévitablement au niveau de leurs ressources techniques, économiques et juridiques, ainsi que dans leur degré d'indépendance réelle vis-à-vis d'autres intérêts politiques. On peut s'attendre à des réactions stratégiques des plaignants et des défenseurs. Bien entendu, la stratégie de recherche du système judiciaire le plus favorable est en elle-même une sorte de « test de marché » de la qualité des règles et des mesures d'application. Cependant, la disposition de la réglementation selon laquelle la Commission peut se saisir d'une affaire devrait être un remède suffisant à une faiblesse du réseau, à moins que la Commission elle-même ne soit le maillon faible.

Le partage des responsabilités va ouvrir de nouvelles perspectives et dégager des ressources supplémentaires. L'harmonisation substantielle dans l'ensemble de l'Europe aura pour effet, dans la majorité des cas, de rendre moins cruciale la nécessité de déterminer un effet suffisant sur les échanges pour établir la compétence du droit communautaire. Les mêmes principes seront appliqués, notamment pour les pratiques restrictives et les concentrations, qu'il s'agisse d'une affaire traitée par la DG Concurrence ou par une autorité nationale, et que l'affaire soit analysée sous l'angle du droit communautaire ou d'un droit national. Le règlement prend en compte une certaine différence dans la manière dont les droits nationaux traitent les pratiques unilatérales des entreprises dominantes. Des différences subsistent pour ce qui concerne les procédures et les ressources. Il peut aussi y avoir des différences entre autorités nationales au niveau de leurs capacités et de leur volonté d'agir, notamment pour des secteurs sensibles. Les projets de libéralisation ont montré l'importance d'un organe de niveau « fédéral » chargé de l'application des règles et en mesure de s'affronter à des monopoles nationaux bien enracinés. Le scénario opposé est également concevable. Les désaccords entre les commissaires européens au sujet de l'action de la Commission peuvent les empêcher de décider clairement s'il faut prendre des mesures à propos d'une affaire ou d'un secteur. Une autorité nationale intéressée peut alors intervenir et appliquer le droit

communautaire. La Commission pourrait ensuite reprendre le dossier pour défendre ses prérogatives, mais l'initiative de l'autorité nationale aura au moins débloqué l'impasse qui était apparue au niveau de la décision.<sup>39</sup>

Dans son ensemble, la procédure de mise en oeuvre de la Commission, bien qu'efficace, présente des faiblesses intrinsèques. La combinaison au sein d'une unique institution des fonctions d'enquête et de prise de décision peut permettre de réaliser des économies mais aussi de calmer les critiques en interne. Le risque d'un pouvoir d'appréciation sans restrictions peut conduire les tribunaux à faire preuve de scepticisme envers les décisions de la Commission. Les annulations du Tribunal de première instance en 2002 ont mis en évidence la nécessité de réformes, et la Commission a pris plusieurs mesures afin de répondre aux préoccupations de longue date exprimées quant à ses contrôles de qualité internes. La multiplication du nombre de réunions bilan et des possibilités d'exposer aux parties le point de vue des services, tout en le soumettant à un examen critique, est une initiative raisonnable. La perspective de l'exercice par le Tribunal de première instance (TPI) d'un contrôle étroit constitue un changement culturel au sein de la DG Concurrence. Les mesures prises suite aux revers subis, ainsi qu'à la création du poste d'économiste en chef pour la concurrence et au renforcement du rôle des conseillers auditeurs, ont eu pour effet de faire prendre conscience aux équipes chargées de l'étude des dossiers du fait qu'elles devaient rassembler des éléments de preuve plus nombreux et plus probants.

Ces réformes venaient d'être mises en place au moment de la publication de l'*Étude économique annuelle* 2003 de l'OCDE qui incluait un chapitre spécial consacré à la concurrence dans les marchés de produits. (OCDE, 2003) L'*Étude* notait le problème soulevé par le manque de contrepois dès lors que les pouvoirs d'initiative et de prise de décision sont combinés, et recommandait d'évaluer si la mise en place de groupes d'évaluation collégiale et d'autres mesures renforçaient l'efficacité du processus de prise de décision. Une meilleure résistance des décisions de la Commission au scepticisme juridique des tribunaux serait le signe le plus significatif d'un renforcement de cette efficacité. Peu d'affaires examinées par le biais des nouvelles procédures internes ont été menées à terme, de sorte qu'il pourrait être trop tôt pour émettre un avis. Cependant, certains dossiers qui ont été soumis à la procédure interne ont été abandonnés, voire révisés, et n'ont donc jamais été portés devant le tribunal. De ce point de vue, les contrôles internes remplissent leur mission.

Les contrôles améliorent la qualité mais peuvent augmenter les coûts. La Commission continue de rechercher le juste équilibre entre le temps et les ressources nécessaires pour monter un dossier et le temps et les ressources consacrés à son

exposé et sa défense en interne. Cette souplesse peut constituer un avantage propre à un système unifié. Certains aspects du système de contrôle de la qualité conservent leur caractère ponctuel. Les affaires ne sont pas toutes soumises à un groupe d'évaluation collégiale ou à l'attention de l'économiste en chef pour la concurrence. Pour le moment, il est opportun de prendre ces décisions au cas par cas, en partie car les ressources disponibles sont insuffisantes pour accorder une telle attention à chaque affaire. Toutefois, à mesure de l'évolution de la répartition des affaires entre les autorités, il se peut que les dossiers de la DG Concurrence finissent par être constitués en majorité des affaires les plus complexes et les plus sujettes à controverse qui requièrent en particulier une analyse en profondeur et un examen critique. Dès lors, ces mesures internes pourraient être attendues *de facto* et ne plus revêtir un caractère exceptionnel.

Une séparation claire des fonctions d'enquête et de prise de décision peut s'avérer inévitable pour garantir la confiance des institutions juridiques en la qualité des décisions de la Commission. Une solution pour assurer une plus grande transparence de la séparation de ces fonctions au sein de la procédure de la Commission pourrait consister à confier un rôle d'évaluation plus formel aux conseillers auditeurs. À l'heure actuelle, ces hauts fonctionnaires se préoccupent essentiellement de garantir l'équité de la procédure, plutôt que d'apprécier son bien-fondé. Néanmoins, s'ils ont une opinion quant au fond, la procédure fournit déjà une possibilité pour l'exprimer. Cependant, la création d'une telle fonction, qui n'irait pas jusqu'à une procédure administrative totalement conduite en interne et à la prise d'une décision initiale, processus qui ne ferait qu'allonger les délais, constituerait un défi.

Au sein de la structure institutionnelle de la Communauté, la Commission joue, par son indépendance d'action, un rôle clé en tant qu'institution chargée d'agir dans l'intérêt de la Communauté toute entière. Le Conseil et le Parlement, en revanche, sont des organes politiques qui doivent tenir compte des préoccupations nationales et d'autres intérêts. Depuis longtemps, la force de la Commission réside dans son impartialité apparente au regard des rivalités nationales. Au milieu des années 90, les observateurs ont néanmoins noté avec inquiétude que les Commissaires pourraient être enclins à privilégier inconsciemment, voire ouvertement, leurs politiques et leurs intérêts. (Wilks & McGowan, 1996) Aucune autre juridiction au sein de l'OCDE ne confie, à un organe tel que la Commission, la responsabilité de la prise de décision dans des affaires liées à la mise en œuvre du droit de la concurrence. Composée de 25 membres, cette dernière est trop large pour pouvoir examiner des affaires principalement factuelles et statuer sur ces dernières.<sup>40</sup> De façon réaliste, la Commission s'en remet de plus en plus au commissaire chargé de la concurrence, en exerçant un contrôle de haut niveau sur les initiatives lancées par



ce dernier. Il peut avoir consulté le service juridique, le conseiller auditeur, le groupe d'évaluation collégiale et l'économiste en chef, et des avis du comité consultatif ou d'autres services de la Commission peuvent avoir été soumis à la Commission. Cependant, lorsque cette dernière statue sur une affaire, elle n'a en règle générale pas directement instruit le dossier. Aucun commissaire, ni même celui chargé de la concurrence, n'aura assisté aux débats. Tout se fonde sur les informations communiquées par les services d'enquête, et il n'existe aucune règle *ex parte* ou autre type de contrôle applicable aux contacts entre les enquêteurs et les commissaires statuant sur le dossier. Il n'y a pas d'arbitre (*adjudicator*) qui soit totalement indépendant de la fonction d'enquête.

Aussi n'est-il pas surprenant que les juridictions s'orientent vers des missions de première instance. Depuis la création du Tribunal de première instance, les juridictions n'ont pas accordé une grande marge de manœuvre à la Commission s'agissant des questions ayant trait à la preuve. Les possibilités de réexamen judiciaire et d'annulation compensent les insuffisances du processus de prise de décision de la Commission au regard des principes d'impartialité et d'indépendance inscrits dans le droit européen des droits de l'homme. Cependant, le système juridictionnel actuel serait mis à rude épreuve si de véritables prérogatives de décision de première instance lui étaient conférées. Les tribunaux ont certes été à la hauteur de la situation le moment venu : en 1975, dans l'affaire des entreprises sucrières, la CJE a produit un jugement de 200 pages (près de 500 pages dans le CMLR) dans le cadre de l'examen de plaintes concernant des marchés individuels et des phénomènes d'interaction entre les politiques menées en matière de concurrence et d'agriculture ; l'intégralité du jugement TPI dans les affaires liées au cartel du ciment en 2000 couvre près de 1200 pages. Le TPI a été créé pour accroître la capacité du pouvoir judiciaire d'examiner des affaires principalement factuelles. La procédure accélérée a permis de concrétiser cette possibilité même pour des affaires présentant une urgence particulière comme les fusions.<sup>41</sup> Le champ du réexamen et, de ce fait, le rôle des juridictions se développent. Les questions récurrentes soulevées dans les affaires de concurrence, comme la définition du marché et l'évaluation des effets nets des accords et des transactions montrent qu'il n'est pas toujours facile de fixer la limite entre les éléments de fait et les moyens de preuve passibles de réexamen judiciaire et les questions impliquant une analyse économique complexe qui devraient en principe être confiées à l'expertise de la Commission.

Si une juridiction distincte assumait plus de responsabilités en matière d'établissement de précédents et de prise de décisions, elle jouerait probablement aussi un rôle plus important dans la définition de la politique à mener. Étant donné que la politique communautaire de la concurrence, initialement axée sur une intégration des marchés reposant sur le droit, s'oriente à présent vers une approche plus économique, les tribunaux pourraient être amenés à fournir une interprétation

plus cohérente des objectifs fixés en matière de politique et de concurrence. (Gerber, 1998) Un tribunal spécialisé dans les questions de concurrence pourrait peut-être remplir ce rôle. Les modifications apportées au statut du TPI par le traité de Nice ont montré la voie à suivre en lui conférant son propre domaine de compétence et en l'autorisant à s'adjoindre des chambres juridictionnelles pour connaître des affaires en première instance, les décisions rendues pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant le TPI. Bien que ces modifications aient été introduites afin de recueillir les recours formés par les fonctionnaires des Communautés européennes, elles pourraient préfigurer la création d'un tribunal de la concurrence distinct en tant qu'organe de décision de première instance.<sup>42</sup> (Goyder, 2003) Mais il serait prématuré à ce stade de créer un nouveau « tribunal des ententes ». Il affaiblirait le rôle que jouent la Commission et le Conseil dans la définition de l'orientation des actions à mener et encouragerait la DG Concurrence à agir davantage comme un procureur qu'un organe de décision. À moins de revoir la fonction essentielle assurée par les tribunaux dans le processus, ces derniers pourraient être dotés de pouvoirs plus larges pour examiner les décisions de la Commission sur la base de recours plutôt que dans le cadre du réexamen judiciaire. Les juridictions européennes procèdent actuellement au réexamen des décisions de la Commission au regard d'irrégularités décelées aux plans du droit et de la procédure. Elles n'exercent pleinement un contrôle que sur les sanctions imposées. Si le tribunal rejette le constat d'infraction de la Commission, il peut uniquement annuler la décision et renvoyer l'affaire à la Commission afin qu'elle poursuive la procédure. Une autre solution consisterait à autoriser l'introduction d'un recours complet qui aboutirait à un jugement définitif du tribunal.

Il semble que les ressources soient suffisantes pour que la DG Concurrence se charge des affaires communautaires, ainsi que de la définition et de la coordination des politiques. Les insuffisances constatées dans les années 90 ont manifestement été corrigées. (Wilks & McGowan, 1996) En effet, maintenant que les autorités nationales de la concurrence appliquent le droit communautaire, les ressources publiques affectées à la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence au sein de l'EEE sont sensiblement plus importantes qu'aux États-Unis. Cependant, l'Europe ne dispose pas encore, dans le secteur privé, d'une réserve aussi importante d'économistes et de juristes se consacrant au soutien et à la défense des actions privées intentées en matière d'ententes et d'abus de position dominante.

L'*Étude* de 2003 engageait la Commission à tenir compte des pertes de bien-être économique dans le cadre de l'établissement des priorités. Depuis longtemps, la Commission détermine ses priorités générales sur la base d'une interprétation des effets économiques nets susceptibles de résulter d'une intervention visant à faire appliquer les règles de concurrence. Par exemple, au cours de la dernière décennie,

une décision relative à l'impact économique net a motivé une réorientation des ressources et de l'attention des restrictions verticales vers les ententes horizontales. Cependant, à l'échelle plus réduite de la sélection de cas particuliers, il n'est pas toujours possible de se fonder sur des suppositions quant à l'importance des pertes de bien-être. La haute priorité accordée aux affaires ayant trait aux ententes injustifiables s'appuie sur des considérations de dissuasion générale plutôt que de prévision de l'effet produit par le démantèlement d'une entente particulière. Dans les cas non liés à des ententes injustifiables, il se peut que l'effet net ne soit pas particulièrement évident dès le départ. La DG Concurrence s'efforce malgré tout d'améliorer les instruments auxquels elle recourt pour établir ses priorités en matière d'application. Le rapport annuel 2004 de la DG Concurrence préconisait de renforcer le caractère dynamique du processus de prise de décision afin de remédier aux défaillances du marché à l'appui du programme mis en œuvre dans le domaine de la compétitivité, tout en prévoyant des mesures d'application au niveau le plus approprié dans l'UE élargie. (CE DG Concurrence, 2004) L'avantage comparatif dont jouissent les 26 différentes autorités revêt désormais une importance considérable. Il va sans dire que la Commission devrait prendre l'initiative sur les questions ayant une dimension internationale ou communautaire, ou lorsque le facteur essentiel est un programme réglementaire communautaire comme une infrastructure de réseau. Face à ces priorités, une réorientation des ressources se dessine d'ores et déjà. Au cours de l'année dernière, la DG Concurrence a multiplié par deux les ressources qu'elle consacre à la lutte contre les ententes, entraînant aussi un doublement des mesures d'exécution prises dans le domaine de l'application de la législation contre ces ententes (évaluées en fonction du nombre de communications de griefs adressées).

La mise en place d'une direction spécialisée dans le domaine des ententes a été annoncé comme une innovation ; cependant, en 1998 tout d'abord, puis en 2002, la DG Concurrence avait déjà annoncé la formation de nouvelles unités spéciales chargées des ententes. Que cette direction soit, ou non, une véritable nouveauté, elle est nécessaire et est la bienvenue. La direction spécialisée chargée des concentrations a été dissoute puisque les opérations de concentration ne présentent plus de nouveauté au plan de la procédure ou du droit ; une direction spécialisée dans le domaine des ententes est en revanche indispensable car la nouvelle structure chargée de la mise en œuvre de la réglementation pose des problèmes inédits et délicats aux plans juridique et pratique, notamment s'agissant des aspects liés à la compétence, la clémence et aux pouvoirs d'enquête. Les affaires se multiplient et les parties mises en cause risquent d'invoquer des moyens de défense plus puissants. Les compétences particulières de la direction chargée des ententes s'exercent sur des questions susceptibles de soulever des problèmes particulièrement délicats devant les tribunaux, dans le cadre de la procédure d'enquête et en ce qui concerne la

qualité des éléments de preuve. Étant donné que les amendes atteignent à présent des niveaux qui incitent les entreprises à contester leur responsabilité, ainsi que le montant de l'amende infligée, la qualité des preuves n'en deviendra que plus importante. Les aveux et les témoignages directs apportés dans le cadre du programme de clémence se sont avérés extrêmement utiles. Cependant, la DG Concurrence ne souhaite pas s'appuyer exagérément sur ce dernier, peut-être par crainte d'actions en justice sur des questions ne présentant qu'un rapport indirect avec l'affaire ou de rejet par les tribunaux de preuves obtenues dans le cadre du programme de clémence. Aussi la DG Concurrence recherche-t-elle des indices économiques révélateurs d'une collusion horizontale qui permettraient d'identifier les éléments devant faire l'objet d'une enquête complémentaire. Reste à savoir si les données et l'analyse économiques suffiront à convaincre les tribunaux d'autoriser le recours à des techniques d'investigation contraignantes. Jusqu'à présent, en l'absence de preuves plus directes, il ne semble pas que la DG Concurrence envisage de se fonder sur une analyse de ce type pour convaincre les tribunaux du bien-fondé d'une décision ou de la prise de sanctions appropriées.

Une nouvelle communication et des orientations sur les sanctions et les mesures correctives applicables sont en préparation. Les principaux points abordés devraient concerner les amendes contre les ententes et le programme de clémence. L'*Étude* de 2003 recommandait d'apprécier l'effet dissuasif des sanctions, sous-entendant que les amendes infligées n'étaient pas suffisamment élevées. D'une manière générale, les sanctions appliquées aux ententes horizontales au sein de la Communauté sont équivalentes à celles imposées dans d'autres pays, les sanctions infligées dans le cas d'abus de position dominante semblant même plus sévères. De récentes études montrent cependant que depuis toujours, les surcoûts imposés par les ententes se sont même avérés supérieurs aux estimations des autorités chargées de l'application des règles, ces surcoûts atteignant en moyenne plus de 30 pour cent dans les affaires communautaires et dépassant largement 40 pour cent dans le cas d'ententes internationales. (Connor, 2004) Il se peut que les sanctions infligées dans les pays soient encore trop faibles pour constituer une dissuasion efficace. La procédure d'élaboration d'une nouvelle communication offre la possibilité d'apprécier l'efficacité du niveau des sanctions imposées par la Communauté. La communication pourrait aussi jeter les bases de l'exercice de nouvelles prérogatives en matière d'allégement structurel et de cession d'actifs. D'autres améliorations concernant les mesures correctives applicables incluent la définition d'une base juridique claire pour les mesures à caractère provisoire et les engagements obligatoires et le pouvoir de retirer le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. La disposition relative aux engagements obligatoires est extrêmement utile bien que l'alinéa du préambule stipulant qu'ils ne seront pas acceptés dès lors que la Commission aura commencé par réclamer des sanctions financières soit

curieux. Il implique en effet qu'à compter du moment où la Commission demandera l'imposition d'une amende, la partie mise en cause sera tenue de payer cette dernière ou de poursuivre la Commission en justice sans qu'il soit possible de parvenir à une solution de compromis sur les engagements avant que le tribunal statue. Il se peut que cette restriction imposée à la capacité de négociation de la Commission ait été involontaire.

Les débuts du réseau informel des autorités chargées de l'application de la législation semblent prometteurs. Le fait qu'une nouvelle structure informelle soit créée au sein du réseau européen de la concurrence (REC) au lieu de s'appuyer sur le Comité consultatif qui existe déjà envoie un signal intéressant. La distinction opérée vise semble-t-il à maintenir le caractère informel du REC et à éviter, ou du moins à retarder, la mise en place d'un processus formel d'engagements et d'attentes obligatoires. Le fait que le REC n'ait aucun statut juridique soulève des questions quant à son obligation de rendre compte, et son fonctionnement a suscité des inquiétudes en matière de transparence. (Wilks, 2005) L'expérience montrera s'il est nécessaire ou prudent de rendre le système plus formel. À ce stade, une structure à caractère informel, guidée par le consensus, constitue un cadre propice pour des échanges d'information sur les différents moyens d'action dont disposent les 26 autorités.

Des lignes directrices sont à l'étude en matière d'abus de position dominante aux termes de l'article 82, visant à développer une approche cohérente avec la modernisation des règles d'application de l'article 81, devraient prochainement être publiées. Ces orientations pourraient ainsi examiner des aspects s'apparentant aux allégations de gains d'efficacité aux termes de l'article 81(3). Puisque l'article 82 ne prévoit pas d'évaluer le comportement prohibé au regard d'autres éléments d'appréciation, outre le principe de la « justification objective », l'argument avancé devrait être qu'en présence d'une efficacité démontrée, le comportement n'équivaut pas à un abus de position dominante. La pratique aux termes de l'article 81 fournit une référence dans la mesure où les jugements des tribunaux méconnaissent parfois les subtilités qui déterminent si un élément relève de l'exception prévue par l'article 81(3) ou de l'interdiction prévue par l'article 81(1). Selon toute probabilité, ces lignes directrices traiteront essentiellement des entraves abusives. Une clarification de la politique suivie en matière d'exploitation abusive serait souhaitable. L'absence d'affaires mettant en cause l'exploitation abusive semble indiquer que la Commission répugne à contrôler le niveau des prix au même titre qu'un organisme de réglementation des services publics. Cependant, la Commission n'a pas renoncé à la prérogative que les tribunaux lui ont reconnue même s'ils n'ont jamais permis à cette dernière de l'exercer. S'appuyer sur des orientations non contraignantes pour convaincre les tribunaux de moderniser leur approche de l'article 82 présente un défi. Le manque de clarté s'agissant de la question de savoir si le fondement de la

législation vise à préserver les positions de marché ou à améliorer les résultats économiques peut en effet être imputé en grande partie à des jugements initialement pris par la CJÉ, qui font encore autorité.

Une procédure et des délais clairs ont constitué un point fort du système communautaire de contrôle des concentrations, et les récentes réformes de ces aspects constituent des améliorations supplémentaires. Les évolutions les plus importantes concernent la possibilité d'allonger les délais afin d'examiner des mesures correctives et le dispositif destiné à notifier un accord non contraignant. Les modifications introduites visent aussi à réduire les sources de complication des procédures et l'incertitude quant à la répartition des compétences entre la Commission et les autorités nationales. Une autorité nationale n'est plus tenue de faire la preuve sa prédominance sur son marché, préalablement à sa saisine par la Commission, et les entreprises qui fusionnent peuvent prendre l'initiative de proposer la juridiction compétente. Après quinze années de pratique du contrôle communautaire des concentrations, les expérimentations et les usages ont conduit à l'élaboration de « meilleures pratiques » efficaces, faisant désormais l'objet de nombreuses orientations non contraignantes. L'établissement, avec la DG Concurrence, de contacts informels préalables à la notification est notamment fortement encouragé. Dans d'autres juridictions, un recours excessif aux contacts préalables à la notification et la conduite de négociations en dehors du cadre établi des dispositions en matière de contrôle des concentrations ont été attaqués pour leur manque de transparence. Dans le contexte communautaire, cependant, cet aspect ne risque guère de susciter de problème puisqu'il existe une possibilité réaliste de procéder, en temps utile, à un réexamen judiciaire pour remédier à tout abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité chargée de l'application de la législation.

Les règles concernant les aides accordées par les États sont un autre domaine qu'il convient de refondre et de moderniser. D'une manière générale, l'*Étude* de 2003 préconisait une réduction des aides publiques. Elle prenait acte du fait qu'en 2002, le Conseil européen avait déjà adopté une politique d'aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées pour remédier aux véritables défaillances du marché. La Commission s'oriente vers la mise en œuvre de cette approche, et la révision des règles concernant les aides publiques, lancée en 2005, contribue à atteindre cet objectif. Le commissaire à la concurrence a reconnu que le contrôle des aides d'État est essentiel pour améliorer la concurrence, car une aide dispensée de manière inappropriée anesthésie le marché et l'empêche de réaliser des gains d'efficacité. (Kroes, 2005) Il s'agit d'un sujet trop technique et trop vaste pour qu'il puisse être traité de manière approfondie dans le présent document. Les sources de controverse sont évidentes dans la mesure où les principes de concurrence se heurtent aux politiques industrielles ou d'une autre nature. S'agissant de la question générale, mais essentielle, de la façon dont les règles concernant les aides publiques se

rattachent aux règles du Traité concernant les services publics, l'arrêt *Altmark*, récemment rendu par la Cour de justice, a établi un cadre de référence utile et pratique auquel la Commission a souscrit. Certaines questions restent toutefois en suspens. L'arrêt ne statue pas sur la question de savoir si la couverture des coûts qui n'est pas assimilée à une aide englobe l'offre de toute prestation perçue dans le cadre de la fourniture de services publics. Il n'indique pas non plus le montant des gains qui serait considéré comme raisonnable ni comment établir un point de référence lorsqu'il n'existe pas d'entreprise représentative comparable dans le secteur privé. (Louis, 2004)

Le programme de libéralisation, qui est au cœur de la mission de la DG Concurrence depuis 1986, n'est pas achevé, mais la stratégie à suivre a été établie. Les principes de séparation des fonctions de régulation de la concurrence et des monopoles et la promotion de l'établissement de marchés transnationaux ont été compris de longue date, du moins au niveau communautaire. L'*Étude économique* de 2003 préconisait une accélération de la libéralisation des industries de réseau, en particulier celles qui accusent un retard. Cependant dans les secteurs où les changements se sont avérés particulièrement difficiles, notamment ceux des chemins de fer et des services postaux, la poursuite des réformes dépend de la stratégie qui sera mise en œuvre par la Communauté, au stade de la prise des décisions politiques, pour venir à bout des mesures de protection prises par les opérateurs historiques nationaux. L'*Étude* recommandait aussi de préciser et de limiter les compétences et les pouvoirs des autorités de régulation sectorielles qui empiètent sur la politique de la concurrence, afin de s'assurer qu'elles ne protègent pas leurs marchés nationaux de manière exagérée. Il n'est toutefois pas évident de déterminer quelles autres mesures doivent être prises pour faire en sorte que la politique européenne de la concurrence prime sur des réglementations nationales divergentes, sous réserve des principes généraux énoncés à l'article 86 et des directives communautaires applicables.

Aucun secteur n'est totalement exclu du droit communautaire de la concurrence bien qu'un traitement particulier soit réservé à certains aspects de l'agriculture et des transports, en particulier le transport océanique. Il s'agit de secteurs qui bénéficient généralement d'un régime spécial dans les pays situés hors de la Communauté. Une attention particulière est préconisée en vue de garantir une cohérence dans la fourniture des aides publiques à certains secteurs et l'application d'autres règles de concurrence générales. La DG Concurrence a fait preuve de vigilance en encourageant les réformes et la suppression de certains règlements d'exemption par catégorie. D'une manière plus générale, la Commission a adopté une nouvelle procédure d'évaluation de l'impact des réglementations proposées, et la DG Concurrence s'est engagée à prendre une part plus active dans cette évaluation afin de prévenir ou de corriger toute initiative réglementaire au niveau communautaire

qui serait susceptible d'entraver la concurrence. Reste à savoir dans quelle mesure les autres services de la Commission sont résolus à engager une réforme de leurs programmes réglementaires visant à renforcer la concurrence.

La réglementation au plan national des professions libérales est l'un des principaux secteurs qui nécessite des efforts de sensibilisation et appelle une réforme. La Commission a adopté à cet égard une approche nuancée, en prise avec la réalité et englobant tous les aspects de la question. La DG Concurrence a proposé la réalisation d'une étude approfondie et d'un rapport qui serviront de point de départ pour l'adoption de mesures ultérieures. Cette initiative a suscité un mélange de reproches et d'encouragements, car l'on cherchait à adopter une position commune sur la réforme, tout en mettant de côté des ressources aux fins des mesures d'application. L'*Étude* de 2003 recommandait de renforcer l'action engagée pour mettre en œuvre un marché unique des services. Le projet concernant les professions libérales montre de quelle manière la DG Concurrence contribue à la réalisation de cet objectif, dont le succès dépend en dernier ressort des mesures prises au plan national.

En 2005, la DG Concurrence a procédé à des enquêtes sectorielles dans les secteurs des services financiers et de l'énergie afin de déterminer si des contraintes privées ou des réglementations publiques portaient atteinte à la concurrence. Ces actions s'inscrivent dans le droit fil de la décision du commissaire de recourir à la politique de la concurrence pour renforcer la compétitivité. (Elles montrent aussi de quelle manière la DG Concurrence encourage les autorités de la concurrence à jouer un plus grand rôle dans la mise en place d'un marché commun des services financiers, comme le préconisait l'*Étude* en 2003.) Ces enquêtes constituent une application opportune du pouvoir, peu utilisé par le passé, de la Commission d'enquêter dans les secteurs où la concurrence semble susciter des problèmes même si aucune infraction particulière n'est présumée.<sup>43</sup> Les secteurs des services financiers et de l'énergie ont été sélectionnés car une efficacité accrue dans la fourniture de ces derniers aurait des effets multiplicateurs sur la compétitivité. De plus, ils offrent des possibilités de démontrer comment la concurrence pourrait encourager l'innovation et réduire le prix des services directement fournis aux consommateurs.

## **6.1 Options à envisager**

### **6.1.1 Clarifier les liens existant entre les programmes de clémence de l'UE et des organismes nationaux chargés de l'application de la législation.**

Les entreprises susceptibles de faire l'objet d'enquêtes ou de voir leur responsabilité engagée dans plusieurs juridictions ont soulevé un certain nombre de



questions, incertaines de la manière dont une offre de clémence ou un engagement à cet égard dans une juridiction pourrait affecter leurs droits et les risques encourus dans d'autres. Il n'existe pas de point de contact unique, si bien que les entreprises doivent faire de multiples demandes. Huit États membres ne disposent pas de programme de clémence (bien que 4 d'entre eux l'envisagent), de sorte que les entreprises sont susceptibles d'être poursuivies dans ces États bien qu'elles aient bénéficié de mesures de clémence ailleurs. Les modalités des programmes diffèrent également. Certains d'entre eux couvrent les accords verticaux, d'autres pas. Le programme lancé par la Commission permet désormais de faire preuve de clémence envers les instigateurs de l'entente, alors que d'autres programmes s'en tiennent à l'approche initialement adoptée. Les parties qui ne se manifestent pas en premier auprès des autorités obtiennent différents accords selon les pays. Dans le cadre de certains programmes, le demandeur peut rester membre de l'entente si le fait de la quitter est susceptible d'avertir les autres membres, mais la Commission réproouve cette pratique. Certains programmes exigent plus de preuves que d'autres pour faire bénéficier une entreprise du statut de première partie à s'être manifestée, contraignant ainsi les entreprises à opérer un choix entre rapidité et exhaustivité. Des programmes accepteront des déclarations orales, préférées par les entreprises afin d'éviter toute publicité aux États-Unis, alors que d'autres les refuseront. Cependant, malgré ces différences, aucun cas de désaccord majeur n'a été signalé à ce jour.

Le risque qu'une entreprise sollicitant l'application de mesures de clémence voit sa responsabilité pénale engagée dans d'autres juridictions n'est probablement pas significatif bien que cet aspect soit souvent soulevé. Le texte du Traité appuie l'argument juridique selon lequel les organismes de contrôle nationaux ne peuvent tenter des poursuites pénales suite à des mesures d'exécution ou de clémence prises par la Communauté. (Levy, 2004) La prochaine communication de la Commission concernant les mesures correctives applicables pourrait apporter davantage d'éclaircissements sur ce point. Un résultat analogue pourrait être obtenu si les organismes nationaux s'engageaient à ne pas tenter de poursuites pénales dans ces circonstances.

L'*Étude économique* de 2003 recommandait de rechercher les moyens de renforcer l'attrait des programmes de clémence, notamment ceux qui impliquent une coopération entre les États membres. La DG Concurrence reconnaît que la résolution de cette question constitue la première des priorités. Mais il n'est pas nécessaire que l'on aboutisse à l'instauration d'un système unique et intégré, du moins pour le moment. Des expériences peuvent encore être menées pour améliorer les moyens d'action disponibles. L'objectif est de maintenir l'incitation à avouer les délits, qui découle des aspects essentiels du programme que sont la transparence, la certitude et l'asymétrie. Le seul aspect de ces programmes qui semble présenter un risque de demandes contradictoires a trait au point de savoir si le candidat à la clémence doit

cesser sa participation dans la mesure où certaines autorités pourraient ne pas souhaiter une volte face brutale qui pourrait alerter les autres prématurément. Mais selon un accord conclu au sein du REC une autorité pourra agir à sa discrétion pour limiter ce risque. Il est peu probable que venir à bout d'autres complications administratives et autres différences présente de sérieuses difficultés. Des formulaires brefs sont déjà disponibles dans certains pays qui simplifient le processus. La coordination et des équivalences fonctionnelles de conditions et procédures entre les programmes pourraient aboutir au même résultat en terme d'efficacité que le « guichet unique ». Il pourrait être prudent avant d'aller trop loin dans le détail d'acquérir plus d'expérience avec les tribunaux pour voir quel traitement ces derniers réservent aux amendes infligées dans le cadre d'offres de clémence.

*6.1.2 En adoptant une approche économique de l'abus de position dominante, conditionner la responsabilité aux effets néfastes pour la concurrence ; dans les cas appropriés, une appréciation des possibilités de récupération devrait être partie intégrante d'une telle approche.*

L'adoption d'une véritable approche économique face aux cas d'abus de position dominante nécessite de faire appel à certains moyens méthodologiques clairs permettant d'identifier les plaintes déposées au titre de la pratique d'éviction, qui présentent à long terme des menaces pour une concurrence saine, et de les distinguer des demandes d'aide des concurrents visant à soutenir les prix. Cela implique un constat que le marché pourrait pâtir d'une exploitation monopolistique du fait d'une conduite abusive. Par exemple lorsque la conduite incriminée entraîne un sacrifice à court terme du profit de l'entreprise dominante, imposer une responsabilité alors que ces pertes ne pourraient jamais être récupérées, pourrait décourager une concurrence forte. Exiger une démonstration distincte pourrait cependant être plus une affaire de pure forme que de substance. La conclusion est implicite dans un concept de domination qui comporte la présence de barrières à l'entrée suffisantes pour protéger de l'érosion de gains monopolistiques. Dans le cadre de l'élaboration des nouvelles orientations relatives à l'article 82, se pose un certain nombre d'autres questions épineuses sur lesquelles l'approche à adopter peut paraître moins évidente. Elles incluent le traitement des droits de propriété intellectuelle, les plaintes concernant les effets de réseau et l'accès à des installations essentielles, ainsi que la question de savoir s'il convient ou non de tenir compte de la notion de « dépendance économique » qui ne peut être liée à des théories cohérentes s'agissant de l'effet économique sur la concurrence.

6.1.3 *Renforcer encore les moyens de la DG Concurrence en matière d'analyse économique.*

Afin de remédier au problème longtemps posé par la limitation des ressources, le service de l'économiste en chef pour la concurrence offre désormais, en interne, des moyens d'analyse élaborés. D'ores et déjà, alors que l'analyse communautaire en matière de concurrence se fonde de manière croissante sur un raisonnement économique, la DG Comp a sensiblement accru la part de son personnel doté d'une formation économique. Le nouveau service représente un accroissement en terme d'expertise économique. Mais il est restreint et ses ressources sont utilisées au maximum. La méthode d'allocation *ad hoc* de ses ressources limitées ne constitue pas nécessairement un problème. Tous les cas ne requièrent pas son attention, et essayer d'établir à l'avance un protocole destiné à identifier ceux qui le nécessitent pourrait s'avérer plus coûteux que de laisser aux agents qui traitent des cas le soin de faire la demande et à la DG de décider au cas par cas. Cependant, davantage de ressources seront nécessaires, notamment si des questions plus complexes et plus difficiles finissent par représenter l'essentiel des dossiers traités par la DG Concurrence. Le fait de doter ce service d'effectifs constitués à la fois d'employés permanents et d'universitaires occupant différents postes sur la base de contrats à durée déterminée constitue une approche pertinente, en permettant de diffuser de nouvelles idées aux sein des organismes chargés de l'application de la législation et de fournir des points de repère concrets au monde universitaire. Le groupe consultatif, qui institutionnalise les relations que la DG Concurrence entretient avec le milieu universitaire, est un autre progrès remarquable. C'est à ce groupe qu'appartiennent les experts susceptibles, à l'avenir, d'occuper le poste d'économiste en chef pour la concurrence.

6.1.4 *Envisager les moyens d'étendre les sanctions appliquées tant aux personnes physiques qu'aux entreprises tels qu'une coordination de l'application des législations des pays membres qui prévoient des sanctions individuelles.*

L'efficacité de la lutte contre les ententes pourrait être renforcée par la perspective que les personnes physiques impliquées dans des infractions soient exposées à des sanctions. Les dispositions du Traité pourraient appuyer l'imposition d'amendes administratives aux personnes physiques ayant adopté un comportement faisant partie d'une infraction quoiqu'il n'existe aucun fondement jurisprudentiel ou constitutionnel appuyant la responsabilité pénale au plan communautaire. Mais les amendes pourraient cependant ne pas être aussi efficaces que d'autres types de sanctions à l'encontre de personnes physiques. Étendre le processus d'enquête et de mise en œuvre de la loi à des personnes physique pourraient soulever un certain

nombre de problèmes juridiques complexes ainsi que des coûts additionnels. Cela donnerait aussi plus de poids aux arguments visant à faire des tribunaux les principaux organes de décision. (Wils, 2004) Si une sanction particulière au niveau communautaire est considérée comme impossible ou imprudente pour la Commission, la solution de rechange consiste de toute évidence à encourager et à favoriser l'imposition de sanctions individuelles en vertu de la législation nationale des États membres.

L'*Étude* de 2003 recommandait un autre moyen pour élargir le champ d'application de la législation, en encourageant le recours aux poursuites privées. La Commission œuvre en ce sens depuis au moins le début des années 90. Mais c'est une question qui relève principalement du droit national. Des efforts continuent d'être déployés en parallèle pour encourager les poursuites privées, et un recours accru aux actions privées en justice devant les tribunaux nationaux devrait résulter de la modernisation. Une meilleure corrélation entre les principes applicables au niveau communautaire et les compétences nationales en matière de recours privés et de sanctions pénales pourrait élargir les fondements de l'action en faveur de la politique de la concurrence.

Le Commissaire Monti, dans son dernier rapport annuel, a appelé à mieux définir le rôle des consommateurs. La désignation d'un point de contact situé à un niveau élevé de l'organigramme de la DG Concurrence constitue un pas modeste dans cette direction, afin d'assurer une meilleure coordination avec les directions de la Commission chargées des questions touchant à la protection des consommateurs et à la sécurité des produits, mais aussi avec les ONG de consommateurs, le cas échéant. Toutefois, ce qui importe encore davantage, c'est de convaincre véritablement de l'intérêt que présentent des marchés concurrentiels équilibrés, les responsables politiques, les avocats, les entreprises européennes directement concernées, et surtout les citoyens européens qui en bénéficient.

## NOTES

1. Le traité de Maastricht a rebaptisé la Communauté économique européenne en tant que Communauté européenne (ci-après dans le présent document la « Communauté »), et a créé une nouvelle construction, l'Union européenne « fondée sur les Communautés européennes ». Les règles de concurrence se trouvent désormais dans le Traité instituant la Communauté européenne, ci-après « le Traité ».
2. Le traité constitutionnel soumis à ratification, s'il était adopté, conférerait explicitement la personnalité juridique à l'Union européenne.
3. Depuis les années 20, les concepts de droit de la concurrence en Europe avaient une dimension transnationale. L'image et le modèle que l'on se faisait du droit de la concurrence tel qu'il devait être ont été élaborés lors de la Conférence économique mondiale de la Société des Nations et lors de la Conférence de Londres organisée par l'Union interparlementaire (Gerber, 1998). Par contre, lors de la création de la première nouvelle institution européenne après la guerre, l'Organisation européenne de coopération économique, il avait été discuté d'une union douanière, mais il n'avait pas été particulièrement débattu d'autres idées relatives à la concurrence (Goyder, 1998).
4. M. Robert Bowie, praticien américain du droit de la concurrence et professeur de droit, est souvent crédité de la rédaction des articles du Traité de Paris concernant la concurrence, mais ces articles ne contiennent cependant aucun concept et aucun terme relevant du droit américain de la concurrence. Le débat sur la nécessité de règles en matière de concurrence a peut-être été éclairé par l'expérience des États-Unis, mais la législation européenne lui est propre. M. Maurice Lagrange, membre du Conseil d'État français, a formulé les articles du Traité de Paris en style juridique européen (Goyder, 2003) (Gerber, 1998).
5. En l'absence d'un règlement d'application, le Traité autorisait les autorités nationales à appliquer les règles du Traité, limitant le pouvoir de la Commission en matière d'infractions aux enquêtes et autorisant les autorités nationales à prendre les mesures appropriées pour y remédier (articles 83 et 84 du Traité).
6. Le site Internet et les rapports de la Commission classent ses programmes importants en 4 catégories : antitrust (pratiques qui faussent la concurrence, selon les articles 81 et 82 du Traité), fusions (en application du Règlement sur les

fusions), libéralisation (en vertu de l'article 86), et aides d'État (sous l'empire de l'article 87).

7. Règlement du Conseil 1/2003, entré en vigueur le 1er mai 2004. Une approche similaire, conférant un effet direct au critère d'exemption, a été envisagée lors des délibérations sur le règlement d'application d'origine, mais elle n'a pas été retenue car on a estimé que cela était prématuré à ce stade.
8. La loi allemande sur les cartels est entrée en vigueur le même jour que le Traité de Rome. Le droit néerlandais de la concurrence, également nouveau, était basé sur un système de déclaration, et non pas d'interdiction, des cartels. Les rédacteurs du Règlement 17 ont rejeté l'approche néerlandaise de notification obligatoire emportant présomption de validité. Ils ont fait supporter la charge de la preuve de l'abus aux autorités chargées d'appliquer et de faire respecter le droit, limitant les mesures à des ordonnances qui disposaient pour l'avenir. En France, il existait déjà une ordonnance sur la concurrence depuis plusieurs années, mais elle concernait essentiellement le contrôle des prix. Les autres systèmes européens en vigueur de droit de la concurrence étaient à l'époque ceux de pays hors de la Communauté européenne.
9. De plus, un droit national qui poursuit principalement un objectif différent de celui du droit communautaire de la concurrence peut être appliqué, tant que ce droit ne viole pas lui-même des principes généraux du droit communautaire.
10. L'article 2 dispose que l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et autres politiques communes a pour but de « promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres ».
11. Dans la terminologie du droit communautaire, les règlements sont des normes qui s'appliquent généralement aux États membres et potentiellement aux entreprises, à la fois au niveau national et au niveau communautaire. Par contre, les directives s'adressent aux États membres. Les directives ne lient directement que les États membres, et seulement quant au résultat à obtenir. Dans l'application des directives au niveau des règles et de la législation nationales, les États membres peuvent choisir la forme et la méthode pour arriver au résultat voulu. La Commission a aussi le pouvoir d'émettre des directives en vertu de l'article 86(3). Ce sont des directives de la Commission qui ont lancé les réformes des télécommunications dans les années 90. Cependant, depuis lors, la plupart des directives concernant la libéralisation sont issues du Conseil.

12. Cette expression apparaît à la fois à l'article 81 et à l'article 82, dans la description d'agissements qui sont « incompatibles avec le marché commun ». Des phrases analogues à propos de la discussion communautaire s'appliquent aux autres principaux sujets du droit communautaire de la concurrence. Dans le cadre du règlement sur les concentrations, il s'agit de savoir si l'opération est « compatible avec le marché commun » (article 2). Pour les aides publiques, il est de savoir si ces aides « affectent les échanges entre les États membres » et sont « incompatibles avec le marché commun » (article 87). Pour les services d'intérêt économique général ou les monopoles autorisés, le test est que « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté » (article 86).
13. Dans ses lignes directrices pour l'application de l'article 81(3) publiées en même temps que le programme de modernisation, la Commission énonce les principes pour l'application de l'article 81(1) et l'article 81(3), et recense les cas pertinents.
14. La dernière communication, publiée en 2001, traite seulement de la question de savoir si l'effet sur la concurrence est appréciable. Une autre communication fixe des critères légèrement différents de détermination de l'effet appréciable sur les échanges.
15. Les modifications apportées à la communication montrent comment l'appréciation par la Commission du risque de pouvoir de marché a évolué. La communication précédente avait fixé les seuils à 5 pour cent et 10 pour cent et refusait toute protection en cas de réseaux parallèles d'accords similaires.
16. Cependant, la Communauté européenne au milieu du 20<sup>e</sup> siècle était préoccupée au niveau de la politique de la concurrence par le problème de la coordination des oligopoles, ce qui peut expliquer que ce concept ait été inclus dans les règles initiales de la CECA en 1951.
17. Il existe un autre problème souvent rencontré à propos des agissements quasi-collectifs : celui de la caractérisation précise de la relation entre sociétés apparentées. À un certain moment, le droit communautaire considérait les sociétés faisant partie d'un groupe comme étant des entreprises séparées. Les accords passés entre elles entraient donc dans le champ d'application de l'article 81, sauf s'il était impossible que ces entités agissent de façon indépendante. Cette interprétation des groupes de sociétés servait parfois à étendre l'application de l'article 81 aux sociétés mères sises en dehors de la Communauté (Goyder, 2003). La Commission n'applique plus l'article 81 aux accords intra groupe.
18. S'agissant de déterminer les effets nets sur la concurrence, la conjugaison des deux aspects de l'article 81 ressemble à l'application d'une « règle de raison », mais cette qualification n'est pas unanimement admise. Pour certains observateurs, il faut éviter cette expression car une règle de raison tiendrait compte d'un plus grand nombre de considérations non économiques que ne le fait

l'article 81 (Goyder 2003, p. 127). Toutefois, les critères de l'article 81(3), notamment la notion de "progrès économique", semblent aller au-delà des questions de définition du marché et de pouvoir de marché qui sont habituellement prises en compte dans l'application de la règle de raison pour déterminer l'effet net sur la concurrence.

19. Historiquement, l'interprétation du critère de restriction de la concurrence figurant à l'article 81(1) avait tendance à être à la fois large et formelle, comparée à l'application des critères de l'article 81(3), que seule la Commission avait le pouvoir d'interpréter avant 2004.
20. La pratique montre que dans des cas particuliers, le droit communautaire de la concurrence peut fixer des amendes proches d'un niveau de dissuasion économique, c'est-à-dire qui dépassent le profit que le contrevenant peut tirer de son infraction, compte tenu du niveau de probabilité de détection et de sanction de l'infraction. Dans l'affaire du cartel de la *lysine*, l'amende infligée par la Commission à l'un des contrevenants était supérieure au chiffre d'affaires annuel de celui-ci pour le produit incriminé (Joshua 2003). Le total des amendes de base infligées à l'ensemble des participants, hors facteurs aggravants ou atténuants et mesures de clémence, soit 142.5 millions d'euros, était quasiment équivalent au total des chiffres d'affaires annuels réalisés par les participants sur le produit incriminé (164 millions d'euros). Le fait de savoir si ces amendes avaient atteint le niveau dissuasif optimum dépend bien évidemment de la durée pendant laquelle les participants ont joui d'un pouvoir de marché et de la mesure dans laquelle leur collusion a eu pour conséquence d'augmenter les prix. On peut concevoir que le cartel ait duré suffisamment longtemps et ait fait suffisamment monter les prix pour que, même en « confisquant » une année entière de chiffre d'affaires, l'amende n'ait pas compensé tous les gains tirés l'infraction, eu égard aussi à la probabilité de détection de cette infraction.
21. Le règlement d'origine, il y a 20 ans, avait traité le secteur plus généreusement que d'autres, ce qui avait conduit certains observateurs à considérer que la distribution automobile était partiellement exclue de l'article 81. Aujourd'hui, « être considéré comme un cas spécial est devenu un inconvénient plutôt qu'un privilège ». (Goyder 2003, p. 207).
22. L'abus de position dominante tel qu'il est caractérisé par les autorités judiciaires est trop dissemblable d'une juridiction à l'autre pour servir de repère. Par exemple, dans sa décision fondatrice *Hoffman-La Roche*, selon la CJ « la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits et services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au



- maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché, ou au développement de cette concurrence ».
23. Le préambule du règlement sur les concentrations indique qu'en dessous d'une part de marché de 25 pour cent, l'apparition ou le renforcement d'une position dominante est improbable.
  24. *Affaire 40/70, Sirena Srl v. Eda GmbH* [1971] ECR 69, 84.
  25. Le recours à ce critère s'explique en partie par le fait que le fondement juridique du règlement sur les fusions n'est pas l'article 81 et l'article 82. Dans un premier cas qui a servi de test, la CJ a confirmé qu'une acquisition qui renforce une position dominante est contraire à l'article 82 et d'après une décision ultérieure, on pouvait en déduire implicitement que l'article 81 pouvait aussi s'appliquer à l'encontre d'accords de concentration. Toutefois, au lieu d'élaborer un règlement sur les concentrations à partir de ces décisions de justice, le Conseil s'est appuyé sur l'article d'application figurant dans la partie du Traité sur la concurrence, à savoir l'article 83 et, plus important, sur la clause du Traité qui autorise le Conseil à combler les manques. L'article 308 dispose que le Conseil, après consultations, peut prendre les « mesures utiles » lorsqu'une action de la Communauté est nécessaire pour atteindre un objectif communautaire et que le traité ne lui a pas conféré les pouvoirs nécessaires. Par conséquent, préalablement à l'adoption du règlement sur les concentrations, il faut que le système garantissant la concurrence ne soit pas faussé, ce qui constitue d'ailleurs un objectif de la Communauté fixé par l'article 3(g) du Traité, et il faut aussi un système de contrôle des concentrations qui ne figure pas dans le Traité, omission délibérée des rédacteurs des dispositions sur la concurrence en 1957.
  26. Le Traité n'empêche pas un État membre de prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre. Ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires (article 296).
  27. Selon des informations privilégiées, aux débuts de la réglementation des concentrations, des « échanges de votes » avaient été conclus à propos de sujets relevant des autres Commissaires (Wilks & McGowan, 1996, p. 234).
  28. Dans le vocabulaire juridique de la Communauté, une procédure d'exécution forcée est une procédure que la Commission entame à l'encontre d'un État membre pour non observation des obligations du Traité ou de directives communautaires, ou autres dispositions législatives.
  29. C'est le système utilisé depuis longtemps par la France pour appliquer son droit de la concurrence. La France l'avait soutenu pour le règlement d'origine.

30. Le droit pour toute personne d'être entendue afin de prendre connaissance des fondements sur lesquels une décision ou une action défavorable peut être prise ou entreprise à son encontre, et de pouvoir y répondre, est reconnu dans la Communauté comme un principe général de droit. C'est le premier concept juridique que la CJ, dans une affaire de concurrence en 1974, a emprunté au droit anglais qui fait de ce principe un élément de la « justice naturelle » (Hartley, 1994).
31. Dans le cabinet de chacun des Commissaires se trouve un spécialiste de la politique de la concurrence. Ces spécialistes se réunissent toutes les semaines. Si une affaire soulève des questions que ces spécialistes ne peuvent pas résoudre de manière satisfaisante, ces questions sont discutées lors des réunions régulières du lundi des chefs de cabinet des Commissaires. S'il n'y a toujours pas d'accord, ces questions sont mises à l'ordre du jour de la réunion de la Commission, le mercredi.
32. A un certain moment, la base était le chiffre d'affaires, mais la Commission ne procède plus de la sorte, du fait notamment que l'utilisation explicite du chiffre d'affaires risque de compromettre la confidentialité de cette donnée. (Joshua, 2003)
33. Dans le programme de 1996, cette réduction était de 50-75 pour cent. La version de 2002 rend l'engagement plus "asymétrique" et accroît donc l'incitation à être le premier à coopérer avec la Commission.
34. La clémence totale au titre du programme de 1996 n'a été accordée que 11 fois. (CE DG Concurrence, 2004, p. 19)
35. La CJ a peut-être été surprise par l'absence de preuve écrite d'un accord et a peut-être hésité à ajouter foi au seul jugement de la Commission dans ce domaine. (Bailey, 2004)
36. L'application décentralisée du droit de la concurrence n'est pas un exemple du principe communautaire de subsidiarité. Ce terme ne figure pas dans le règlement d'application. Ce principe, que le traité de Maastricht reconnaît, ne s'applique que lorsque la Communauté n'a pas la compétence exclusive. La politique de la concurrence est l'un des rares domaines où la Commission a toujours eu un pouvoir d'application directe. Cette politique n'est pas considérée comme un domaine de compétence partagée en vertu du Traité.
37. La Commission a conclu en 1991 un accord de coopération de « courtoisie passive » avec les autorités américaines chargées de l'application des règles. Après une contestation par la France quant à la forme et à la validité de cet accord, il a été ratifié par le Conseil en 1995.

38. C'est le niveau qui a été prévu au budget du programme annuel pour 2005. Le personnel de la division antitrust du ministère américain de la Justice est plus important (775 personnes environ). Au Japon, la Commission chargée de la concurrence est de taille sensiblement équivalente, avec 640 employés environ. Outre le droit de la concurrence, les compétences de la Commission japonaise incluent les pratiques commerciales déloyales et la publicité trompeuse.
39. Un scénario assez similaire s'est produit aux États-Unis, où des officiels au niveau des États de la Fédération ou des plaignants personnes privées ont repris des affaires qui n'avaient pas été poursuivies par les autorités fédérales chargées de l'application des règles. On notera toutefois que, dans le système américain, les autorités ne disposent pas du pouvoir d'intervenir et de reprendre des actions initiées par un État ou par une personne privée.
40. La Commission de la concurrence au Danemark, composée de 17 membres et d'un président, représente l'analogie la plus proche que l'on puisse trouver. À la différence de la Commission européenne, elle n'est pas constituée de hauts fonctionnaires disposant de portefeuilles politiques, bien que plus de la moitié de ses membres soient nommés par des associations et des groupes d'intérêts.
41. L'*Étude économique* de 2003 soulevait certaines questions concernant la procédure accélérée du TPI, craignant qu'elle soit inefficace puisque les parties qui gagnaient en appel ne parvenaient pas nécessairement à mener à bien leur opération, et recommandait d'évaluer son efficacité. Cette critique interprétait de manière erronée l'objectif d'un traitement accéléré. En garantissant la prise de sanctions juridictionnelles appropriées vis-à-vis de décisions de la Commission importantes, mais sensibles au facteur temps, les avantages avérés du recours à la procédure accélérée l'emportent sur toute inquiétude quant au fait que la limitation des ressources pourrait réduire le nombre d'affaires susceptibles de bénéficier d'un traitement accéléré.
42. Le fait de conférer le pouvoir de décision aux juridictions communautaires pourrait appeler une modification du traité, du moins pour les décisions relatives au contrôle des opérations de concentration. Les règlements visant à l'application d'amendes pour des violations des articles 81 et 82 sont autorisés aux termes de l'article 83, lequel accorde au Conseil un large pouvoir s'agissant de la conception du régime d'application des règles en matière d'ententes et d'abus de position dominante. L'attribution de la compétence aux termes de l'article 229 se fonde sur l'examen des sanctions. C'est cependant l'article 308 qui sert de fondement juridique au règlement sur les concentrations. Le système de contrôle des concentrations ne s'appuie pas sur l'application de sanctions. (Wils, 2004).
43. Le nouveau règlement relatif à la mise en œuvre des règles applicables en matière d'ententes et d'abus de position dominante accroît son pouvoir d'enquête en fonction des catégories d'accords sectoriels.

## BIBLIOGRAPHIE

- ABA Section of Antitrust Law (2005), "The European Competition Network: What it is and where it's going", *The Antitrust Source*, juillet 2005, disponible sur [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com).
- Bailey, David (2004), "Scope of Judicial Review under Article 81 EC," *Common Market Law Review*, vol. 41, n° 5, Kluwer, Pays-Bas, p. 1327-60.
- Bustin, George L. et al. (2004), "2003 Annual Review of European Union Legal Developments", *International Lawyer*, vol. 38, n° 3, American Bar Association Section of International Law, Chicago, p. 629-664.
- Commission européenne (2005), *Rapport sur la politique de concurrence 2004*, 17 juin 2005, SEC(2005) 805 final, Bruxelles, *disponible sur* [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2004/en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2004/en.pdf).
- Commission européenne, Direction générale de la concurrence (2004), *European Union Competition Policy: 23d Report on Competition Policy 2003*, Luxembourg.
- Connor, John M. (2004), "Price-fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence", American Antitrust Institute Working Paper N° 04-05.
- González Díaz, Francisco Enrique (2004), "The Reform of European Merger Control: *Quid Novi Sub Sole?*", *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 n° 2, Kluwer, Pays-Bas, p. 177-99.
- Dolmans, Maurits et Thomas Graf (2004), "Analysis of Tying under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective," *World Competition Law and Economics Review*, vol. 27 n° 2, p. 225-244.
- Ehlermann, Claus-Dieter et John Ratliff (2005), "Mario Monti's Legacy for Competition Policy in Article 82," *Competition Policy International*, vol. 1 n° 1, printemps 2005, p. 79.
- European Commission (2005), *Report on Competition Policy 2004*, 17 juin 2005, SEC(2005)805 final, Bruxelles, *disponible sur* [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2004/en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2004/en.pdf).

- Commission Européenne, Direction générale de la Concurrence (2004), politique de la concurrence de l'Union européenne : 23<sup>e</sup> rapport sur la politique de la concurrence 2003, Luxembourg.
- Garzaniti, Laurent, Jason Gudofsky et Jane Moffat (2004), « Dawn of a new era ? Powers of investigation and enforcement under regulation 1/2003 » *Antitrust Journal*, vol.72 n°1, p.159.
- Gerardin, Damien et David Henry (2005), “The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice et the Community courts’ judgments”, conference on *Remedies et Sanctions in Competition Policy: Economic et Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, University of Amsterdam, 17-18 février 2005.
- Gerber, David (1998), *Law et Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford.
- Goyder, D. G. (1998), *EC Competition Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford.
- Goyder, D. G. (2003), *EC Competition Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford.
- Hartley, Trevor C. (1994), *The Foundations of European Community Law*, 3<sup>e</sup> éd. Oxford.
- Hildebrand, Doris(2002), *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, La Haye.
- Huser, Henry et Frederic Depoortere (2002), “Substantive Enforcement Standards in Horizontal Mergers under the EC Merger Regulation,” *Antitrust*, vol. 17, n° 1, p. 44.
- Joshua, Julian et Peter D. Camesasca (2003), “EC fining policy against cartels after the *Lysine* rulings: the subtle secrets of x,” *European Antitrust Review 2004*, Global Competition Review, Londres, p. 5.
- Kroes, N. (2005), “The First Hundred Days,” speech to International Forum on Competition Law, 7 avril 2005, available at [http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kroes/speeches/speeches\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kroes/speeches/speeches_en.html).
- Levy, Nicholas et Robert O’Donoghue (2004), “The EU Leniency Programme Comes of Age,” *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 n° 1, Kluwer, Pays-Bas, p. 75-99.

- Louis, Frédéric et Anne Vallery (2004), “*Ferring Revisited: the Altmark Case et State Financing of Public Service Obligations*,” *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 n° 1, Kluwer, Pays-Bas, p. 53-74.
- Nebbia, Paolisa (2004) [case note on ECJ Case C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorita Garante della Concorrenze e del Mercato*] *Common Market Law Review*, vol. 41, p. 839.
- Nicolaides (2002), “Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the *Ferring* judgement”, *European Community Law Review*, p. 313.
- OCDE (2003), “Etude économique de la zone euro”, Paris.
- Ross, George (1995), *Jacques Delors et European Integration*, Cambridge.
- Townley, Chris (2004), “The Liner Shipping Block Exemption in European Law: Has the Tide Turned?”, *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 n° 1, Kluwer, Pays-Bas, p. 107-53.
- Vervaele, John A. E. [case note on ECJ cases [2003] ECR I-5689], *Common Market Law Review*, vol. 41, p. 795 (2004).
- Vesterdorf, Bo (2005), “Standard of proof in merger cases: Reflections in the light of recent case law of the Community courts”, *European Competition Journal*, vol. 1, n° 1, p. 3.
- Wilks, Stephen et Lee McGowan (1996), “Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency?”, dans : G. Bruce Doern & Stephen Wilks, (dir. de publ.), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Oxford.
- Wils, W. (2003), “The principle of ‘ne bis in idem’ in EC antitrust enforcement: a legal et economic analysis,” *World Competition*, vol. 26.
- Wils, Wouter P. J. (2004), “The Combination of the Investigative et Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal et Economic Analysis,” *World Competition Law & Economics Review*, vol. 27 n° 2, Kluwer, Pays-Bas, p. 201-224.

