

## Le rapport entre le droit de la concurrence de l'Union européenne et le droit international



Rafik Rabia,

Doctorant en droit public à la Faculté de droit de l'Université Paris-Créteil-Est, ATER à la Faculté de Droit de Cergy-Pontoise

La élaboration d'un droit international de la concurrence a toujours été un objectif à atteindre par les États. L'internationalisation des échanges impose une régulation de dimension internationale. Les accords de l'OMC n'ont malheureusement pas laissé une place prépondérante au droit de la concurrence. La mondialisation a créé un espace commun dans lequel des effets d'un acte anticoncurrentiel pourraient être ressentis au-delà des frontières nationales. Le marché pertinent, qui était un fondement dans l'appréciation de la dimension d'un acte, trouve toutes ses limites en matière internationale. Il serait opportun de s'interroger sur l'étenue d'une régulation internationale de la concurrence dont le besoin se fait ressentir à bien des égards. Le présent article ne prétend pas traiter d'un sujet aussi large, mais plutôt l'opportunité de la régulation, par l'Union européenne, d'un marché transnational via des accords de libre échange complets et approfondis (ALECA).

L'élaboration d'un droit international de la concurrence a soulevé deux types de questions ; la doctrine s'est d'abord interrogée sur une possible convergence des finalités<sup>1</sup> pour se pencher, ensuite, sur l'application extraterritoriale du droit de la concurrence de l'Union. Il s'agit en effet de l'imputabilité d'un acte anticoncurrentiel à un auteur externe à l'Union européenne et de la compétence de la Commission à l'appréhender.

À défaut de l'institution d'une autorité internationale de concurrence, l'Union européenne a trouvé une solution pour atténuer l'absence d'une régulation internationale. Par le biais des accords d'associations signés avec des pays tiers, l'Union a mis un cadre juridique aux relations commerciales en incluant des stipulations du droit de la concurrence (I). Ces accords produisent aussi un effet de contagion sur les législations nationales allant jusqu'à influencer les textes nationaux et leur interprétation (II).

<sup>1</sup> D.J GERBER, « Les doctrines Européenne et américaine du droit de la concurrence », in, *La modernisation du droit de la concurrence*. Guy CANIVET, Paris, 2006, P.107

### I- LA PLACE DE L'ALECA DANS LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPÉENNE

La grande désillusion, provoquée par l'absence de dispositions sur la concurrence dans les accords du GATT-OMC, a remis à l'ordre du jour la question de l'élaboration d'un droit international de la concurrence. L'internationalisation de la vie économique et l'interdépendance entre États qui en résulte imposent un minimum de régulation. Force est de constater qu'une telle perspective est difficilement envisageable. Nonobstant l'existence d'une convergence sur les principes généraux et les buts des différentes législations de la concurrence, il subsiste certaines divergences conceptuelles (A). Le retour ces dernières années d'une certaine tendance protectionniste relance l'obsession de souveraineté et la problématique de l'application extraterritoriale de la norme interne. (B)

#### A-La recherche d'une convergence des finalités

Depuis l'avènement de l'idée de régulation, les finalités du droit de la concurrence ont toujours eu une place prépondérante dans la doctrine<sup>2</sup>. Avant de parler de toute atteinte à la concurrence, il est nécessaire de définir préalablement le but. Si ce dernier est défini comme l'efficience économique, il serait légitime d'interdire tout acte qui augmente les coûts de la production. Dans le cas où la finalité privilégiée est la structure du marché, il serait aussi important de sanctionner tout acte qui tendrait à renforcer la position des entreprises existantes et de créer des barrières à l'entrée.

Le droit de l'Union a été fortement influencé par les idées des deux grandes Écoles américaines<sup>3</sup>. L'abus de structure, théorisé par l'école d'Harvard, a fini par être consacré par la Cour de justice dans l'arrêt *Continental Can*<sup>4</sup> avant de soulever une vague de controverse dans la doctrine. La divergence est dès lors peu signifiante

<sup>2</sup> Ibid

<sup>3</sup> École de Chicago et l'École d'Harvard

<sup>4</sup> CJCE, 21 fév. 1973, *Continental Can Inc / Commission*, C-6-72, Rec., p.215.

### Droit de la concurrence de l'UE et international

factive entre l'UE et les États-Unis d'autant plus que leurs politiques, étant des pays développés et fortement industrialisés, tendent à converger. Cependant, la doctrine européenne a tendance à prendre des distances face à son homologue américaine pour traiter parfois des questions qui intéressent peu, voire pas du tout les auteurs américains à l'image de l'objectif d'intégration. Il n'est pas rare que les autorités européennes traitent des mêmes questions abordées outre-Atlantique en termes différents et selon des perspectives éloignées<sup>5</sup>. La première finalité du droit de la concurrence de l'Union européenne suit logiquement celle de la construction européenne. Cette finalité, inexiste dans la pensée américaine et dans la plupart des législations nationales, se place en juxtaposition des autres finalités connues. La Cour, dans l'arrêt *consent and Grundig*<sup>6</sup> a consacré définitivement l'intégration comme finalité suprême du droit de la concurrence. Initialement réservée aux libertés de circulation, la Cour l'a étendue au droit de la concurrence.

À l'échelle internationale, les finalités peuvent toutefois poser un certain nombre de problématiques dès lors qu'un écart de développement est constaté. Cette divergence se retrouve beaucoup plus dans la politique concurrentielle des États que dans la conception économique des finalités.

Pour le besoin d'une harmonisation des législations l'Union européenne a commencé, par adopter une application extraterritoriale de son droit, pour ensuite, étendre l'application directe du droit de la concurrence de l'Union par les États tiers par le biais des accords d'association.

#### B- De l'application extraterritoriale du droit de l'Union à son application au principal dans les pays signataires

Face à ce «*non-droit de la concurrence internationale*», les droits internes peuvent se trouver en concurrence les uns avec les autres. La Cour Permanente de Justice Internationale CPJI, a eu à se prononcer sur la question de l'application extraterritoriale d'une norme dans l'Afrique *Lotus*<sup>7</sup>. Ce cas concernait, certes, une extension de

<sup>5</sup> DJ GERBER, Op.cit. p. 119.

<sup>6</sup> CJCE, 13 juil. 1966, *Consten and Grundig / Commission*, C- 56 et 58-64, Rec., 429

<sup>7</sup> N. LIGNEUL, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruylant, Bruxelles 2001, p.10

<sup>8</sup> CPJI, 07 septembre 1927, *Lotus*, Rec., série A, n°10.

compétence en droit pénal, mais il serait ubuesque de nier l'origine pénale du droit de la concurrence. Ainsi, la doctrine a soulevé la question de l'application extraterritoriale du droit de concurrence basée sur la théorie de l'effet<sup>9</sup>. Il s'agit, en effet, de sanctionner une entreprise localisée en dehors de l'espace de l'Union dès lors que les effets de son acte sont ressentis sur le marché intérieur. Alors que la Commission n'a jamais cessé d'inciter la Cour à prendre position et consacrer la théorie de l'effet, cette dernière a développé un critère de rattachement comme alternative à cette théorie. C'est à l'occasion de l'arrêt *ICI*<sup>10</sup> que la Cour a imputé un acte anticoncurrentiel à une entreprise britannique, alors non membre de la Communauté, du fait de la présence d'une de ses filiales et la localisation de l'acte anticoncurrentiel sur le marché intérieur. Par ce raisonnement, la Cour a admis la possibilité de sanctionner une entreprise localisée en dehors de l'espace de l'Union pour un comportement constaté sur le marché intérieur. La Cour a considéré que l'existence de deux personnalités juridiques différentes n'exclut pas l'unité de comportement.

La Cour a développé un raisonnement nouveau sans pour autant consacrer la théorie de l'effet. Dans l'affaire *Beguelin*<sup>11</sup>, elle a examiné une situation dans laquelle l'une des parties à l'accord est localisée en dehors de l'Union européenne. Elle a estimé que la Commission est compétente, dès lors que l'une des parties se trouve sur le territoire de l'Union et que l'acte produise des effets sur le territoire du marché intérieur. Encore une fois, la Cour développe un critère joint à l'effet tout en évitant de consacrer la théorie de l'effet. Elle a d'ailleurs toujours évité de parler de l'effet même dans les cas où la Commission a fait application du droit de l'Union d'une manière extraterritoriale. Dans l'arrêt *Pâte à Bois*<sup>12</sup>, alors que les requérants, qui étaient tous localisés à l'extérieur de l'espace européen, invoquaient l'incompétence de la Commission, la Cour a répondu sur la violation de l'article 101 TFUE tout en restant muette sur le moyen de l'incompétence.

<sup>9</sup> J.-M BISCHOFF et R. KOVAR, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », *Journal de Droit International*, 1975, p.675.

<sup>10</sup> CJCE, 14 juil. 1972, *Continental Can*, C-48/ 69, Rec., p.619

<sup>11</sup> CJCE, 29 nov. 1971, *Beguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, C-22-71. Rec., p.949

<sup>12</sup> CJCE, 27 sept 1988, *Ahlström Osakeyhtiö / Commission*, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, Rec., p. 5193

## Droit de la concurrence de l'UE et international

Dans un récent arrêt<sup>13</sup>, la Cour a admis encore une fois la compétence de la Commission pour infliger des sanctions à une entreprise tunisienne, en l'occurrence ICF, en application de la jurisprudence *Beguelin*. Elle a admis la compétence de la Commission en présence d'une partie à l'accord à l'intérieur de l'Union. Certains auteurs continuent à penser que la théorie n'est pas consacrée par la jurisprudence<sup>14</sup>. D'autres estiment que la théorie de l'effet est désormais admise par la Cour dans la mesure où la Commission l'utilise pour l'application extraterritoriale sans que la Cour la censure<sup>15</sup>.

Cette théorie se heurte cependant à plusieurs obstacles. Le premier est l'inexistence d'une voie d'exécution étant donné que la CPIJ a, elle-même, invoqué l'obligation de respecter la souveraineté des États. Le constat et la sanction d'un acte anticoncurrentiel sur la base de la théorie de l'effet ne posent pas, *a priori*, de difficultés particulières. Toutefois, « commander n'est pas contraindre »<sup>16</sup>. Il est, dès lors, difficile d'envisager le recouvrement d'une sanction pécuniaire sur le territoire d'un État tiers. Le second obstacle réside dans l'impossibilité d'effectuer des perquisitions, d'obtenir des informations, et d'étendre des enquêtes sur des pratiques adoptées en dehors du territoire de l'Union.

Face au non respect des principes consacrés par l'arrêt *Lotus* de la CPIJ qui interdit les voies d'exécution, les Etats ont mis en place des lois dites de blocage à l'application extraterritoriale. Il s'agit, en pratique, d'interdire toute communication d'information ou de document dans le cadre d'enquêtes diligentées par une autorité de la concurrence étrangère. La France et le Royaume-Uni avaient adopté des législations dans ce sens.

Pour pallier ce vide dans l'élaboration du droit international de la concurrence, l'Union européenne intègre systématiquement des dispositions relatives à la concurrence dans les accords qu'elle conclut avec les États tiers. Cette collaboration et l'encadrement juridique des relations commerciales avaient comme finalité une intégration économique des marchés respectifs. Il est donc logique de démanteler toutes les entraves aux échanges entre les parties signataires.

13 Trib.UE, 18 juin 2013, ICF/ Commission, T-406/08, ECLI:EU:T:2013:322

14 L. IDOT, « CJCE, 27 septembre 1988, Ahlström Osakeyhtiö / Commission, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, Rec., p. 5193. Note sous arrêt. », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1989, n°3, p.350.

15 N. LIGNEUL, op.cit. p.278

16 E. FREIDEL, *L'extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et la CEE*, Paris II, 1992, p.42.



## Droit de la concurrence de l'UE et international

Toutefois, il est difficilement concevable de voir la Commission déclarer sa compétence en matière d'aides d'État et sanctionner une aide octroyée par un État tiers.

L'autre solution intégrée dans les accords concerne les voies d'exécution. Comme nous l'avons évoqué plus haut, le droit international s'oppose à toute exécution par une application extraterritoriale d'un droit national en respect de la souveraineté des États. Pour éviter toute loi de blocage, l'Union européenne intègre systématiquement une obligation de collaboration des autorités de la concurrence de sorte que chacune puisse étendre son champ d'action. Dans ce cas, la communication d'informations et de documents ne constituent plus un obstacle à l'exercice de la compétence de la Commission sur des actes établis en dehors de l'Union et ayant des effets sur le marché intérieur.

Les accords d'association constituent une base solide pour l'extension de l'application du droit de l'Union européenne. Ils contribuent activement à l'élaboration d'un droit et de règles inexistantes dans les législations nationales et *a fortiori* au développement d'une concurrence non faussée.

### II- LA PLACE DE L'ALECA DANS LES LÉGISLATIONS NATIONALES DES ÉTATS SIGNATAIRES

Les accords d'association influencent considérablement les États signataires en imposant l'élaboration d'un droit de la concurrence analogue (A). Cependant, l'influence de l'Union européenne ne suppose pas l'inexistence de règles nationales applicables. (B)

#### A-L'influence du droit de l'Union sur le droit de la concurrence des États tiers : l'exemple de la Tunisie

Il est tentant de présenter le droit de la concurrence tunisien comme un droit autonome sans influence extérieure. L'appréciation d'une atteinte à la concurrence doit, dès lors, s'analyser logiquement selon le contexte interne et des circonstances de temps et de lieu. Cependant, la réalité est loin d'être évidente. En effet, le droit de l'Union tend à opérer un effet d'appendice ou d'extension de son territoire juridique pour s'imposer aux législations internes des pays signataires. C'est alors tout à fait logique de voir la Tunisie adopter une norme équivalente allant dans le sens voulu par les accords.

L'exemple le plus marquant de l'influence du droit de l'Union sur le droit tunisien se trouve dans l'article 36-2 des accords d'association. Il stipule que « Toute pratique

contraire au présent article (sur la concurrence) est évaluée sur la base des critères découlant de l'application des règles prévues aux articles 85, 86 et 92 du traité instituant la Communauté européenne ( 101, 102 et 107 TFUE)... ». Ainsi, le Conseil de la concurrence tunisien et la juridiction de recours ne peuvent avoir une interprétation différente de celle donnée par la CJUE. La position dominante, par exemple, doit donc s'apprécier, en Tunisie, dans le sens du critère tiré par l'arrêt *Hoffmann Laroche*<sup>21</sup>. Cela va de même pour la notion de l'atteinte à la concurrence, aussi variable soit-elle, qui doit être conforme à l'interprétation donnée par la Cour de l'application des articles 101 et 102 TFUE.

Les accords sont toutefois restés muets sur l'encadrement des opérations de concentration. Ces dernières peuvent avoir des éléments d'extranéité et étendre leurs effets à des marchés extérieurs hors compétence de l'autorité normative. Le contrôle est donc limité par le principe du droit public international de la non-ingérence. Un État tiers pourrait autoriser une concentration susceptible d'affecter les échanges en renforçant la structure de marché intérieur et en créant un géant national pour faire face à la concurrence internationale. Inversement, la Commission pourrait autoriser une concentration pour absence d'entraîne significative, selon l'interprétation de la Cour, qui pourrait avoir des effets non négligeables hors Union européenne.

Outre les traditionnels choix entre efficience économique, protection du consommateur ou une allocation efficiente des ressources, les États peuvent avoir un objectif « inavoué ». Par exemple, la protection des PME, la préservation de l'emploi, le développement de certains secteurs d'activité qui sont, en réalité, loin d'être des objectifs du droit de la concurrence, peuvent influencer la politique concurrentielle nationale dans le but d'atteindre une cohésion économique et sociale. Il serait ainsi difficile de contraindre un État tiers d'appliquer les standards de l'Union européenne.

L'enjeu qui pourrait être au fond des négociations de l'ALECA, en matière de concentration, devrait se limiter à une coopération entre les autorités de la concurrence dans l'appréciation des opérations soumises à son contrôle.

21 CJCE, 13 fév. 1979, Hoffmann Laroche, C-85/76. Point 38 ; « que la position dominante ainsi visée concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fourrissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ».

### Droit de la concurrence de l'UE et international

C'est en suivant cette logique que la Commission a autorisé la concentration *Oracle PeapoleSoft*<sup>22</sup>, après avoir ouvert une enquête approfondie et émis des réserves sérieuses sur la compatibilité de l'opération. Elle a estimé que des informations qui ressortent du contrôle effectué par l'autorité américaine justifient une autorisation sans expliquer leur nature.

Par ailleurs, l'existence d'un effet direct du droit de l'Union ne suppose pas l'inexistence d'un droit national de la concurrence. Les États signataires doivent opérer une application dualiste du droit de la concurrence en fonction de la dimension de la pratique constatée.

#### B- La nécessité d'une application dualiste par les États signataires

Si une telle influence trouve son fondement dans l'absence d'interprétation donnée par les juridictions tunisiennes et l'antériorité du droit de l'Union, il n'en demeure pas moins incongru de penser à une application aveugle d'une interprétation de la Cour à une réalité autre que celle de l'espace économique d'origine.

L'interprétation, objet des accords, s'impose uniquement aux pratiques affectant les échanges entre l'Union et la Tunisie. On pourrait penser de prime abord qu'il est inconcevable d'appliquer deux dispositions différentes selon que le comportement touche le marché intérieur tunisien ou affecte les échanges entre l'Union et l'État signataire.

Les accords d'association ne laissent, certes, aucune marge de manœuvre aux États pour les pratiques ayant un effet sur le marché interne européen, en imposant l'interprétation de la Cour, mais cela ne peut avoir d'incidences sur les pratiques purement internes aux États. Le juge doit alors développer un sens de distinction entre d'une part, les pratiques purement internes pour lesquelles il doit faire une interprétation souveraine selon des standards et les usages nationaux, et d'autre part les pratiques affectant l'espace commun.

L'exemple de l'application du droit de l'Union aux États membres démontre la possibilité d'avoir une analyse binaire. La construction européenne et l'élaboration d'un droit de la concurrence européen n'a pas fait disparaître le droit interne des États membres. Nous pouvons donner l'exemple de l'abus de dépendance économique qui existe en droit français sans avoir d'existence en droit de l'Union. Il serait plus que nécessaire que les États signa-

taires forment les magistrats à changer de casquette et ne pas hésiter à interpréter le droit à l'aune de leurs réalités propres.

La signature de l'accord d'association entre la Tunisie et l'Union européenne a enclenché, dans le cadre des accords euro-méditerranéens, une série d'accords d'association avec l'ensemble des pays du bassin méditerranéen. Les trois grands pays du Maghreb ont alors orienté leurs législations dans le sens voulu par l'Union européenne.

La Tunisie et le Royaume du Maroc se sont engagés, dans leurs accords respectifs les liant à l'Union, sur les mêmes bases marquant ainsi une convergence des législations. Les deux accords prévoient une interdiction des ententes, des abus de position dominante et des aides d'État, en faisant de l'interprétation de la Cour de Justice des articles 101, 102 et 107 la seule base de l'appréciation des restrictions. Par conséquent, les lignes directrices de la Commission sur l'application des articles précités sont directement applicables aux pratiques constatées dans les États signataires ayant un effet sur les échanges entre l'État et l'Union européenne, étant, pour la plupart, une formalisation de la jurisprudence de la Cour. En revanche, les juges nationaux doivent recouvrir leur pouvoir d'interprétation sur les pratiques purement internes n'ayant aucun effet sur le marché européen.

Par ailleurs, les accords conclus entre l'Union et l'Algérie ne sont pas aussi intrusifs en droit national. Si des mesures antidumping ont été intégrées dans l'accord au sens donné par l'OMC, aucune disposition ne prévoit un encadrement des aides publiques ou imposant une interprétation de la norme. Cette absence a d'ailleurs créé un point de discorde entre l'Algérie et ses deux pays voisins ainsi que l'UE en raison de l'absence de toute disposition encadrant les aides d'État en droit algérien. Cela, n'a pour autant, pas empêché le législateur algérien de s'inspirer du droit de l'Union allant, parfois, jusqu'au mimétisme pour l'instauration de dispositions analogues.

Pour conclure, nous pouvons estimer que l'initiative de l'Union dans l'élaboration d'un droit international de la concurrence est fortement souhaitable. Si elle ne constitue pas, à elle seule, la solution pour un droit international de la concurrence, elle a au moins le mérite d'avoir rapproché les législations et de créer un espace sur lequel une application uniforme du droit de la concurrence est désormais admise.

<sup>22</sup> Comm. CE, 26 octobre 2004, Oracle/Peoplesoft, affaire n° M-3216.