



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 28.04.1999

**LIVRE BLANC SUR
LA MODERNISATION DES REGLES D'APPLICATION DES
ARTICLES 85 ET 86 DU TRAITE CE**

PROGRAMME DE LA COMMISSION N°99/027

**LIVRE BLANC SUR LA MODERNISATION DES REGLES D'APPLICATION DES
ARTICLES 85 ET 86 DU TRAITE CE**

Résumé	4
Introduction	7
Chapitre I - Historique	10
I. La mise en place d'un système communautaire de contrôle des ententes ...10	
II. Le développement du rôle de la Commission	12
III. Les adaptations et leurs limites	13
A. La réduction des notifications individuelles	14
B. L'accélération du traitement des demandes d'autorisation	17
C. L'encouragement du traitement décentralisé des plaintes	18
Chapitre II - Une réforme nécessaire	21
I. Les objectifs	21
A. Assurer l'efficacité du contrôle	21
1. Recentrer l'application de l'article 85 par la Commission	21
2. Décentraliser l'application des règles de concurrence	22
B. Simplifier le contrôle administratif	23
1. Absence de nécessité d'un régime d'autorisation	23
2. Alléger les contraintes pesant sur les entreprises tout en leur assurant un niveau suffisant de sécurité juridique	24
II. Les options	24
A. L'amélioration du système d'autorisation	25
1. L'interprétation de l'article 85	25
2. La décentralisation de l'application de l'article 85§3	26
3. L'élargissement du champ d'application de l'article 4§2 du règlement n°17	28
4. L'allègement des procédures	28
B. Le passage à un système d'exception légale	29
Chapitre III- La modernisation des règles de concurrence	32
I. La suppression du régime d'autorisation et de notification	32
II. L'application décentralisée des règles de concurrence	34
A. Une nouvelle répartition des compétences.....	34
1. La détermination de la politique de concurrence par la Commission.....	34
2. Le renforcement du rôle des autorités nationales dans l'application des règles de concurrence	36
3. Le renforcement du rôle des juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence	38
B. Application cohérente et uniforme des règles de concurrence	38
1. Risque de conflits et principes de solution	38
2. Mécanismes d'information et de coopération	40
III. Le renforcement du contrôle a posteriori	42
A. Le renforcement des moyens d'investigation	42
B. L'importance accrue des plaintes dans le nouveau système	44
C. Les sanctions	46
IV. Transition vers le régime d'exception légale	47
V. Règles sectorielles	47

Conclusion..... 51

Résumé

1. Dans le domaine du droit de la concurrence applicable aux entreprises, le traité CE énonce des principes généraux applicables aux accords restrictifs et aux pratiques concertées (article 85) ainsi qu'aux abus de position dominante (article 86). Le Traité confère au Conseil le pouvoir d'arrêter toutes les mesures utiles en vue de l'application de ces dispositions (article 87).

2. En 1962, le Conseil a arrêté le règlement n° 17, premier règlement d'application des articles 85 et 86. C'est ce règlement qui a établi le système de contrôle et les procédures de mise en application que la Commission a appliqués pendant plus de 35 ans, sans qu'y soit apportée de modification substantielle.

3. Le règlement n° 17 a créé un système fondé sur l'applicabilité directe du principe d'interdiction énoncé à l'article 85, paragraphe 1, et la notification préalable des accords en vue de l'octroi de l'exemption prévue à l'article 85, paragraphe 3. Si la Commission, les juridictions nationales et les autorités nationales peuvent toutes appliquer l'article 85, paragraphe 1, seule la Commission est habilitée à accorder des exemptions en vertu de l'article 85, paragraphe 3. Le règlement n° 17 a donc établi un système d'autorisation centralisé pour tous les accords nécessitant une exemption.

4. Ce système d'autorisation centralisé était nécessaire et s'est révélé très efficace pour l'établissement d'une "culture de la concurrence" en Europe. Il ne faut pas perdre de vue que, dans les premiers temps, la politique de concurrence était peu connue dans de nombreuses parties de la Communauté. À une époque où l'interprétation de l'article 85, paragraphe 3, était encore incertaine et où la Commission avait pour principal objectif l'intégration des marchés nationaux, la mise en application centralisée des règles de concurrence par la Commission était le seul système approprié. Il a permis à la Commission d'instaurer l'application uniforme de l'article 85 dans l'ensemble de la Communauté et de promouvoir l'intégration des marchés en empêchant les entreprises de recréer les barrières que les Etats membres eux-mêmes avaient progressivement éliminées. Il a aussi permis le développement d'un corpus de règles dont tous les Etats membres et les entreprises reconnaissent maintenant qu'il est fondamental pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. L'importance que revêt désormais la politique de concurrence est confirmée par le fait que chaque Etat membre dispose maintenant d'une autorité nationale de la concurrence pour mettre en application à la fois le droit national et (lorsqu'elle est habilitée à le faire) le droit communautaire de la concurrence.

5. Aussi bien qu'il ait pu fonctionner dans le passé, ce système n'est cependant plus adapté à la Communauté d'aujourd'hui, avec ses 15 Etats membres, 11 langues et plus de 350 millions d'habitants. Les raisons de cette inadaptation tiennent au système instauré par le règlement n° 17 lui-même et à des facteurs extérieurs liés au développement de la Communauté.

6. Pour ce qui est des raisons inhérentes au régime instauré par le règlement n° 17, le système d'autorisation centralisé basé sur la notification préalable et le monopole de la Commission pour l'octroi d'exemptions a conduit les sociétés à notifier une multitude d'accords à Bruxelles. Etant donné que les autorités de

concurrence et les juridictions nationales n'ont pas le pouvoir d'appliquer l'article 85, paragraphe 3, les sociétés ont utilisé ce système d'autorisation centralisé non seulement pour obtenir la sécurité juridique, mais aussi pour faire obstacle aux actions engagées devant les juridictions et les autorités de concurrence nationales. Cela a miné les efforts tendant à promouvoir une application décentralisée des règles de concurrence de la Communauté. La mise en application rigoureuse du droit de la concurrence en a pâti et les efforts de décentralisation de la mise en œuvre de la législation communautaire ont été contrariés. Dans un marché communautaire de plus en plus intégré, ce défaut d'application rigoureuse et de mise en œuvre d'un ensemble commun de règles nuit aux intérêts des entreprises européennes.

7. Le développement de la Communauté depuis 1962 a été extraordinaire. La Communauté des six est devenue une Union de quinze Etats membres, appelée à s'agrandir encore avec l'adhésion des pays candidats. Le marché intérieur, avec toutes ses imperfections, est une réalité et l'Union économique et monétaire est en marche.

8. Le rôle de la Commission dans ce nouvel environnement a changé. Au début, son activité était centrée sur l'établissement de règles concernant des accords en contradiction directe avec l'objectif d'intégration du marché. Maintenant que le droit et la politique ont été clarifiés, la responsabilité de la mise en application peut être partagée plus équitablement avec les juridictions et les autorités nationales, qui ont l'avantage d'être plus proches des citoyens et des problèmes qu'elles ont à traiter. La Commission se consacre désormais surtout à garantir une concurrence effective en détectant et en démantelant les cartels transfrontaliers et en maintenant des structures de marché concurrentielles. Elle s'emploie également à relever les défis que sont le contrôle des concentrations, la libéralisation de marchés jusque là monopolisés et la coopération internationale.

9. La Commission ne peut faire face à toutes ces évolutions qu'en focalisant son attention sur les affaires les plus importantes et sur les domaines d'activité où elle peut agir plus efficacement que les organes nationaux. Elle a déjà adopté à cet effet plusieurs mesures telles que la communication "de minimis" concernant les accords d'importance mineure et les règlements d'exemption par catégorie.

10. Ces mesures ne suffisent cependant pas pour relever les nouveaux défis évoqués ci-dessus. Il n'est plus possible de maintenir un système de mise en application centralisé nécessitant une décision de la Commission pour des accords restrictifs qui remplissent les conditions d'applicabilité de l'article 85, paragraphe 3. La mise en œuvre d'un système d'autorisation de cette nature dans la Communauté d'aujourd'hui et celle de demain nécessiterait des ressources énormes et imposerait des coûts élevés aux entreprises. Il est essentiel d'adapter le système de manière à soulager les entreprises des formalités administratives excessives, à permettre à la Commission de faire porter davantage son action sur la lutte contre les infractions graves aux règles de concurrence et à développer et stimuler les activités de mise en application au niveau national. Notre Communauté a besoin d'un système de contrôle plus efficace et plus simple.

11. Dans le livre blanc, la Commission examine plusieurs possibilités de réforme. Elle propose un système qui répond aux objectifs de mise en application rigoureuse du droit de la concurrence, de décentralisation effective, de

simplification des procédures et d'application uniforme du droit et de la politique dans l'ensemble de l'Union européenne.

12. La réforme proposée implique la suppression du système de notification et d'exemption et son remplacement par un règlement du Conseil qui rendrait la règle d'exemption prévue à l'article 85, paragraphe 3, directement applicable sans décision préalable de la Commission. L'article 85 dans son ensemble serait appliqué par la Commission, les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales, comme c'est déjà le cas pour l'article 85, paragraphe 1, et pour l'article 86.

13. Cette réforme permettrait à la Commission de recentrer ses activités sur les infractions les plus graves au droit communautaire dans des affaires d'intérêt communautaire. Elle ouvrirait la voie à l'application décentralisée des règles de concurrence communautaires par les autorités et les juridictions nationales et soulagerait les entreprises des contraintes administratives et des coûts de mise en conformité superflus. Elle stimulerait également l'application des règles de concurrence de la Communauté par les autorités nationales.

14. Dans le nouveau système, la Commission continuerait de jouer un rôle directeur dans l'élaboration de la politique communautaire de la concurrence. Elle continuerait d'adopter des règlements et des communications énonçant les principales règles d'interprétation des articles 85 et 86. Elle continuerait aussi d'arrêter des décisions d'interdiction et d'autorisation, qui serviraient de précédents pour la mise en œuvre de ces dispositions. Il est également envisagé de ne pas inclure les entreprises communes de production représentant des investissements substantiels dans le nouveau système, mais de les soumettre aux règles de procédure du règlement communautaire sur les concentrations.

15. Dans ce système de compétence parallèle de la Commission, des autorités nationales et des juridictions nationales, il serait nécessaire de maintenir certaines mesures qui permettent à la Commission de garantir l'application cohérente des règles dans l'ensemble de la Communauté. Il est proposé, en particulier, que la Commission conserve le pouvoir de soustraire une affaire à la compétence des autorités nationales de concurrence et de traiter elle-même une affaire s'il existe un risque de divergence de politiques. Il devrait aussi être fait clairement obligation aux juridictions nationales d'éviter tout conflit avec les décisions de la Commission. D'autres mesures sont examinées dans le Livre blanc.

16. La Commission invite les Etats membres, toutes les institutions et les parties intéressées à envoyer leurs observations sur le Livre blanc pour le 30.09.1999 au plus tard à l'adresse indiquée à la dernière page.

Introduction

1. La Commission est chargée de la mise en place de la politique de concurrence communautaire depuis les premiers jours de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (ci-après CECA) en 1952. L'Europe d'alors était très différente de celle que nous connaissons en cette fin de siècle et de millénaire. Après les premières expériences de la CECA, la Commission commença véritablement à mettre en œuvre une politique de concurrence avec l'adoption du règlement n°17, en 1962, dans le cadre du traité instituant la Communauté économique européenne. Le défi fut de taille: créer une politique inédite à l'échelle d'un continent, sans référence directe dans la plupart des Etats membres de l'époque, afin de répondre à deux exigences: l'intégration des marchés nationaux en un seul espace économique et l'installation de la concurrence comme force motrice de l'économie.

2. Peu à peu, à travers les décisions et les communications, et plus tard les règlements, la Commission établit une politique de concurrence couvrant les grands sujets de la vie économique. La Cour de justice joua son rôle pleinement : tantôt elle confirma, tantôt elle annula, mais toujours elle contribua à la compréhension des règles de concurrence telles qu'elles s'inscrivirent dans la vie des consommateurs et des entreprises du marché commun en devenir.

3. Le résultat de ces premières années d'effort est remarquable : une politique complète, une jurisprudence abondante, les principes fondamentaux clairement établis, les détails bien mis en place. Que ce soit dans le domaine de la répression des ententes les plus nocives ou en matière de licences de technologie ou de distribution des biens et des services, la politique communautaire apporte des réponses aux problèmes de l'économie moderne. Au fil des années, le dispositif communautaire s'est enrichi d'un contrôle des concentrations, d'une politique de libéralisation de secteurs monopolisés, d'une politique de coopération internationale et de nombreuses initiatives ponctuelles pour faire face aux défis économiques nouveaux.

4. En 1999, cette politique se déploie dans un monde très différent de celui que connaissaient alors les auteurs des textes fondateurs. Quinze Etats membres, une monnaie et un marché uniques, une économie globalisée, un élargissement aux pays d'Europe centrale et orientale et à Chypre, nul n'aurait pu prévoir cela en 1962. Les changements intervenus en matière de concurrence sont également remarquables. La politique mise en place par la Commission couvre toute la gamme des activités économiques, alors que les politiques nationales de la concurrence mises en place par chacun des Etats membres s'imbriquent dans un système communautaire. Qu'il s'agisse maintenant de moderniser ce système n'enlève rien à ses mérites : créée *ex nihilo*, la politique de concurrence communautaire permet de jeter les bases du marché unique et d'assurer le dynamisme de l'économie européenne. La nouvelle tâche est d'aménager le système pour faire face aux défis des années à venir.

5. L'adoption du premier règlement d'application des articles 85 et 86, le règlement n°17 du Conseil, date de plus de 35 ans. Ce texte a été conçu pour une Communauté de 170 millions d'habitants et de six Etats membres travaillant dans quatre langues différentes. Il s'applique aujourd'hui, sans avoir été

substantiellement modifié, à une Communauté de 380 millions d'habitants et de 15 Etats dont les marchés sont déjà très largement intégrés. En outre, les années récentes se sont caractérisées par une internationalisation accélérée de l'économie européenne et la politique de concurrence s'inscrit désormais le plus souvent dans un cadre mondialisé. Des adaptations ont certes été pratiquées dans le cadre légal existant mais elles semblent aujourd'hui avoir atteint leurs limites. La nécessité d'une réforme est d'autant plus pressante que la décennie à venir comporte deux défis majeurs pour la politique de concurrence : l'Union économique et monétaire et l'élargissement de la Communauté aux pays d'Europe centrale et orientale et à Chypre.

6. L'Union économique et monétaire ne peut manquer d'avoir des conséquences importantes sur la politique de concurrence. Elle induira tout d'abord une intégration économique plus poussée et approfondira à long terme les effets du marché intérieur en contribuant à éliminer les dernières barrières économiques qui subsistent entre les Etats membres. Elle permettra également d'alléger les coûts globaux du commerce intra-communautaire par la réduction des coûts de transaction qu'alourdissent encore aujourd'hui les frais de change. Ces éléments inciteront les entreprises à développer leurs échanges et accroîtront de ce fait la concurrence dans l'ensemble de l'Union. L'existence d'une monnaie unique augmentera également la transparence en matière de prix, mettant ainsi en lumière les différentiels de prix subsistant entre les Etats membres. Les opérateurs économiques pourront être tentés, face à une pression concurrentielle accrue, d'adopter des comportements protectionnistes afin d'échapper aux contraintes d'adaptation à ces nouvelles conditions et compenser ainsi leur moindre compétitivité dans un nouvel environnement. Enfin, le fait que certains Etats membres restent, temporairement au moins, en dehors de l'Union monétaire peut inciter les entreprises à cloisonner leurs marchés.

7. L'élargissement de la Communauté exigera également un renforcement de la politique de concurrence à l'égard des cartels et des abus de position dominante. En particulier, les positions dominantes d'entreprises héritières des monopoles d'Etat sont particulièrement nombreuses dans les pays candidats et leurs détenteurs peuvent être tentés d'en abuser pour compenser leur moindre compétitivité économique. La tradition d'économie planifiée représente également un danger potentiel en tant qu'elle favorisait les ententes entre "concurrents". Toute proposition de modification des règles de procédure en matière de concurrence doit intégrer le fait que ces Etats aux structures administratives encore peu familières aux concepts de marché et de libre entreprise doivent les appliquer en tant que partie de l'acquis communautaire. L'élargissement aura en outre un effet mécanique sur l'accroissement des ententes et abus de position dominante potentiellement soumis au droit communautaire. Dans une Europe à plus de 20 Etats membres, le maintien de l'efficacité de la politique de concurrence impose une modernisation des règles d'application des articles 85 et 86.

8. La mondialisation de l'économie est un autre défi pour les autorités de concurrence. Alors que cette évolution est en principe bénéfique pour la concurrence par l'ouverture et l'intégration des marchés à une échelle allant au-delà de la Communauté, elle confronte les autorités de concurrence avec des cartels ou des pratiques restrictives visant à ériger des barrières artificielles entre les grandes régions de ce marché mondial. Tel peut être le cas lorsque des grandes entreprises mettent en œuvre des restrictions verticales empêchant l'accès à leur

marché, se répartissent les marchés ou concluent des contrats abusifs à l'échelle mondiale. Ces pratiques sont généralement d'une nature complexe, demandent beaucoup d'investigation et de coopération avec d'autres autorités de concurrence et, si elles restent impunies, causent d'autant plus de dommage à l'économie et aux consommateurs qu'elles s'appliquent à une échelle géographique très large.

9. Dans ce nouvel environnement économique communautaire et mondial, le maintien du règlement n°17 tel qu'il a été conçu en 1962 avec son système de contrôle préalable très centralisé devient incompatible avec l'objectif d'un contrôle efficace de la concurrence. Le présent livre blanc expose les réflexions de la Commission à ce sujet et a pour objet de susciter les réactions de toutes les parties intéressées, préalable nécessaire à la présentation formelle d'une proposition d'un nouveau règlement au Conseil.

Chapitre I - Historique

I. La mise en place d'un système communautaire de contrôle des ententes

10. Le rapport Spaak¹, dans le chapitre consacré à la politique de concurrence, avait mis en exergue la nécessité pour le traité de faire obstacle à ce que des situations ou des pratiques de monopole tiennent en échec les objectifs fondamentaux du marché commun². La notion de « monopole » recouvrait, pour les auteurs du rapport, tant la détention d'une position dominante par une entreprise que la conclusion d'ententes restrictives de concurrence. Cette approche fût reprise par le traité de Rome qui interdit aux entreprises détentrices d'une position dominante d'en abuser (article 86 CE) et soumet les ententes restrictives de concurrence à un principe général d'interdiction sanctionné par leur nullité ab initio (article 85 CE). Ainsi, l'article 85§1 et 2 dispose que : « (1) *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...).* (2) *Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.* ».

11. Il convient de rappeler que si les délégations nationales réunies à Messine accordaient toutes leur préférence à un système fondé sur le principe d'interdiction en raison notamment des garanties d'efficience découlant de son effet préventif, les négociateurs du traité ont en revanche rencontré davantage de difficultés pour définir les conditions dans lesquelles l'interdiction de l'article 85§1 pourrait être levée. Deux systèmes étaient concevables : un régime d'autorisation ou un régime d'exception légale. Dans un régime d'autorisation, l'interdiction posée par la loi ne peut être levée que par l'intervention d'une autorité publique habilitée à cet effet, laquelle prononce par une décision constitutive de droits la levée de l'interdiction. La logique du régime d'autorisation veut que les accords soient nuls tant qu'ils n'ont pas été autorisés par l'autorité compétente. Dans un régime d'exception légale, l'interdiction des accords restrictifs ne s'applique pas à ceux d'entre eux qui satisfont à certaines conditions déterminées par la loi. L'ensemble de ces conditions s'interprète comme une exception au principe d'interdiction. Les accords restrictifs remplissant les conditions légales sont donc valides dès leur conclusion.

¹ Rapport des chefs de délégation du Comité Gouvernemental institué par la Conférence de Messine et adressé aux ministres des Affaires Etrangères en date du 21.4.1956 (pages 53-60).

² Le rapport précisait que les principes inscrits dans le traité devaient « *permettre à la Commission européenne de prendre des règlements généraux d'exécution (...) qui auront pour objet d'élaborer des règles détaillées concernant la discrimination, d'organiser un contrôle des opérations de concentration et de mettre en pratique une interdiction des ententes qui auraient pour effet une répartition ou une exploitation des marchés, une limitation de la production ou du progrès technique* » (Rapport Spaak précité, page 56).

12. Le texte du paragraphe 3 de l'article 85 est le produit d'un compromis entre les délégations souhaitant un régime d'exception légale et celles défendant un régime d'autorisation préalable. Alors que les tenants d'un régime d'autorisation défendaient une rédaction du type « les ententes peuvent être déclarées valables », l'accord a été trouvé sur une formulation négative « les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables ». En retenant cette formulation négative, l'article 85§3 a laissé au législateur communautaire la liberté de choisir entre un régime d'autorisation et un régime d'exception légale.

13. Le choix final d'un régime de contrôle des ententes a donc été laissé au législateur communautaire. En effet, l'article 87 a confié au Conseil, sur proposition de la Commission après consultation du Parlement européen, le soin de déterminer les modalités d'application de l'article 85§3 en tenant compte de la nécessité d'une part d'assurer une surveillance efficace et d'autre part de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif. Le Conseil peut organiser ce contrôle sous forme d'autorisation préalable ou peut statuer que l'article 85§3 soit directement applicable sans nécessité d'un acte administratif préalable.

14. Le paragraphe premier de l'article 87 a confié en outre au Conseil le pouvoir d'arrêter tous règlements et directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86. A cette fin, la Commission a transmis au Conseil une proposition de règlement³ le 28 octobre 1960. Le court exposé des motifs de cette proposition rappelle les trois objectifs principaux qui ont présidé à sa conception: améliorer les moyens d'information des autorités de contrôle, assurer dans les six pays un régime d'application de l'article 85 suffisamment homogène et réaliser les conditions d'une sécurité juridique suffisante pour les entreprises. Ces trois objectifs n'étaient pas faciles à atteindre dans le contexte du début des années 1960.

15. En premier lieu, assurer l'information nécessaire des autorités de concurrence, nationales et communautaire, était problématique à une époque où les services de la Commission et en particulier la Direction générale en charge de la politique de concurrence n'avaient pas une connaissance suffisante des marchés et de la nature des ententes ou autres pratiques restrictives. Les victimes d'infractions aux règles de concurrence ne pensaient guère à transmettre leurs plaintes à la Commission et n'ont invoqué le droit communautaire que progressivement. En outre, les autorités de concurrence des Etats membres, lorsqu'elles existaient, avaient été mises en place récemment et avaient peu d'expérience dans le domaine de concurrence. La pratique des juridictions nationales était également très limitée en matière de concurrence.

16. C'est pourquoi, afin d'assurer l'information de la Commission et de garantir la sécurité juridique des entreprises, le règlement n°17 a institué un mécanisme d'autorisation dont la mise en œuvre requiert normalement la saisine préalable de la Commission, sous forme de notification. Aux termes du règlement, la notification préalable des ententes n'est pas obligatoire mais les entreprises qui souhaitent se prévaloir des dispositions de l'article 85§3 doivent obligatoirement

³ Document IV/COM(60) 158 final du 28.10.1960.

notifier leurs ententes à la Commission (sous réserve des accords dispensés de notification au titre de l'article 4§2). Les décisions d'exemption ont un caractère constitutif de droits et elles peuvent être rétroactives jusqu'à la date de la notification mais pas au-delà (article 6§1 du règlement n°17).

17. En second lieu, le développement cohérent de l'interprétation de l'article 85§3 exigeait initialement une certaine centralisation du contrôle. Celle-ci a été réalisée en confiant à la Commission une compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85§1 inapplicables à une entente (article 9§1 du règlement n°17). En outre, cette compétence exclusive a été renforcée par le mécanisme de dessaisissement des autorités nationales que le simple engagement d'une procédure communautaire déclenche automatiquement (article 9§3 du règlement n°17).

18. En troisième lieu, la sécurité juridique des entreprises était fragilisée par la nullité absolue dont l'article 85§2 du traité sanctionnait les ententes restrictives de concurrence et la rédaction très générale de l'article 85 dont la portée n'était pas encore précisée par la jurisprudence communautaire, les règlements d'exemptions et la pratique décisionnelle de la Commission. Par ailleurs, à cette époque, les législations nationales, inexistantes ou hétérogènes, pouvaient difficilement guider les entreprises ou les juridictions dans leur interprétation du droit communautaire. En effet, alors que ni l'Italie ni le Luxembourg ne disposaient d'une législation en matière de concurrence, la Belgique et les Pays-Bas avaient opté pour un système de contrôle d'abus⁴ qui ne permettait la sanction des accords illicites qu'à partir de la date de la constatation de l'infraction par l'autorité de concurrence. Seules les législations allemande et française étaient fondées, comme le droit communautaire, sur un principe d'interdiction mais la loi allemande avait institué un régime d'autorisation pour les ententes entre concurrents (GWB du 27.07.1957) tandis que la loi française avait créé un régime d'exception légale (ordonnance française n°45-1483 du 30 juin 1945).

II. Le développement du rôle de la Commission

19. Depuis les années 60, le rôle de la Commission et le nombre de cas se sont considérablement accrus par les effets combinés de l'intégration des marchés, de l'adhésion de nouveaux Etats membres, de l'adoption d'accords de coopération avec les pays tiers et enfin de la mondialisation de l'économie.

20. Il convient de rappeler que le champ d'application du droit communautaire de la concurrence se fonde sur le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres. La réalisation du marché intérieur et l'intégration progressive des marchés nationaux se sont donc inévitablement traduites par un accroissement du nombre d'affaires relevant du droit communautaire. En effet, dans un marché intégré, même des ententes conclues entre des entreprises établies dans un seul et même Etat peuvent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur le commerce intra-communautaire et peuvent relever ainsi du champ d'application du droit communautaire.

⁴ Législations belge (loi sur la protection contre l'abus de puissance économique du 20 mai 1960) et néerlandaise (loi du 28.6.1956).

21. Les adhésions successives de nouveaux Etats membres ont eu un effet mécanique sur l'étendue de la compétence de la Commission. Fondée en 1957 par 6 Etats, la Communauté en compte aujourd'hui 15 et en comptera bientôt plus de 20. Ces élargissements n'ont pas induit de modification substantielle du règlement n°17. L'adhésion du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark⁵ a seulement conduit à l'ajout d'un 25ème article disposant que la date d'adhésion vaut date d'entrée en vigueur du règlement et que les accords, décisions et pratiques concertées qui, du fait de l'adhésion, rentrent dans le champ d'application de l'article 85 doivent être notifiées avant l'expiration d'un délai de 6 mois. Lors des adhésions de la République hellénique⁶, de l'Espagne et du Portugal⁷, il a seulement été précisé que les règles appliquées lors des précédentes adhésions étaient pareillement applicables. Les mêmes règles ont été reprises lors des adhésions de l'Autriche, de la Suède et de la Finlande⁸ sauf pour les accords, décisions et pratiques concertées qui, à la date de l'adhésion, relevaient de l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen⁹.

22. De plus, les accords passés avec des pays tiers, préalables à l'adhésion ou simplement de libre échange, ont également étendu la compétence territoriale de la Commission en matière de concurrence. L'accord sur l'Espace économique européen contient des règles calquées sur les articles 85 et 86 et a donné compétence à la Commission pour une grande partie des cas dans lesquels le commerce à l'intérieur du territoire couvert par l'accord est affecté.

23. Le rôle de la Commission s'est donc considérablement étendu depuis les années 60 sans que les conditions de son intervention n'aient changé. Des règles procédurales qui avaient été conçues pour une Communauté à 6 Etats membres s'appliquent aujourd'hui, sans aucune modification substantielle à 15 Etats membres.

III. Les adaptations et leurs limites

24. Le régime de contrôle retenu par le règlement n°17 répondait effectivement aux trois objectifs principaux identifiés à l'époque par la Commission (information des autorités de contrôle, application homogène des règles de concurrence dans la

⁵ Cf. actes relatifs à l'adhésion aux Communautés Européennes du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, édition spéciale du JO n° L 73 du 27 mars 1972, p. 92.

⁶ Cf. actes relatifs à l'adhésion de la République hellénique aux Communautés Européennes, JO n° L 291 du 19.11.1979, p. 93.

⁷ Cf. actes relatifs à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise aux Communautés Européennes, JO n° L 302 du 15.11.1985, p. 165.

⁸ Cf. actes relatifs à l'adhésion du royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède à l'Union européenne, JO n° C 241 du 29.8.1994, p. 57.

⁹ JO n° L 1 du 3.1.1994, p.1.

Communauté et sécurité juridique des entreprises). Il a permis le développement d'un corpus de règles cohérent et leur application uniforme dans la Communauté, contribuant ainsi grandement à la réalisation du marché intérieur. Il montre néanmoins aujourd'hui ses limites. Le mécanisme de contrôle a priori inhérent au régime d'autorisation institué par le règlement n°17 a conduit les entreprises à notifier systématiquement leurs ententes à la Commission qui, dotée de ressources administratives limitées, s'est trouvée très tôt dans l'impossibilité matérielle de traiter par décision formelle les milliers d'affaires dont elle était saisie. A ce propos, il convient de rappeler qu'aux termes du règlement n°17 l'adoption d'une décision d'exemption requiert outre la mise en œuvre des mesures d'enquête appropriées, la publication d'une communication au journal officiel actuellement en 11 langues (article 19§3 du règlement n°17) permettant aux tiers de faire valoir leurs observations, la consultation du comité consultatif sur le projet de décision, l'adoption par la Commission et la publication de la décision au Journal Officiel dans les 11 langues.

25. La combinaison du régime de contrôle a priori du règlement n°17, du caractère limité des ressources administratives et de la complexité des procédures décisionnelles a eu pour effet que dès 1967, la Commission s'est trouvée confrontée à une masse de 37.450 affaires accumulées depuis l'entrée en vigueur du règlement quatre années auparavant. Il s'est donc révélé indispensable d'apporter certaines adaptations au régime de contrôle en vigueur afin de limiter les notifications individuelles, d'accélérer le traitement des demandes d'autorisation et d'encourager, dans certains cas, les plaignants à saisir les juridictions ou les autorités nationales.

A. La réduction des notifications individuelles

26. La Commission a pris différentes mesures au fil des années afin de réduire les notifications aux fins d'attestation négative et d'exemption.

27. Dans la première décision formelle au titre de l'article 85 qu'elle a adoptée¹⁰, la Commission a introduit la notion d'atteinte sensible à la concurrence qui a permis d'écarter du champ d'application de l'article 85§1 les affaires de moindre importance. Cette notion a été entérinée par la Cour de Justice dans l'affaire Völk/Vervaeke¹¹. Se fondant sur cet arrêt, la Commission a quantifié, à titre indicatif, cette notion dans une communication sur les accords d'importance mineure publiée en 1970¹² dont le deuxième alinéa indique que *“la Commission estime que l'interdiction des ententes ne vise pas les accords qui n'affectent que d'une manière insignifiante le commerce entre Etats membres et la concurrence.*

¹⁰ Décision 64/344/CEE de la Commission du 1er juin 1964 relative à une demande d'attestation négative présentée conformément à l'article 2 du règlement n°17 (affaire Grosfillex-Fillistorf), JO n° L 64 du 10.6.1964, p.1426/64.

¹¹ Arrêt de la Cour du 9 juillet 1969 dans l'affaire 5/69, Franz Völk contre S.P.R.L. Ets Vervaecke (Recueil 1969, p.295, point 7 des motifs).

¹² JO n° C 64 du 2.6.1970 p.1.

Seuls sont interdits les accords qui ont des effets sensibles sur les conditions du marché (...)”. Cette communication, qui a été actualisée en 1977¹³, en 1986¹⁴ et en 1997¹⁵, a permis de réduire les notifications d’ententes qui n’étaient pas nocives pour la concurrence.

28. La Commission a utilisé les communications à caractère général dès 1962 pour clarifier les conditions dans lesquelles certaines ententes n’ont normalement pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence et de ce fait, ne tombent pas sous le coup de l’article 85§1. Une communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce¹⁶ a été publiée en 1962, suivie par une communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises¹⁷ adoptée en 1968. En outre, une communication concernant l’appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l’article 85§1¹⁸ a été adoptée en 1978. Une communication sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l’article 85¹⁹ a été adoptée en 1993. Conçues pour permettre aux entreprises, éventuellement aidées de leurs conseils, d’apprécier elles-mêmes la compatibilité avec le droit communautaire des ententes auxquelles elles sont parties, ces communications ont induit une certaine réduction des demandes d’attestations négatives en application de l’article 2 du règlement n°17.

29. Afin de limiter les demandes individuelles d’exemption, la Commission a en outre adopté, sur habilitation du Conseil, une série de règlements d’exemption par catégorie. En effet, aux termes de l’article 85§3 les dispositions de l’article 85§1 peuvent être déclarées inapplicables à des catégories d’accords, décisions d’associations d’entreprises ou pratiques concertées. La “déclaration d’inapplicabilité” résulte alors des dispositions réglementaires définissant les caractères que doivent présenter les ententes qui en font l’objet pour être considérées sans examen préalable comme répondant aux conditions de la dérogation du paragraphe 3. L’article 87 du traité dispose que le Conseil arrête tous les règlements ou directives utiles en vue de l’application des principes figurant aux articles 85 et 86. Sur cette base, le Conseil a adopté jusqu’à présent trois règlements d’habilitation, à savoir le règlement n°19/65/CEE²⁰, le règlement (CEE) n°2821/71²¹ et le règlement (CEE) n°1534/91²² qui autorisent la

¹³ Communication de la Commission du 19 décembre 1977 (JO n° C 313 du 29.12.77, p.3).

¹⁴ JO n° C 231 du 12.9.1986 p.2.

¹⁵ JO n° C 372 du 9.12.1997 p.13.

¹⁶ JO n°139 du 24.12.1962, p.3921/62.

¹⁷ JO n° C 75 du 29.7.1968, p.3, rectifié par le JO n° C 84 du 28.8.1968, p.14.

¹⁸ JO n° C 1 du 3.1.1979, p.2.

¹⁹ JO n° C 43 du 16.2.1993, p.2.

²⁰ JO n°36 du 6.3.1965, p.533.

²¹ Règlement (CEE) n°2821/71 du Conseil (JO n° L 285 du 29.12.1971) modifié par le règlement (CEE) n°2473/72 du 19 décembre 1972 (JO n° L 191 du 29.12.1972).

Commission à déclarer l'interdiction de l'article 85§1 inapplicable à certaines catégories d'accords.

30. A ce jour sont en vigueur 5 règlements d'exemption par catégorie d'accords verticaux et de transfert de technologie adoptés par la Commission sur la base du règlement n°19/65/CEE:

- le règlement (CEE) n°1983/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de distribution exclusive²³;
- le règlement (CEE) n°1984/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords d'achat exclusif²⁴;
- le règlement (CEE) n°1475/95 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles²⁵;
- le règlement (CEE) n°4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de franchise²⁶;
- le règlement (CEE) n°240/96 du 31.01.1996 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de transfert de technologie²⁷.

Dans le cadre du réexamen de sa politique en matière de restrictions verticales, la Commission a présenté au Conseil une proposition de règlement modifiant le règlement n°19/65/CEE, afin de conférer à la Commission les pouvoirs nécessaires pour l'adoption d'un règlement d'exemption par catégorie couvrant l'ensemble des accords verticaux²⁸.

31. Quant à l'habilitation conférée par le Conseil en vertu du règlement (CEE) n°2821/71, elle a permis à la Commission d'adopter deux règlements d'exemption concernant certaines catégories d'accords horizontaux, à savoir :

²² Règlement (CEE) n°1534/91 du Conseil (JO n° L 143 du 7.6.1991, p.1).

²³ JO n° L 173 du 30.06.1983, modifié par le règlement de la Commission (CE) n°1582/97 du 30 juillet 1997 (JO n° L214 du 6.8.1997, p.2).

²⁴ JO n° L 173 du 30 juin 1983, modifié par le règlement de la Commission (CE) n°1582/97 du 30 juillet 1997 (JO n° L 214 du 6.8.1997, p.2).

²⁵ JO n° L 145 du 29.6.1995, p.25.

²⁶ JO n° L 359 du 28.12.1988, p.46.

²⁷ JO n° L 31 du 9.2.1996, p.2.

²⁸ JO n° C 365 du 26.11.1998, p.27.

- le règlement (CEE) n°417/85 du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de spécialisation²⁹.
- le règlement (CEE) n°418/85 du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de recherche et de développement³⁰.

32. Enfin, le règlement (CEE) n°1534/91 a habilité la Commission à adopter un règlement d'exemption par catégorie spécifique au secteur des assurances : le règlement (CEE) n°3932/92 du 21 décembre 1992 concernant l'application de l'article 85§3 à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances³¹.

33. Ces règlements d'exemption ont permis de réduire considérablement le nombre de demandes individuelles d'exemption.

B. L'accélération du traitement des demandes d'autorisation

34. Comme cela a été observé précédemment, l'adoption de décisions formelles par la Commission impose le respect d'une procédure particulièrement lourde qui s'est très rapidement révélée difficilement praticable pour la totalité des cas soumis à l'examen de la Commission. Afin d'accélérer le traitement des demandes d'autorisation dont ils sont saisis, les services de la Commission ont donc eu recours à partir de la première moitié des années 70 à la technique des lettres administratives de classement. Ces lettres permettent d'informer l'entreprise qu'en fonction des éléments dont la Commission a connaissance, l'entente notifiée soit ne remplit pas les conditions d'application de l'article 85§1 (lettre type attestation négative) soit réunit les conditions nécessaires pour bénéficier d'une exemption (lettre type exemption). Les lettres administratives de classement sont signées par un directeur de la direction générale de la concurrence. Elles permettent d'accélérer notablement le traitement des affaires dans la mesure où elles excluent généralement les mesures de publicité prévues par les articles 19 et 21 du règlement n°17 et la consultation formelle du comité consultatif et réduisent en outre les contraintes de traduction liées à ces étapes procédurales. L'usage de ces lettres s'est développé très rapidement et leur nombre s'élève maintenant entre 150 et 200 par an. Aujourd'hui, plus de 90% des cas de notification sont clôturés informellement (lettre administrative ou classement simple³²).

²⁹ JO n° L 53 du 22.2.1985, p.1, modifié par le règlement de la Commission (CE) n°2236/97 du 10.11.1997 (JO n° L 306 du 11.11.1997, p.12).

³⁰ JO n° L 53 du 22.2.1985, p.5, modifié par le règlement de la Commission (CE) n°2236/97 du 10 novembre 1997 (JO n° L 306 du 11.11.1997, p.12).

³¹ JO n° L 398 du 31.12.1992, p.7.

³² Un grand nombre d'affaires font l'objet chaque année d'un classement sans décision : il peut s'agir de plaintes ou de notifications retirées ou devenues sans objet

35. Cette technique des lettres administratives s'est avérée utile et a généralement été bien acceptée mais elle présente deux inconvénients majeurs. D'une part, de telles lettres ne répondent pas aux exigences de publicité et de transparence auxquels doivent en principe être soumis les actes administratifs. Leur envoi est en effet rarement précédé d'une publication au Journal officiel permettant aux tiers de faire valoir leurs observations conformément à l'article 19§3 du règlement n°17. D'autre part, la Cour a précisé leur valeur juridique dans l'arrêt du 10 juillet 1980³³ : elles ne constituent ni des décisions d'attestation négative ni des décisions d'application de l'article 85§3 du traité et n'ont pas pour effet de lier les juridictions nationales devant lesquelles l'incompatibilité des accords en cause avec l'article 85 est évoquée. Elles constituent un élément de fait dont les juridictions et les autorités nationales tiennent généralement compte.

C. L'encouragement du traitement décentralisé des plaintes

36. L'article 9§1 du règlement n°17 ne donne une compétence exclusive à la Commission que pour déclarer les dispositions de l'article 85§1 inapplicables en vertu du paragraphe 3 du même article. Les juridictions nationales et les autorités compétentes des Etats membres peuvent appliquer les articles 85§1 et 86 du traité et en particulier statuer sur les demandes fondées sur le droit communautaire. La Commission a maintes fois affirmé son souhait de voir se renforcer l'application décentralisée tant par les autorités que par les juridictions.

37. La Cour de justice a jugé dès 1974 dans l'affaire BRT³⁴ que les interdictions des articles 85§1 et 86 se prêtant par leur nature même à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces articles engendrent des droits dans le chef des particuliers que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Dix ans avant l'adoption de la communication sur la coopération avec les juridictions nationales³⁵, la Commission a insisté dans le treizième rapport sur la politique de concurrence³⁶ en 1983 sur l'importance des voies de droit nationales pour faire constater les infractions aux règles de concurrence communautaires. Dans la plupart des rapports ultérieurs, la Commission a regretté que cette application ne se développe que lentement³⁷. Par ailleurs, dans l'arrêt Delimitis³⁸ la Cour a

³³ Arrêt de la Cour du 10 juillet 1980 dans l'affaire 99/79, SA Lancôme et Cosparfrance Nederland BV contre Etos BV et Albert Heyn Supermarkt BV (Recueil 1980, p.2511).

³⁴ Arrêt du 30 janvier 1974 dans l'affaire 127/73, "BRT I" (Recueil 1974, p.51).

³⁵ Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE, JO n° C 39 du 13.2.1993, p.6.

³⁶ 13ème rapport annuel sur la politique de concurrence, 1983, point 217.

³⁷ Cf. notamment le quinzième rapport annuel (1985, point 38), le 16ème rapport annuel (1986, point 40), le 17ème rapport annuel (1987, point 55), le 21ème rapport annuel (1991, point 69).

³⁸ Arrêt de la Cour du 28 février 1991 dans l'affaire C-234/89, Stergios Delimitis contre Henninger Bräu AG (Recueil 1991, p.I-935).

confirmé la possibilité pour le juge national d'appliquer directement l'article 85§1 en effectuant un pronostic négatif sur l'applicabilité en l'espèce de l'article 85§3. En outre, la Cour a reconnu au juge national le pouvoir de « *prendre des mesures provisoires selon les modalités de son droit procédural national* »³⁹ et de procéder dans ce cadre à un pronostic positif quant à l'application de l'article 85§3. Enfin, elle a indiqué que, pour limiter le risque que les juridictions rendent des décisions contradictoires avec celles adoptées ou envisagées par la Commission, les juges nationaux peuvent s'adresser à la Commission afin de recueillir les informations qui leur sont nécessaires et que celle-ci est en mesure de leur fournir. Suite à cet arrêt, la Commission a adopté en 1993 la communication précitée relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales. Cette communication clarifie le cadre juridique général et précise les modalités pratiques pour atteindre une plus grande implication des juridictions nationales dans l'application des articles 85 et 86. En particulier, elle définit les conditions dans lesquelles les juridictions peuvent s'adresser à la Commission afin de demander des informations d'ordre procédural, juridique ou factuel.

38. Dans le même esprit, la communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités nationales⁴⁰, publiée en 1997, trace les lignes d'une répartition des affaires entre les autorités nationales et la Commission et invite les entreprises à s'adresser davantage aux autorités nationales de concurrence pour obtenir le respect de l'article 85§1 et de l'article 86. Le but principal de cette communication est de réduire le nombre de plaintes adressées à la Commission dans la mesure où les autorités nationales sont en mesure de les traiter de manière efficace.

39. Les deux communications précitées relatives à la décentralisation trouvent aujourd'hui leurs limites dans le cadre législatif existant. Les plaignants restent hésitants à s'adresser aux juridictions ou aux autorités nationales de concurrence lorsqu'ils s'estiment victimes d'une violation du droit communautaire. Les entreprises mises en cause dans une procédure nationale gardent toujours la possibilité de notifier leur entente à la Commission afin de frustrer l'action de l'instance saisie. En effet, comme cela a déjà été observé, l'ouverture de la procédure par la Commission dessaisit automatiquement les autorités de concurrence (article 9§3) et les juridictions peuvent surseoir à statuer en attendant que la Commission se prononce. Consciente de ce problème, la Commission a expressément évoqué au point 57 de *la communication sur la coopération avec les autorités de concurrence* la question des notifications introduites dans le but de suspendre une procédure nationale et a affirmé s'estimer fondée à ne pas traiter ces notifications de manière prioritaire. Cependant, force est de constater que les mécanismes de coopération avec les autorités nationales n'ont pas rencontré, jusqu'à présent, le succès attendu du fait du monopole de la Commission pour l'application de l'article 85§3 du traité.

³⁹ Arrêt *Delimitis* précité note 38, attendu 52.

⁴⁰ Communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du traité, JO n° C 313 du 15.10.1997, p.3.

Conclusion

40. La Commission est donc parvenue à endiguer le flux des notifications mais elle a dû pour ce faire se résigner à accorder une importance moindre aux restrictions de concurrence les plus graves qui, elles, ne sont généralement pas notifiées. A ce constat viennent s'ajouter les difficultés pour la Commission de régler les affaires dont elle est saisie dans des délais raisonnables par décision formelle, ce qui est préjudiciable à la sécurité juridique des entreprises. Ce qui précède permet de constater que les mesures prises ont atteint leurs limites et que des réformes plus profondes doivent être envisagées. Ceci est d'autant plus nécessaire que l'intégration plus poussée des marchés nationaux aggrave les effets engendrés par les comportements restrictifs de la concurrence et impose à la Commission de renforcer son action à l'encontre des ententes les plus nocives. Dans une Union élargie à plus de 20 Etats membres, il ne sera plus possible de maintenir un contrôle préalable centralisé à Bruxelles supposant l'examen individuel de milliers d'ententes. Un tel système serait lourd, inefficace et imposerait des contraintes excessives aux opérateurs économiques.

Chapitre II - Une réforme nécessaire

I. Les objectifs

41. L'article 87§2 dispose dans sa lettre a) que les dispositions d'application des articles 85 et 86 doivent permettre d'assurer le respect des interdictions visées aux articles 85§1 et 86 par l'institution d'amendes et d'astreintes et dans sa lettre b) que le régime de contrôle des ententes doit tenir compte d'une part de la nécessité d'assurer une surveillance efficace et d'autre part de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif. La recherche d'un équilibre entre efficacité de la politique et simplification du contrôle doit donc guider le choix entre les différentes options de réforme.

42. A cet égard, la Commission considère que, dans la recherche de cet équilibre et pour accomplir sa mission institutionnelle, elle doit disposer d'un cadre procédural lui permettant en premier lieu de recentrer son activité sur la lutte contre les restrictions les plus graves et en second lieu, de consentir la décentralisation de l'application des règles de concurrence communautaires tout en préservant la cohérence de la politique de concurrence dans la Communauté. Enfin, la Commission considère que le cadre procédural doit alléger les contraintes administratives pesant sur les entreprises tout en leur assurant une sécurité juridique satisfaisante.

A. Assurer l'efficacité du contrôle

1. Recentrer l'application de l'article 85 par la Commission

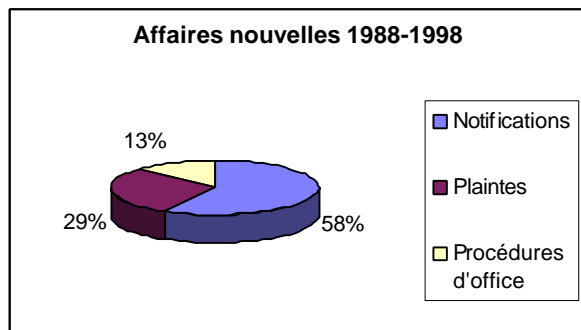
43. Saisi pour avis⁴¹ en 1961, le Comité Economique et Social avait déjà perçu les risques inhérents au régime de déclaration obligatoire tel qu'il figurait dans la proposition de règlement de la Commission. Ainsi, dans un avis du 28 mars 1961, le Comité observait : *« qu'une telle déclaration si elle peut apparaître pour certains comme un moyen de mieux connaître l'existence des ententes nocives à la concurrence, risque en réalité de détourner la Commission de sa véritable mission en la surchargeant de tâches administratives qui lui interdiront un examen sérieux et approfondi des accords intervenus entre entreprises, et de leurs effets réels »*⁴²;

44. Le risque envisagé par le CES s'est en effet réalisé. Si l'on observe les statistiques récentes de l'activité de la Commission, l'on constate que le nombre de notifications rend très difficile la conduite d'une politique active de lutte contre les

⁴¹ Avis sur le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité du 28.03.1961.

⁴² Soulignement ajouté.

pratiques restrictives. Ainsi, sur la période 1988-1998, les procédures d'office⁴³ n'ont représenté que 13% des affaires nouvelles enregistrées, ce qui témoigne du fait que la Commission s'est progressivement trouvée cantonnée dans un rôle réactif à la masse de notifications et de plaintes qui lui sont adressées. Il faut également noter que les décisions formelles de la Commission ne représentent en moyenne que 6% des cas clôturés.



45. Il apparaît aujourd'hui nécessaire de recentrer l'application de l'article 85 par la Commission en lui permettant de consacrer ses ressources à la lutte contre les cartels en particulier dans les marchés concentrés et dans les marchés en voie de libéralisation. Au lieu d'être réactive face au grand nombre de notifications qui lui parviennent, la Commission devrait pouvoir prendre l'initiative et conduire des procédures d'office à l'encontre des ententes ou des abus de position dominantes qui restreignent sévèrement la concurrence et menacent l'intégration des marchés.

2. *Décentraliser l'application des règles de concurrence*

46. Dans une Communauté élargie à plus d'une vingtaine d'Etats membres, la détection et la répression centralisée des infractions aux règles de concurrence sera de moins en moins efficace et justifiée. Il sera nécessaire de décentraliser davantage l'application des règles tant vers les autorités de concurrence des Etats membres que vers les juridictions nationales. En effet, les autorités de concurrence ont des atouts importants pour traiter certaines affaires de manière efficace: elles ont normalement une bonne connaissance des marchés locaux et des opérateurs nationaux, certaines d'entre elles disposent d'une infrastructure couvrant tout le territoire national et peuvent organiser rapidement des vérifications, la plupart ont les ressources humaines⁴⁴ et les moyens juridiques nécessaires à la répression

⁴³ Il s'agit des procédures engagées à la seule initiative de la Commission en vue de la détection et de la répression des infractions.

⁴⁴ Il y avait en 1998 dans l'ensemble des Etats membres environ 1222 fonctionnaires responsables de l'instruction d'affaires en matière de concentrations, d'ententes et d'abus de position dominante dans les Etats membres contre 153 à la Commission.

Ces données doivent être traitées avec la plus grande prudence et ne sont qu'indicatives, les comparaisons d'un Etat à l'autre étant très difficiles à établir.

d'infractions dont le centre de gravité se situe sur leur territoire. Enfin, elles sont plus proches des plaignants qui s'adressent plus spontanément à une administration nationale qu'à la Commission. Lorsque les plaignants se prévalent simultanément de dispositions du droit communautaire et du droit national, les autorités de concurrence des Etats membres, tout comme les juridictions nationales, peuvent appliquer ces deux corps de règles. Les juridictions nationales pour leur part sont plus à même que la Commission de faire droit à certaines demandes des plaignants: elles peuvent intervenir rapidement grâce aux procédures de référé et peuvent, contrairement à la Commission, octroyer des dommages et intérêts aux victimes d'infractions.

47. Une modernisation des règles de procédure devrait donc lever l'obstacle à l'application décentralisée du droit communautaire que constitue aujourd'hui la compétence exclusive de la Commission pour appliquer l'article 85§3 afin de permettre que ce droit soit appliqué par l'instance la plus à même de le faire efficacement. Une telle mesure ne devrait cependant en aucun cas compromettre l'uniformité de l'interprétation du droit communautaire ou avoir pour conséquence qu'une pluralité d'autorités nationales saisies d'une même affaire puissent adopter des décisions contradictoires.

B. Simplifier le contrôle administratif

1. Absence de nécessité d'un régime d'autorisation

48. Le bon fonctionnement d'un système d'interdiction des ententes ne suppose pas l'existence d'un régime d'autorisation. Il existe d'autres systèmes qui sont fondés, comme le droit communautaire, sur un principe d'interdiction des ententes restrictives et ne connaissent pas de système de notification et d'autorisation. En effet, un système d'interdiction n'implique pas une présomption d'illégalité de toutes les ententes mais seulement de celles qui restreignent la concurrence d'une manière sensible et ne remplissent pas les conditions d'une exemption. Il n'est donc pas nécessaire pour les entreprises de faire valider leurs accords par une autorité administrative. La règle d'interdiction contenue dans l'article 85 peut très bien se satisfaire d'un contrôle a posteriori visant uniquement à réprimer les accords violant l'article 85 dans son ensemble. Ceci est d'autant plus pertinent qu'après 35 ans de mise en œuvre, la règle est devenue plus claire et plus prévisible pour les entreprises. Il n'est, en tout état de cause, pas imaginable, dans une Union européenne élargie, que les entreprises notifient et que la Commission ait à examiner des milliers d'accords.

49. Enfin, la division actuelle dans la mise en œuvre de l'article 85 entre le paragraphe 1 et le paragraphe 3 est artificielle et contraire au caractère indivisible

Données extraites des actes du XVIIIème congrès FIDE, Stockholm, 3-6 juin 1998 Application nationale du droit européen de la concurrence, rapport général par J. Temple Lang, page 265 (pour les données détaillées par Etat membre, cf. rapport).

de l'article 85 qui exige une analyse économique de l'ensemble des effets d'un accord⁴⁵.

2. *Alléger les contraintes pesant sur les entreprises tout en leur assurant un niveau suffisant de sécurité juridique*

50. S'il était nécessaire en 1962 d'assurer l'information de la Commission grâce à un système de notification, la situation a profondément changé et rend moins justifiées aujourd'hui les contraintes de la notification. L'environnement juridique est un des éléments qui déterminent la compétitivité des entreprises, laquelle doit être stimulée le plus possible. Actuellement, la stratégie industrielle et commerciale des entreprises doit tenir compte de la nécessité de notifier leurs ententes à la Commission afin d'obtenir l'assurance que leurs projets ne violent pas les règles de concurrence. Cette obligation génère des coûts importants en particulier pour les entreprises de taille moyenne. Un des objectifs de la modernisation des règles de concurrence doit donc être de ne pas entraver la coopération entre les entreprises lorsque celle-ci ne présente pas de danger pour la concurrence en les libérant des contraintes liées à l'actuel régime de notification.

51. D'autre part, les entreprises bénéficient aujourd'hui d'un niveau de sécurité juridique satisfaisant grâce à l'existence d'un corps de règles claires, développées et précisées tant par plus de 30 années de pratique décisionnelle de la Commission et de jurisprudence de la Cour de justice que par de nombreux textes généraux quelle que soit leur forme (règlements d'exemption par catégorie, communications, lignes directrices). Toute réforme doit s'efforcer de garantir le maintien d'un niveau raisonnable de sécurité juridique aux entreprises. Ceci implique d'une part que les règles soient définies le plus clairement possible afin que les entreprises puissent procéder elles-mêmes à l'appréciation de leurs ententes et d'autre part que la cohérence de l'application par les différentes instances compétentes (Commission, autorités nationales de concurrence et juridictions) soit garantie par des mécanismes préventifs et correctifs appropriés.

II. Les options

52. C'est au regard des exigences d'efficacité du contrôle et de simplification du contrôle administratif qu'il convient d'apprécier les options ouvertes pour la réforme du régime de contrôle des ententes. Ces options doivent en outre permettre d'assurer l'application cohérente et uniforme des règles de concurrence et de maintenir un niveau raisonnable de sécurité juridique pour les entreprises.

53. Dans le cadre d'un régime d'interdiction des ententes, le législateur est confronté à un choix fondamental : l'adoption d'un régime d'autorisation ou

⁴⁵ Arrêt de la Cour du 6 avril 1962 dans l'affaire 13/61 Société Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Société de droit allemand Robert Bosch GmbH e.a. (Recueil 192, p.89) et arrêt de la Cour du 14 décembre 1977 dans l'affaire 59/77 Ets A. de Bloos SPRL contre société en commandite par actions « Bouyer » (Receuil 1977, p.2359).

d'exception légale. Les régimes d'autorisation reposent sur le principe que l'interdiction des ententes édictée par le législateur (en droit communautaire l'article 85, paragraphe 1) ne peut être levée que par un acte de l'autorité publique habilitée à cet effet, laquelle prononce une décision d'autorisation constitutive de droits. Lorsque l'interdiction des accords restrictifs est sanctionnée de nullité, la logique veut que les ententes soient nulles tant que l'autorité ne les a pas autorisées. Dans les régimes d'exception légale en revanche, l'interdiction des accords restrictifs ne s'applique pas à ceux d'entre eux qui remplissent certaines conditions déterminées par la loi. L'ensemble de ces conditions s'interprète comme une exception au principe d'interdiction.

54. Les raisons qui ont présidé en 1962 à l'adoption en droit communautaire d'un système d'autorisation ont été expliquées plus haut. Aujourd'hui, l'évolution des conditions d'intervention de la Commission conduit à s'interroger sur la nécessité de modifier le régime de contrôle des ententes. Diverses suggestions ont été faites ces dernières années dans les milieux intéressés : certaines restent dans le cadre d'un régime d'autorisation et tentent d'en accroître l'efficacité et la célérité tandis que d'autres envisagent une réforme plus profonde par l'adoption d'un système d'exception légale.

A. L'amélioration du système d'autorisation

55. Les principaux inconvénients du système actuel étant, en premier lieu l'impossibilité pour la Commission de consacrer ses ressources à la lutte contre les restrictions les plus graves, en second lieu ses difficultés à régler les affaires dont elle est saisie dans des délais raisonnables par décision formelle assurant une sécurité juridique satisfaisante aux entreprises et, en troisième lieu les entraves à l'application décentralisée des règles de concurrence communautaires par les juridictions nationales et les autorités compétentes des Etats membres, il existe plusieurs suggestions visant à améliorer le fonctionnement du système actuel.

1. L'interprétation de l'article 85

56. Une option parfois évoquée consiste en une modification de l'interprétation de l'article 85 afin d'intégrer l'analyse des effets négatifs et positifs d'une entente dans l'appréciation au regard du paragraphe 1 de l'article 85. L'application de l'exception aux termes du paragraphe 3 serait, dans un tel système, limitée aux seuls cas dans lesquels des motifs liés à la cohérence de la politique de concurrence avec d'autres politiques communautaires prévalent sur les résultats de l'analyse concurrentielle. Il s'agirait en quelque sorte d'interpréter l'article 85§1 comme incorporant une « règle de raison »⁴⁶. Un tel système allégerait les contraintes de notification pour les entreprises, celles-ci n'étant pas tenues de notifier les accords aux fins d'attestation négative.

⁴⁶ Démarche consistant, pour les autorités ou les juridictions compétentes en matière de droit de la concurrence, à mettre en balance les aspects proconcurrentiels et anticoncurrentiels d'une entente lorsqu'elles ont à statuer sur son interdiction.

57. La Commission s'est déjà engagée de manière limitée dans cette voie et a opéré une évaluation des aspects pro- et anti-concurrentiel de certaines ententes au titre de l'article 85§1. Cette démarche a été entérinée par la Cour de justice⁴⁷. La structure de l'article 85 ne permet cependant pas de l'exploiter davantage : en effet, effectuer plus systématiquement au sein de l'article 85§1 l'analyse des aspects pro et anti-compétitifs d'une entente restrictive conduirait à vider l'article 85§3 de sa substance alors que seule une révision du traité pourrait réaliser une telle modification. Il serait pour le moins paradoxal de vider l'article 85§3 de sa substance alors que cette disposition contient en fait tous les éléments d'une « règle de raison ». De plus, il serait hasardeux de faire reposer la modernisation des règles de concurrence sur une évolution de la pratique décisionnelle, sous réserve de confirmation par les juridictions communautaires. Une telle approche rendrait la modernisation dépendante des affaires soumises à la Commission et pourrait demander de nombreuses années. Enfin, cette option risquerait de détourner l'article 85§3 de son objet qui est de fournir un cadre juridique à l'appréciation économique des ententes et non de permettre d'écarter l'application des règles de concurrence en vertu de considérations politiques.

2. *La décentralisation de l'application de l'article 85§3*

58. Une des causes des difficultés de la Commission à concentrer son action sur les affaires présentant un réel intérêt communautaire réside dans le monopole qu'elle détient pour appliquer l'article 85§3. Il a donc parfois été suggéré de supprimer l'article 9§1 du règlement n°17 afin de modifier la répartition des compétences existante et de permettre aux autorités de concurrence d'appliquer pleinement l'article 85 en adoptant des décisions d'exemption constitutives de droits. Il existe plusieurs variantes de cette option en fonction des critères de répartition des compétences retenus.

59. La première variante de cette option consiste à partager la compétence d'application de l'article 85§3 et à répartir les affaires entre la Commission et les autorités de concurrence sur la base du centre de gravité des affaires (« Schwerpunkttheorie »)⁴⁸. Pour déterminer ce centre de gravité devraient être pris en compte non seulement les effets de l'accord ou de la pratique mais également l'impératif d'une protection efficace de la concurrence. En outre, un certain nombre d'affaires d'importance communautaire seraient réservées à la Commission : il s'agirait notamment des affaires soulevant une question juridique nouvelle ou des cas d'application de l'article 90 du traité.

⁴⁷ Cf. par exemple : arrêt de la Cour du 8 juin 1982 dans l'affaire 258/78, L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1982, p.2015) ; arrêt de la Cour du 28 janvier 1986 dans l'affaire 161/84, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (Recueil 1986, p.353).

⁴⁸ Elle a été développée dans un document de travail du Bundeskartellamt : Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 8. und 9. Oktober 1998 : « Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts » (<http://www.bundeskartellamt.de>).

60. Cette option ne réduit pas le nombre total de notifications mais se limite à répartir la masse des affaires existantes et futures entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. Elle ne permet pas de renforcer la répression des infractions les plus graves aux règles de concurrence qui ne sont presque jamais notifiées. Ceci serait d'autant moins efficace que les notifications susceptibles d'être traitées par les autorités nationales de concurrence ne sont pas très nombreuses. En effet, les décisions des autorités nationales ne sont exécutoires que sur leur propre territoire et ne permettent donc pas de résoudre les cas impliquant plusieurs territoires nationaux.

61. En outre, le critère de répartition des affaires proposé apparaît insuffisamment précis pour permettre une répartition claire des notifications. Le concept de centre de gravité est bien adapté à la répartition des plaintes entre autorités de concurrence mais pourrait difficilement fonder une répartition des notifications. D'autre part, un tel système continuerait d'entraver l'application du droit communautaire par les juridictions nationales en maintenant l'effet de blocage résultant de tout système d'autorisation par une autorité administrative qu'elle soit nationale ou communautaire.

62. La seconde variante consisterait à répartir les compétences entre la Commission et les autorités nationales de concurrence sur la base de seuils de chiffres d'affaires sur le modèle du règlement (CEE) n°4064/89⁴⁹. En dessous des seuils, les autorités de concurrence auraient la possibilité d'appliquer soit leur droit national, comme c'est le cas pour les concentrations, soit le droit communautaire. En effet, alors que les seuils du règlement (CEE) n°4064/89 définissent en même temps le champ d'application du droit communautaire et la compétence exclusive de la Commission, les seuils qui pourraient être introduits pour l'application de l'article 85 se borneraient à définir les compétences, le critère d'application du droit communautaire étant l'affectation du commerce entre les Etats membres. Dans l'hypothèse où les autorités nationales appliqueraient le droit national, il existerait un risque de forum shopping et de renationalisation de la politique de concurrence⁵⁰. Cette situation serait préjudiciable aux entreprises. Dans l'hypothèse où les autorités nationales appliqueraient le droit communautaire et auraient le pouvoir d'adopter des décisions d'exemption constitutives de droits, il existerait un risque important pour la cohérence de l'application du droit communautaire, notamment en cas de notifications multiples auprès de différentes autorités nationales. Cette option impliquerait que toutes les autorités nationales de concurrence se dotent de systèmes de notification alors que la mise en place de tels systèmes pourrait s'avérer particulièrement difficile pour les nouveaux Etats membres dont les structures administratives risquent de ne pas être en mesure d'assurer cette tâche.

⁴⁹ Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO n° L 395 du 30.12.1989, p. 1, corrigé dans le JO n° L 257 du 21.9.1990, p.13) modifié par le règlement (CE) n°1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 (JO n° L 180 du 9.7.1997, p. 1).

⁵⁰ Cf. à cet égard l'avis du PE sur le 26ème rapport sur la politique de concurrence (1996).

3. *L'élargissement du champ d'application de l'article 4§2 du règlement n°17*

63. L'article 4§2 du règlement n°17 dispense un certain nombre d'accords de la notification préalable aux fins d'exemption. En conséquence, l'article 6§1 aux termes duquel la date d'effet d'une décision d'exemption ne saurait être antérieure à celle de la notification ne leur est pas applicable. La fonction de cette disposition est de réduire le nombre de notifications d'accords produisant leurs effets principalement dans un seul Etat membre.

64. Une option pourrait consister à étendre davantage la dispense de notification figurant à l'article 4§2 de l'actuel règlement n°17. L'avantage découlant de cette modification pour les entreprises concernées tiendrait au fait que la Commission pourrait, même en cas de notification tardive, examiner si les accords répondent aux conditions prévues à l'article 85§3 et, si tel est le cas, adopter une décision d'exemption prenant effet à la date à laquelle l'accord a été conclu. Ainsi, la sécurité juridique des entreprises serait renforcée car cette modification élimine la nullité automatique qui pèse, dans le régime actuel, sur les accords visés par l'article 85§1 qui n'ont pas été notifiés. Une telle modification ne comporterait par ailleurs pas de relâchement de la surveillance de la Commission car l'article 4§2 ne l'empêche pas d'interdire les accords visés par l'article 85§1 et qui ne remplissent pas les conditions du paragraphe 3 dudit article.

65. Cette option constitue néanmoins un remède imparfait car elle limite la possibilité pour la Commission de recentrer son action sur les restrictions les plus graves en maintenant son monopole d'exemption et en faisant ainsi obstacle à la décentralisation.

4. *L'allégement des procédures*

66. Une des explications des difficultés de la Commission à régler, conformément aux dispositions du règlement n°17, les affaires dont elle est saisie par décision formelle réside dans la complexité des procédures instituées par ce règlement. Il a parfois été proposé d'alléger ces procédures afin de permettre à la Commission de traiter les affaires dans des délais brefs et de conférer aux entreprises la sécurité juridique. Au nombre des allègements évoqués figurent notamment la suppression des traductions dans toutes les langues communautaires tant pour les publications au titre de l'article 19§3 que pour les décisions ou la simplification des consultations du comité consultatif. Quels que soient les allègements envisagés et l'appréciation qu'il convient d'en faire, ils ne réduiront pas les affaires notifiées et ne permettront donc pas à la Commission de concentrer son action sur les restrictions les plus graves qui, elles, ne sont qu'exceptionnellement notifiées. Une telle option aurait même un effet pervers dans la mesure où toutes les notifications seraient traitées par décisions et où les entreprises seraient ainsi encouragées à notifier.

67. Une variante de cette option consiste dans la généralisation des procédures d'opposition. Il existe actuellement dans le cadre de certains règlements d'exemption par catégorie des procédures dites de non opposition aux termes desquelles les accords qui comportent des restrictions qui ne sont ni expressément

exemptées par le règlement ni expressément interdites peuvent être notifiés à la Commission⁵¹. Si cette dernière ne fait pas opposition dans un délai de 6 mois, les accords sont exemptés. Il a été proposé de généraliser ce système à l'ensemble des ententes.

68. Une telle option a cependant des effets très négatifs. Ainsi qu'il avait déjà été souligné dans le Livre vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales⁵², la généralisation d'une telle procédure aurait un effet extrêmement centralisateur, créant une incitation importante pour les entreprises à notifier leurs ententes à la Commission. Elle ne permettrait donc pas de procéder à la décentralisation de l'application des règles de concurrence. En outre, la Commission ne dispose pas des ressources nécessaires pour instruire un grand nombre de dossiers dans le cadre des procédures de non-opposition et le coût des notifications demeure élevé pour les entreprises. Cette option ne permettrait donc pas le nécessaire recentrage de l'activité de la Commission sur la lutte contre les restrictions les plus graves.

B. Le passage à un système d'exception légale

69. Dans le cadre du régime d'interdiction prévu par le traité, il existe une autre option de réforme consistant dans l'adoption d'un système d'exception légale permettant un contrôle a posteriori des ententes. Le passage à un tel système peut se faire par un règlement du Conseil basé sur l'article 87 du traité qui disposerait que toute autorité administrative ou judiciaire appelée à appliquer les dispositions de l'article 85§1 du traité applique simultanément les dispositions de l'article 85§3. De cette façon, l'article 85 deviendrait une norme unitaire composée d'une règle établissant le principe d'interdiction et d'une exception destinée à tempérer la rigueur d'un tel principe. L'article 85 deviendrait ainsi, dans son intégralité, une disposition directement applicable dont les particuliers pourraient se prévaloir en justice ou devant toute autorité habilitée à cet effet. Cette interprétation aurait pour effet de rendre licites, dès leur conclusion et sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire, les ententes prohibées par le paragraphe 1 de l'article 85 mais remplissant les conditions du paragraphe 3 dudit article. Parallèlement, les ententes restrictives de concurrence seraient illicites dès qu'elles ne rempliraient plus les conditions de l'article 85§3. Cette nouvelle réglementation n'exigerait plus de notification en vue d'une validation des accords. Le régime d'application de l'article 85 dans son ensemble devient ainsi identique à celui de l'article 85§1 et de l'article 86.

⁵¹ Il s'agit des règlements (CEE) n°4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise (JO n° L 359 du 28.12.1988, p. 46), n°417/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation (JO n° L 53 du 22.2.1985, p.1) et n°418/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement (JO n° L 53 du 22.2.1985, p.5).

⁵² Document COM(96) 721 final du 22.1.1997.

70. L'adoption d'un tel système en droit communautaire est aujourd'hui possible grâce à l'évolution du droit communautaire de la concurrence depuis 1962. Le cadre législatif en matière de concurrence a été considérablement renforcé et les réformes en cours dans le domaine des restrictions verticales et des accords de coopération horizontale contribueront à le simplifier et à le préciser davantage. Alors qu'il existait un doute légitime en 1960 sur la portée des conditions d'exemption de l'article 85, la pratique décisionnelle de la Commission, la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance ainsi que les divers règlements d'exemption par catégorie et communications à caractère général ont permis de définir de manière plus précise le contenu de ces conditions. De plus, les autorités et les juridictions nationales, les entreprises et leurs conseils juridiques ont progressivement acquis une meilleure connaissance du droit communautaire des ententes. Ces développements permettent désormais de surmonter les obstacles qui, à l'époque de l'adoption du règlement n°17, s'opposaient à l'institution d'un régime de contrôle a posteriori et trouvaient leur origine essentiellement dans les incertitudes quant à la portée exacte des conditions d'exemption de l'article 85§3.

71. Les réformes en cours dans le domaine des restrictions verticales et des accords de coopération horizontale contribueront à simplifier le cadre législatif et à préciser davantage le champ d'application de l'article 85§§1 et 3. La simplification consiste dans le fait que la Commission a l'intention d'adopter un nouveau type de règlement d'exemption qui ne sera plus basé sur une approche limitant l'exemption à certains contrats et clauses spécifiques identifiés dans le règlement. Le nouveau type d'exemption entend adopter une approche d'exemption générale pour tous les accords et toutes les clauses d'une certaine catégorie sous la seule réserve d'une liste de restrictions fondamentales interdites (« clauses noires ») et certaines conditions d'application d'une part et d'une limitation du bénéfice de l'exemption générale par un critère de seuil de part de marché d'autre part. Cette technique d'exemption permettra d'assurer la sécurité juridique à une plus grande catégorie d'accords et de restaurer une plus grande liberté de contracter aux entreprises, tout en maintenant une protection efficace de la concurrence à l'égard des accords conclus entre entreprises détenant un pouvoir de marché significatif. La nouvelle génération de règlements contribuera ainsi à simplifier les règles applicables pour la majorité des entreprises. Des communications viendront également préciser les conditions d'application de l'article 85 aux cas non couverts par les règlements d'exemption.

72. Dans ce contexte, l'adoption d'un régime d'exception légale et d'un contrôle a posteriori pourrait permettre de répondre aux défis posés à la politique de concurrence dans les décennies à venir. Dans un tel régime en effet, toute autorité administrative ou juridictionnelle investie des pouvoirs nécessaires pourrait effectuer une analyse complète de l'entente dont elle se trouverait saisie en appréciant tant ses effets restrictifs sous l'angle de l'article 85§1 que ses avantages économiques éventuels au regard de l'article 85§3. L'adoption d'un système d'exception légale se traduirait ainsi par la suppression de la compétence exclusive dont la Commission a été investie par l'article 9§1 du règlement n°17 en matière d'application de l'article 85§3. Ceci faciliterait donc la décentralisation de l'application des règles de concurrence. Un système d'exception légale permettrait également de supprimer la contrainte bureaucratique de la notification pour les entreprises, aucune autorisation n'étant plus requise pour faire exécuter en justice

les ententes qui remplissent les conditions d'application de l'article 85§3. Libérée du fardeau du traitement des notifications, la Commission pourrait, pour sa part, se consacrer à la répression des infractions les plus graves.

73. L'application de l'article 85 sera dans un régime d'exception légale similaire à celle de l'article 86 dont la Commission, les autorités nationales et les juridictions font déjà une application parallèle et concurrente.

Chapitre III- La modernisation des règles de concurrence

74. Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que l'adoption d'un système d'exception légale est l'option qui pourrait permettre d'atteindre au mieux les objectifs de recentrage de l'action de la Commission, de décentralisation de l'application des règles de concurrence et d'allègement des contraintes administratives pesant sur les entreprises.

75. La réforme proposée dans le présent livre blanc et consistant dans l'adoption d'un régime d'exception légale repose sur trois piliers : la suppression du régime d'autorisation et de notification, l'application décentralisée des règles de concurrence et le renforcement du contrôle a posteriori. Elle s'accompagnera de la poursuite d'une approche rigoureusement économique de la mise en œuvre de l'article 85.

I. La suppression du régime d'autorisation et de notification

76. Le régime de notification institué par le règlement n°17 a permis à la Commission de développer une pratique décisionnelle cohérente et d'assurer une application homogène des règles dans l'ensemble des Etats membres de la Communauté. Ce système présente néanmoins un certain nombre d'inconvénients qui conduisent aujourd'hui à le remettre en cause. L'obligation qui incombe aux entreprises souhaitant se prévaloir des dispositions de l'article 85§3 du traité de notifier leur entente à la Commission représente une contrainte importante pour la mise en œuvre de leur politique commerciale et un coût non négligeable. La rédaction matérielle des notifications et le rassemblement des données qui doivent nécessairement y être jointes représentent une charge de travail et un coût importants pour les entreprises, qu'elles choisissent de l'assurer elles-mêmes ou de la faire exécuter par leurs conseils juridiques externes. Dans un système d'exception légale, les entreprises sont déchargées de cette obligation de notification et disposent d'un moyen de défense supplémentaire devant les tribunaux pour obtenir l'exécution de leurs accords car elles peuvent plaider l'application de l'article 85§3.

77. Enfin, le système de notification, s'il s'est avéré utile aussi longtemps que l'application de l'article 85 et notamment de son paragraphe 3 était incertaine, ne permet plus de déceler les infractions les plus graves aux règles de concurrence et d'assurer ainsi une surveillance efficace au sens de l'article 87 du traité. En témoigne le fait que les notifications conduisent extrêmement rarement à des décisions d'interdiction⁵³ et que la Commission n'a utilisé qu'exceptionnellement l'article 15§6 du règlement n°17 qui lui permet de lever l'immunité des amendes dont bénéficient les entreprises notifiantes. Dans le cadre d'un régime de contrôle a posteriori, les entreprises doivent procéder elles-mêmes à l'appréciation de la

⁵³ En plus de 35 ans d'application du règlement n°17, il y a eu seulement 9 décisions d'interdiction d'accords notifiés (en l'absence de plainte).

compatibilité de leurs ententes avec le droit communautaire à la lumière des textes en vigueur et de la jurisprudence, ce qui allège certes les contraintes administratives auxquelles elles sont soumises mais leur fait également assumer une plus grande responsabilité.

78. Dans ce nouveau système de contrôle, la sécurité juridique des entreprises sera globalement maintenue à un niveau adéquat et à certains égards même renforcée. En effet, plutôt que de dépendre d'une décision d'exemption de la Commission, les entreprises pourront immédiatement obtenir exécution de leurs contrats devant les juridictions nationales, avec effet à la date de leur conclusion, si les conditions de l'article 85§3 sont remplies. Il n'existe aucune présomption de nullité des ententes au titre de l'article 85§1 : l'interdiction énoncée par cette disposition trouve seulement application lorsque les conditions de cette interdiction sont remplies. Après 40 ans de mise en œuvre, ces conditions ont été largement précisées par la pratique décisionnelle et la jurisprudence et sont connues des entreprises. De plus, la Commission envisage l'adoption de règlements d'exemption avec un champ d'application plus large. En utilisant des seuils de parts de marché, la Commission pourra éliminer l'effet de corset des règlements actuels et couvrir la grande majorité des accords, en particulier ceux conclus par les petites et moyennes entreprises. La Commission adoptera des lignes directrices et des décisions individuelles pour clarifier le champ d'application de l'article 85 §§1 et 3 en dehors des règlements d'exemption. Dans le traitement des cas individuels, la Commission adoptera une approche plus économique dans l'application de l'article 85§1, ce qui limitera le champ d'application de cette disposition aux entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché. En outre, l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités et les juridictions nationales sera renforcée ce qui accélérera la convergence des droits nationaux et du droit communautaire, simplifiant ainsi pour les entreprises la détermination de leur politique commerciale. Enfin, il existera des mécanismes préventifs et correctifs pour assurer une application cohérente et uniforme du droit communautaire par les autorités et les juridictions nationales.

79. Le régime de l'exception légale devrait s'appliquer à toutes les ententes relevant actuellement de l'article 85 du traité. Toutefois, il apparaît souhaitable de soumettre à l'avenir les entreprises communes de production d'exercice partiel à un régime d'autorisation préalable. En effet, ces opérations impliquent généralement des investissements très importants et une intégration poussée des fonctions qui rendent délicate leur dissolution par une autorité de concurrence. On peut donc considérer que l'efficacité du contrôle serait mieux assurée, pour cette catégorie d'opérations, par un régime de notification préalable obligatoire.

80. Afin de ne pas imposer de contraintes inutiles aux entreprises, seules les entreprises communes de production impliquant l'apport d'un minimum d'actifs à l'entreprise commune seraient soumises à un contrôle préalable, et ce, sous réserve de ne pas bénéficier des dispositions d'un règlement d'exemption par catégorie.

81. Il n'apparaît pas opportun de créer un cadre procédural spécifique pour cette seule catégorie d'opérations. Or, les procédures instituées par le règlement (CEE) n°4064/89 sont adaptées à l'exercice d'un contrôle préalable rapide et efficace. C'est la raison pour laquelle il est envisagé d'étendre le champ d'application de ce texte aux entreprises communes d'exercice partiel de

production avec le double test de la dominance (article 2§3 du règlement (CEE) n°4064/89) et de l'article 85 (article 2§4 du règlement (CEE) n°4064/89).

II. L'application décentralisée des règles de concurrence

82. Le système du règlement n°17 repose sur une application centralisée de l'article 85§3 : aux termes de l'article 9§1 du règlement, la Commission détient une compétence exclusive pour exempter un accord restrictif de concurrence. L'adoption d'un système d'exception légale permet de modifier cette répartition des compétences de sorte que les autorités de concurrence et les juridictions puissent également apprécier les ententes dont elles sont saisies au regard de l'article 85 dans son ensemble.

A. Une nouvelle répartition des compétences

1. La détermination de la politique de concurrence par la Commission

83. Il est essentiel que la décentralisation ne puisse avoir pour effet de générer des incohérences dans l'application du droit communautaire de la concurrence. C'est la raison pour laquelle la politique de concurrence devra continuer à être déterminée au niveau communautaire tant par l'élaboration de textes législatifs que par l'adoption de décisions individuelles. La Commission en tant que gardienne des traités et garante de l'intérêt communautaire sous le contrôle de la Cour de Justice a un rôle particulier à jouer dans la mise en œuvre du droit communautaire et dans la garantie d'une application cohérente des règles de concurrence.

84. Dans un système d'exception légale, le cadre législatif revêt en effet une importance primordiale. L'application des règles doit être suffisamment prévisible et cohérente afin de permettre aux opérateurs économiques d'apprécier la légalité de leurs ententes. La Commission conservera le monopole de l'élaboration et de la proposition des textes législatifs sous toutes leurs formes (textes réglementaires, communications, lignes directrices...) et ne manquera pas d'y recourir pour assurer la cohérence et l'uniformité de l'application des règles de concurrence.

85. Au premier rang de ces textes législatifs figurent les règlements d'exemption par catégorie. Dans le nouveau système d'exception légale, compte tenu de l'importance revêtue par la législation, la sécurité juridique des entreprises exige qu'un accord exempté ne puisse être tenu pour contraire au droit national. Dans ce but, il conviendrait d'exploiter la possibilité conférée par l'article 87§2, lettre e) et d'inscrire dans un texte réglementaire l'impossibilité pour les législations nationales d'interdire ou d'altérer les effets des accords exemptés par un règlement communautaire. D'ailleurs, certains Etats membres ont déjà inscrit ce principe dans leurs législations. Ainsi, la loi belge 91/2790 du 5 août 1991 dispose que les exemptions communautaires empêchent l'action des autorités belges et que les accords exemptés sont dispensés de notification au titre du droit national. La loi danoise exclut de l'interdiction des ententes celles qui bénéficient des dispositions

d'un règlement d'exemption communautaire. Les lois espagnole et britannique contiennent des dispositions similaires.

86. La Commission compte également élaborer davantage de communications et de lignes directrices pour expliquer sa politique et orienter la mise en œuvre des règles de concurrence communautaires par les instances nationales. Ces instruments sont particulièrement bien adaptés à l'interprétation de règles de nature économique car ils permettent de mieux prendre en compte un ensemble de critères d'évaluation qui sont pertinents dans l'examen des règles de concurrence. Même si les communications et les lignes directrices ne lient pas les instances nationales, leur valeur et leur contribution à l'application cohérente du droit communautaire résultera du fait que la Commission adoptera des décisions individuelles confirmant l'approche retenue dans ces textes. Dans la mesure où ces décisions sont confirmées par la Cour de justice, les communications et lignes directrices font partie des règles originaires qui doivent être appliquées par les instances nationales.

87. La politique de la Commission en matière de concurrence continuera, dans un régime d'exception légale, à se traduire par l'adoption de décisions individuelles d'interdiction qui revêtiront une très grande importance en tant que précédents. Du fait du recentrage de l'activité de la Commission sur la lutte contre les restrictions les plus graves, le nombre de décisions individuelles d'interdiction devrait sensiblement augmenter.

88. S'il est vrai que la Commission ne pourra plus adopter de décisions d'exemption au titre de l'article 85§3 comme c'est le cas aujourd'hui, il sera nécessaire de lui permettre d'adopter des décisions individuelles qui ne soient pas des décisions d'interdiction. En effet, lorsqu'une opération présente une problématique nouvelle, il peut être nécessaire de donner une orientation au marché sur la politique de la Commission vis-à-vis de certaines restrictions. De telles décisions positives seraient donc prises pour des motifs d'intérêt général, de manière exceptionnelle.

89. Dans un système d'exception légale, les décisions positives de la Commission se limiteront à constater qu'une entente est compatible avec l'article 85 dans son ensemble, soit qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'article 85§1, soit qu'elle satisfasse aux conditions de l'article 85§3. Ces décisions seront de nature déclaratoire et auront la même valeur juridique que les décisions actuelles d'attestation négative.

90. D'autre part, il peut arriver qu'au cours d'une procédure d'interdiction, des entreprises proposent à la Commission des engagements qui sont de nature à lever les objections soulevées par une entente. Il est alors utile que la Commission puisse leur donner une force obligatoire afin d'une part de pouvoir contraindre les entreprises à les respecter et d'autre part de permettre aux parties et aux tiers de s'en prévaloir le cas échéant devant une instance nationale. Il est donc envisagé de créer dans le futur règlement d'application des articles 85 et 86 un nouveau type de décisions individuelles soumises aux conditions ordinaires de publication par lequel la Commission pourrait prendre acte des engagements pris par les entreprises et consacrer leur caractère obligatoire. Cet instrument permettrait de clôturer des procédures engagées en assurant le respect des engagements des entreprises. Le corollaire de cette modification est l'intégration dans le régime de sanction du

règlement d'une disposition permettant de sanctionner d'amende et d'astreinte le non respect des engagements par les entreprises.

2. Le renforcement du rôle des autorités nationales dans l'application des règles de concurrence

91. L'intervention des autorités de concurrence des Etats membres et de la Commission est fondée sur des motifs d'ordre public économique : elles n'ont pas pour mission, comme les juridictions nationales, de trancher des litiges entre parties, mais de garantir le maintien d'un régime de concurrence non faussée. Jusqu'à présent, la coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence s'est fondée sur des critères pragmatiques et est restée limitée du fait de l'existence du monopole de la Commission pour l'application de l'article 85§3. Après 35 ans d'application des règles communautaires de concurrence, il est aujourd'hui nécessaire de mieux utiliser la complémentarité existant entre les autorités nationales et la Commission et de favoriser l'application des règles de concurrence par un réseau d'autorités dont l'action serait inspirée par des principes communs et une collaboration étroite.

92. Le fonctionnement optimal d'un tel réseau implique toutefois trois types de mesures : a) l'abandon du monopole de l'exemption par la Commission, b) le droit pour les autorités de prononcer le retrait du bénéfice d'un règlement communautaire d'exemption par catégorie et c) la possibilité pour l'autorité saisie, qu'elle soit nationale ou communautaire, de transmettre à une autre autorité un dossier et toute information confidentielle susceptible d'être utilisée dans la poursuite d'infractions aux règles communautaires de concurrence.

93. Dans un régime d'exception légale, les autorités nationales pourront elles-mêmes apprécier si un accord remplit ou non les conditions d'application de l'article 85§3 et ne seront plus tenues d'en référer à la Commission. Elles pourront poursuivre l'instruction sur plainte ou d'office d'un cas d'application du droit communautaire sans se voir opposer par les auteurs de l'entente l'existence d'une notification pendante auprès de la Commission.

94. Pour permettre ce renforcement du rôle des autorités nationales, il sera nécessaire de modifier le règlement n°17 afin de supprimer le monopole d'exemption et d'indiquer sans ambiguïté que toute autorité saisie d'un cas d'application de l'article 85 doit examiner si les conditions de l'exemption sont réunies. Afin que cette réforme permette réellement d'améliorer l'application décentralisée des règles de concurrence, il sera nécessaire que les 7 Etats membres qui ne l'ont pas déjà fait dotent leurs autorités de concurrence du pouvoir d'appliquer le droit communautaire.

95. Un complément logique de l'abandon du monopole d'exemption par la Commission est la possibilité pour les autorités nationales de prononcer le retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie sur leur marché national si celui-ci ou une partie de celui-ci constitue un marché distinct. En effet, les autorités de concurrence des Etats membres sont particulièrement bien placées pour apprécier, sur le territoire de leur Etat si, dans un cas particulier prévu par le règlement d'exemption, les accords visés par un règlement d'exemption ne remplissent pas les conditions de l'article 85§3 et ne peuvent donc pas bénéficier

de l'exemption catégorielle. Cette possibilité a déjà été anticipée dans la communication de la Commission sur les restrictions verticales⁵⁴ et pourra être généralisée dans le cadre du nouveau règlement d'application des articles 85 et 86.

96. Enfin, il peut s'avérer qu'une autorité de concurrence nationale rencontre des difficultés lorsqu'elle est saisie d'une plainte impliquant des mesures d'instruction dans plusieurs Etats membres. Inversement, la Commission peut être saisie d'une affaire dont les effets sont essentiellement concentrés dans un seul Etat membre. Dans ces situations, la solution la plus efficace serait pour l'autorité saisie de transmettre le dossier pour compétence à l'autorité la mieux placée pour le traiter. Ceci présuppose que l'autorité à qui un dossier est transmis puisse utiliser directement l'ensemble des pièces qu'il comporte comme moyen de preuve. Actuellement, l'article 20 du règlement n°17 fait obstacle à l'utilisation par les autorités de concurrence des informations transmises par la Commission comme moyen de preuve⁵⁵.

97. Le nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 du traité devrait donc permettre à la Commission lorsqu'elle constate qu'une affaire a un effet principalement national de transmettre l'ensemble du dossier, y compris les informations confidentielles, à l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel les effets de la pratique dénoncée se produisent afin que celle-ci poursuive l'enquête en utilisant directement les informations transmises comme moyen de preuve. Inversement, si après des investigations, une autorité nationale arrive à la conclusion qu'une affaire est de dimension communautaire et requiert une action de la Commission, elle devrait pouvoir transmettre le dossier à la Commission, à l'instar de ce que peut faire l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre échange actuellement⁵⁶. La seule limite qui devra être maintenue est celle posée par l'objet du mandat d'origine: les informations ne doivent être utilisées que dans le but où elles ont été recueillies et pour l'application des articles 85 et 86, voire le cas échéant des droits nationaux sur la concurrence, quelle que soit l'autorité qui a procédé à l'enquête.

98. La contrepartie de cette extension dans l'utilisation des informations devrait être l'inscription dans le nouveau règlement du principe de l'exclusion d'une double sanction mais aussi de l'imposition de remèdes distincts sous forme d'engagements pris par les entreprises vis à vis d'une autorité nationale ou de la Commission.

⁵⁴ JO n° C 365 du 26.11.1998, p.3.

⁵⁵ Arrêt de la Cour du 16 juillet 1992 dans l'affaire C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia contre Asociación Española de Banca Privada (AEB) e.a. (Recueil 1992, I-4820, points 37 et suivants des motifs).

⁵⁶ Protocole 23 concernant la coopération entre les autorités de surveillance (article 58 de l'accord sur l'Espace économique européen, JO n° L 1 du 3.1.1994 p. 186).

3. *Le renforcement du rôle des juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence*

99. Les juridictions nationales sont proches du citoyen européen et elles ont depuis l'origine du traité le rôle spécifique de protéger les droits subjectifs qui découlent directement du droit communautaire pour tous les justiciables⁵⁷. Les juridictions nationales ont été reconnues par la Cour de justice comme un pilier indispensable pour l'application efficace du droit communautaire, y compris le droit de la concurrence. Elles appliquent l'article 85 dans trois types de procédures : les actions en responsabilité contractuelle (litige entre les parties), les actions en responsabilité non contractuelle (litige entre une ou plusieurs parties et un tiers) et les demandes de mesures provisoires.

100. En raison du monopole d'exemption inscrit dans le règlement n°17, les juridictions nationales ne peuvent pas appliquer positivement le paragraphe 3 de l'article 85. Comme elles n'ont pas le pouvoir d'appliquer l'article 85§3, les entreprises peuvent en pratique bloquer l'action judiciaire par une notification à la Commission. Ce phénomène est un obstacle majeur à une application accrue des règles de concurrence par les juridictions nationales. Dans un système d'exception légale, les entreprises pourront invoquer l'application directe de l'article 85§3 devant les tribunaux. Ce nouveau moyen de défense leur permettra de faire exécuter sans délai ceux de leurs accords restrictifs qui remplissent les conditions de l'article 85§3, accroissant ainsi leur sécurité juridique. Les plaignants pour leur part, pourront obtenir plus rapidement des dommages et intérêts lorsqu'ils sont victimes d'une entente illicite. Il faut rappeler à ce propos que, sous réserve des recours juridictionnels, les décisions des juridictions nationales ont autorité de chose jugée. Elles sont reconnues par les juridictions de tous les Etats membres en vertu des Conventions de Bruxelles⁵⁸ et de Lugano⁵⁹ sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

B. Application cohérente et uniforme des règles de concurrence

1. Risque de conflits et principes de solution

101. La décentralisation de l'application des règles de concurrence et l'abandon du système d'autorisation ne doivent pas faire obstacle au maintien de conditions de concurrence homogènes dans toute la Communauté. Le principe de primauté du

⁵⁷ Arrêt de la Cour du 5 février 1963 dans l'affaire 26/62, Van Gend et Loos contre Administration fiscale néerlandaise (Recueil 1963, p. 3) et BRT/SABAM précité note 34.

⁵⁸ Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L 299 du 31.12.1972 p.32, modifiée en dernier lieu par la Convention d'adhésion de 1997, JO n° C 15 du 15.1.1997, p. 1.

⁵⁹ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988 (JO n° L 319 du 25.11.1988, p.9).

droit communautaire fait obstacle à ce que l'application du droit national puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci⁶⁰. En revanche, dès lors que plusieurs instances (Commission, autorités et juridictions nationales) appliquent le droit communautaire, il existe deux type de conflits potentiels :

- (1) Une autorité ou une juridiction nationale adopte une approche favorable (rejet d'une plainte au motif que l'accord ne tombe pas sous le coup de l'article 85§1 ou remplit les conditions d'application de l'article 85§3 ou jugement ordonnant l'exécution forcée d'un accord restrictif) vis-à-vis d'une entente que la Commission interdit ;
- (2) Une autorité interdit un accord ou une juridiction ne donne pas exécution à un accord vis-à-vis duquel la Commission adopte une approche positive (rejet de plainte contre cette entente ou décision positive).

102. Il faut tout d'abord souligner le fait que l'application parallèle des règles communautaires de concurrence existe depuis 1962 pour les articles 85§1 et 86 et n'a soulevé que très peu de problèmes. Les principes de solution sont en effet les suivants :

- (1) Lorsque la Commission a engagé une procédure ou a fortiori adopté une décision devenue définitive, la Cour a jugé dans l'affaire *Delimitis*⁶¹, que le juge national a l'obligation d'éviter les conflits de décisions, si nécessaire en suspendant sa procédure pour demander des informations à la Commission ou en effectuant un recours préjudiciel au titre de l'article 177 du traité ; ce principe peut être transposé par analogie aux autorités de concurrence nationales qui ne peuvent toutefois pas effectuer de renvoi préjudiciel au titre de l'article 177.
- (2) Lorsqu'une autorité nationale adopte une décision positive devenue définitive ou lorsqu'une juridiction rend un jugement « positif » (par exemple rejet de plainte au motif qu'une entente remplit les conditions de l'article 85§3) devenu définitif, la Commission peut toujours intervenir et interdire l'accord, sous réserve du principe de la *res judicata* pour les litiges entre les parties qui ont été jugés définitivement par une juridiction.
- (3) Lorsqu'une autorité ou juridiction nationale rend une décision adoptant une position négative vis-à-vis d'une entente, la Commission estime normalement ne pas devoir intervenir autrement que devant la Cour de Justice dans le cadre d'un éventuel recours préjudiciel au titre de l'article 177.
- (4) Tant qu'une décision nationale ou un jugement national n'est pas devenu définitif, la Commission peut à tout moment adopter une décision contraire.

⁶⁰ Cf. arrêt de la Cour du 13 février 1969 dans l'affaire 14/68, *Walt Wilhelm* (Recueil 1969, p.1).

⁶¹ Arrêt précité note 38.

Dans ce cas, le principe de l'obligation d'éviter les conflits de décision pèse sur l'instance d'appel.

103. Ces principes de solution devraient permettre de résoudre les conflits susceptibles de surgir entre les différentes instances appliquant le droit communautaire de la concurrence. Il est cependant souhaitable d'instituer des mécanismes propres à éviter ces conflits. Il peut également se révéler nécessaire de renforcer le principe selon lequel l'application du droit national ou communautaire de la concurrence par les autorités ou les juridictions nationales doit être cohérente avec l'application du droit communautaire de la concurrence par la Commission sous le contrôle de la Cour de Justice.

2. *Mécanismes d'information et de coopération*

104. Afin d'assurer la cohérence de l'application des règles et l'unicité de la politique de concurrence, il existe déjà en droit communautaire deux principaux instruments : les articles 169 et 177 du traité. L'article 169 du traité permet à la Commission de saisir la Cour de justice des cas d'infraction aux règles communautaires par les Etats membres tandis que l'article 177 fait obligation aux juridictions statuant en dernier ressort et confrontées à un problème d'interprétation du droit communautaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Ces deux procédures sont certes efficaces mais elles peuvent s'avérer très lentes pour maintenir ou restaurer la cohérence de la politique de concurrence qui requiert une coopération quotidienne entre les autorités compétentes. Il est nécessaire de mettre en place des mécanismes souples et rapides d'information et de coopération entre les autorités de concurrence, les juridictions et la Commission.

105. Concernant les autorités de concurrence, il est proposé de prévoir dans le règlement n°17 modifié une obligation d'information de la Commission des cas d'application des articles 85 et 86 par les autorités de concurrence des Etats membres, parallèle à celle qui existe pour la Commission au titre de l'article 10 de l'actuel règlement⁶². Cette information devra être communiquée lors de l'ouverture d'une procédure et avant sa fermeture. La Commission devra également être informée dans l'hypothèse où une autorité envisage de procéder au retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption. Grâce à cette information et aux échanges qui pourront avoir lieu avec les autorités nationales, la cohérence de la politique de concurrence devrait pouvoir être garantie sans qu'il soit besoin de recourir à des mécanismes autoritaires de résolution des conflits dans l'application du droit communautaire. La Commission conservera cependant la possibilité de dessaisir les autorités de concurrence en application d'un mécanisme équivalent à l'article 9§3 de l'actuel règlement n°17. Pour assurer la cohérence entre les procédures au titre du droit communautaire et les procédures au titre du droit national, il faudra prévoir également une obligation des autorités nationales d'informer la Commission, de leur propre initiative ou à la demande de celle-ci, des procédures

⁶² En Allemagne, le paragraphe 50(3) du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) tel que modifié par le sixième amendement (entré en vigueur le 1.1.1999) prévoit déjà l'information de la Commission sur les cas d'application du droit communautaire de manière à lui permettre de prendre position.

qu'elles mènent en application du droit national et qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur des procédures communautaires.

106. Il est évident que dans le cadre du fonctionnement du réseau entre la Commission et les Etats membres, le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes verra nécessairement son rôle se renforcer. Il deviendra en effet un véritable forum au sein duquel les cas importants seront discutés quelle que soit l'autorité de concurrence qui les traite. Ainsi, il continuera d'être consulté dans les mêmes conditions qu'aujourd'hui sur les projets législatifs et de décision de la Commission mais il pourrait être envisagé de permettre à celle-ci, de sa propre initiative ou à la demande d'un Etat membre d'inscrire un cas d'application du droit communautaire par une autorité de concurrence à l'ordre du jour d'une réunion du comité pour avis. Dans le cadre de la stratégie pré-adhésion, la Commission accordera une attention particulière au développement de la concurrence dans les pays candidats et apportera une assistance renforcée à leurs autorités de concurrence.

107. En ce qui concerne les juridictions nationales, afin de garantir que cette décentralisation de l'application des règles préserve la cohérence de l'interprétation des règles d'une part et de manière à soutenir les juridictions dans l'exercice de leur fonction, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes de coopération entre la Commission et les juridictions. En premier lieu, il est essentiel tout d'abord que la Commission puisse être informée des procédures d'application des articles 85 et 86 du traité devant les juridictions afin de déceler les éventuelles difficultés d'interprétation des textes ou les lacunes du cadre législatif. Il est donc envisagé d'inscrire une obligation pour le juge de procéder à une telle information dans le texte du règlement. Une obligation semblable existe d'ailleurs déjà par exemple en droit allemand⁶³. Il serait d'autre part nécessaire de permettre à la Commission, sous réserve de l'accord du juge saisi, d'intervenir dans les procédures judiciaires dont elle aura connaissance grâce à l'information ainsi transmise par les juridictions. Une telle intervention en tant qu'*amicus curiae* pourrait efficacement contribuer au maintien de la cohérence de l'application des règles de droit. Il est par conséquent envisagé d'introduire une disposition spécifique à cet effet dans le règlement. Enfin, il est envisagé de reprendre dans le règlement n°17 modifié les règles figurant dans l'actuelle communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales précitée en tant qu'elle prévoit la possibilité pour les juridictions de s'adresser à la Commission en cours de procédure pour lui demander des renseignements d'ordre procédural, juridique ou économique. Par ailleurs, il convient de relever que dans certains Etats membres, il existe des formes de coopération entre les juridictions saisies d'une question de concurrence et les autorités de concurrence (cf. par exemple possibilité d'intervention du BKartA en Allemagne ou expertises du Conseil de la concurrence en France).

⁶³ Le paragraphe 96 combiné avec le paragraphe 90 du GWB fait obligation aux juridictions d'informer le Bundeskartellamt des procédures dans lesquelles il est fait application du droit communautaire .

III. Le renforcement du contrôle a posteriori

108. L'adoption d'un système d'exception légale doit avoir comme corollaire indispensable le renforcement du contrôle a posteriori du respect des règles de concurrence. Dans la réforme proposée, les pouvoirs d'enquête de la Commission devront être renforcés, le dépôt des plaintes devra être facilité et le régime des sanctions devra être aménagé.

A. Le renforcement des moyens d'investigation

109. Pour que la Commission puisse lutter efficacement contre les restrictions de concurrence cachées, il n'est pas seulement nécessaire de lui permettre de consacrer ses ressources à l'instruction des plaintes et des procédures d'office, il est également important d'accroître ses pouvoirs d'enquête.

110. Actuellement, lorsque la Commission veut effectuer des vérifications au titre de l'article 14§3, les autorités nationales de concurrence qui leur prêtent assistance doivent, dans la plupart des Etats membres⁶⁴, obtenir une autorisation judiciaire afin de surmonter une éventuelle opposition de la part de l'entreprise⁶⁵. Dans les affaires impliquant plusieurs entreprises, des vérifications doivent le plus souvent être menées simultanément dans différents Etats membres et ces autorisations doivent en conséquence être demandées à plusieurs juges dont la compétence est limitée au contrôle de l'authenticité de la décision et du caractère ni arbitraire ni excessif de la vérification envisagée⁶⁶.

111. Afin de garantir la simultanéité et la cohérence des vérifications et de renforcer les garanties offertes aux entreprises qui y sont soumises, plusieurs options sont envisageables. Il serait tout d'abord possible de centraliser ce contrôle judiciaire en le confiant à une juridiction communautaire. Cette solution, tout en protégeant les droits des entreprises objet des vérifications, aurait le mérite de simplifier considérablement les procédures de vérification et de régler définitivement les problèmes d'incohérence et de manque de simultanéité. Une autre option envisageable consisterait à harmoniser et à simplifier les droits nationaux de procédure de manière à garantir la délivrance rapide et simultanée des ordonnances dans les Etats où elles sont nécessaires. Cette deuxième voie est beaucoup plus délicate et supposerait des modifications profondes du droit de procédure judiciaire dans certains Etats membres.

⁶⁴ Belgique, Danemark, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Luxembourg, Portugal, Espagne et Royaume-Uni.

⁶⁵ Cette situation résulte de la jurisprudence Hoechst (arrêt de la Cour du 21 septembre 1989 dans les affaires jointes 46/87 et 227/88, Hoechst contre Commission des Communautés européennes, Recueil 1989, p.2859) qui laisse au droit national le soin de définir les modalités procédurales appropriées pour garantir le respect des droits des entreprises.

⁶⁶ Arrêt de la Cour du 21 septembre 1989 dans les affaires jointes 46/87 et 227/87, Hoechst AG contre Commission des Communautés Européennes (Recueil 1989, p 2859, point 35).

112. Le droit pour les agents mandatés de la Commission de poser en cours de vérification des questions orales aux représentants ou aux collaborateurs des entreprises autres que celles se rapportant directement aux documents se trouvant dans l'entreprise a parfois été contesté et le dispositif de sanctions administratives applicables à la production d'informations inexacts présente une lacune à cet égard.

113. Il est donc envisagé de modifier l'article 14 du règlement n°17 de manière à faire ressortir sans ambiguïté qu'au cours d'une vérification, les agents mandatés de la Commission disposent du pouvoir de poser toute question orale aux représentants et aux collaborateurs de l'entreprise pour autant que l'objet de telles questions soit justifié par le but et soit en rapport avec l'objet de la vérification et d'exiger une réponse complète et exacte. Une disposition complémentaire pourrait également être introduite qui préciserait que les agents mandatés sont habilités à dresser des procès-verbaux reprenant les réponses fournies au cours des vérifications. Ces procès-verbaux seraient versés au dossier et pourraient être utilisés dans la suite de la procédure. Le corollaire de cette nouvelle disposition est de soumettre au régime des sanctions pour production de renseignements inexacts les réponses données au cours des vérifications.

114. En outre, afin de renforcer l'efficacité de ses moyens d'enquête, la Commission devrait être dotée du pouvoir de convoquer toute personne susceptible de lui fournir des informations utiles à son enquête dans les locaux de la Commission afin de recueillir par procès-verbal ses déclarations⁶⁷. Cette possibilité pourrait être utilisée vis-à-vis des entreprises objet de la procédure: il s'agirait en quelque sorte d'un complément de l'article 14 permettant notamment d'interroger des personnes qui n'étaient pas présentes dans l'entreprise lors d'une vérification. Elle trouverait également à s'appliquer vis-à-vis de plaignants ou de tiers.

115. Dans un système d'exception légale, la détection des infractions reposera en grande partie sur la surveillance des marchés. L'instrument des enquêtes par secteur a été très rarement utilisé depuis 1962 mais il revêtira dans ce nouveau contexte une plus grande importance. Le dispositif actuel devrait par conséquent être maintenu.

116. L'expérience montre que les demandes de renseignements de la Commission aux entreprises au titre de l'article 11 ne soulèvent pas de difficulté majeure. Le principe selon lequel les entreprises sont tenues de répondre a été maintes fois rappelé par la Cour de justice qui n'a admis qu'une exception en ce qui concerne les questions directement incriminantes⁶⁸. Les procédures de sanction en cas de réponse inexacte ou incomplète sont efficaces. Le seul aspect qui mérite d'être considéré dans ce contexte concerne le paragraphe 4 de l'article 11 qui dispose que sont tenus de fournir les renseignements demandés les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de

⁶⁷ La plupart des législations nationales sur la concurrence donnent aux autorités le pouvoir de convoquer les personnes susceptibles de fournir des renseignements utiles à l'enquête. C'est notamment le cas des droits belge, français et allemand.

⁶⁸ Arrêt de la Cour du 18 octobre 1989 dans l'affaire 374/87, Orkem contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1989, p.3283).

sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Or, un tel libellé fait obstacle à ce que les avocats dûment mandatés puissent répondre au nom de leur client bien que très souvent, ce soient ces mêmes avocats qui soient chargés de la rédaction matérielle des réponses fournies aux demandes de renseignements de la Commission. Il est donc envisagé d'amender la rédaction de l'article 11 afin de permettre aux avocats dûment mandatés de répondre au nom de leurs clients lorsque ceux-ci le souhaitent.

B. L'importance accrue des plaintes dans le nouveau système

117. Les plaintes formelles représentent actuellement près de 30% des affaires nouvelles dont la Commission est saisie et les éléments transmis à la Commission de manière informelle sont à l'origine de la plupart des procédures d'office. Les informations qui lui sont transmises dans ce cadre sont très précieuses pour la détection des infractions aux règles de concurrence. Il faut donc garantir que toute personne, physique ou morale, identifiant une pratique concurrentielle susceptible d'être visée *prima facie* par les articles 85 ou 86 du traité et faisant valoir un intérêt légitime continue d'être recevable à déposer une plainte devant la Commission.

118. Dans le cadre du recentrage de l'activité de la Commission sur la lutte contre les restrictions les plus graves, les plaintes vont acquérir une importance encore plus grande que celle qu'elles ont actuellement. Pour cette raison, le nouveau régime devra faciliter le dépôt des plaintes. Une série de mesures pourraient contribuer à inciter les victimes d'infractions à s'adresser à la Commission. Il pourrait s'agir notamment de la publication d'une communication explicative sur les plaintes par la Commission, de l'introduction de délais de traitement, de la simplification de la procédure de rejet de plainte et de l'adoption de dispositions relatives aux mesures provisoires.

119. La Commission devrait améliorer l'information des plaignants potentiels sur les modalités de son action. La jurisprudence ayant reconnu à la Commission la possibilité de déterminer des priorités dans la répression des infractions en prenant en considération la notion d'intérêt communautaire suffisant⁶⁹, il semble aujourd'hui nécessaire de préciser cette notion dans une communication de manière à ce que les plaignants puissent déterminer plus aisément quelle instance, nationale ou communautaire, ils ont intérêt à saisir de leur demande. Cette communication pourrait guider les plaignants dans le choix de l'instance à laquelle ils doivent s'adresser. Une telle communication sur les plaintes devrait indiquer par ailleurs ce que les plaignants peuvent attendre d'une intervention de la Commission, à savoir un ordre de cessation valable *erga omnes* sans octroi de dommages et intérêts. Elle devrait également aider dans la rédaction de leur demande en leur indiquant notamment quelles sont les informations dont la Commission a généralement besoin pour établir l'existence d'une infraction. Enfin, elle devrait rappeler la

⁶⁹ Arrêt du Tribunal du 18 septembre 1992 dans l'affaire T-24/90, Automec Srl contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1992, p.II-2223).

sévérité de la Commission dans l'imposition d'amendes vis-à-vis des entreprises qui ont usé de mesures de rétorsion à l'encontre des plaignants.

120. Actuellement, la Commission n'est soumise qu'à l'obligation d'examiner les plaintes qui lui sont soumises dans un délai raisonnable. Or, les plaignants s'estimant victimes d'une infraction aux règles de concurrence communautaires ont besoin de savoir rapidement si la Commission va instruire leur plainte, c.à.d. procéder à des vérifications ou à des demandes de renseignements afin d'établir l'existence des pratiques incriminées ou si elle a l'intention de rejeter leur plainte au motif que le plaignant lui-même n'a pas d'intérêt légitime à faire valoir, que sa plainte n'est pas fondée ou qu'elle est dépourvue d'intérêt communautaire. Dans ce dernier cas, il est impératif que le plaignant puisse rapidement s'adresser à l'autorité de concurrence nationale ou à la juridiction qui pourra donner suite à sa demande. Il est envisagé d'instituer un délai de 4 mois au terme duquel la Commission aurait l'obligation d'informer le plaignant de la suite qu'elle entend donner à sa demande. Dans l'hypothèse où elle n'entend pas poursuivre l'instruction de la plainte, la Commission adresserait au plaignant une lettre motivée l'informant du classement du dossier. Cette lettre serait susceptible de recours devant le Tribunal de première instance. Dans l'hypothèse où elle considère que des mesures d'instruction sont nécessaires, la Commission en informera également le plaignant dans ce même délai de 4 mois, sans préjuger de la suite de la procédure. Si après une instruction plus détaillée, et qui, elle, ne peut dépasser un délai raisonnable⁷⁰, la Commission estimait ne pas pouvoir donner une suite à la plainte, elle en informerait également le plaignant par lettre motivée qui serait également susceptible de recours devant le Tribunal de Première Instance.

121. La procédure actuelle est alourdie par l'obligation d'adresser au plaignant une lettre exposant la position provisoire de la Commission (lettre article 6 du règlement (CE) n°2842/98⁷¹), la réception de ses commentaires et l'adoption d'une décision formelle. Cette procédure est très contraignante et mobilise une partie importante des ressources de la Commission. A cet égard, il convient de remarquer que les décisions de rejet de plainte ont compté pour plus de la moitié du total des décisions formelles de la Commission ces dernières années. L'introduction d'un délai de quatre mois devra donc s'accompagner d'une simplification de la procédure de rejet de plainte et en particulier d'un assouplissement dans l'organisation du contradictoire.

122. Il arrive très souvent que les plaignants assortissent leur plainte d'une demande de mesures provisoires afin de faire cesser sans délai l'infraction dont ils s'estiment victimes. Bien que le règlement n°17 ne confère pas explicitement à la Commission le pouvoir d'ordonner de telles mesures, la jurisprudence a reconnu à

⁷⁰ Arrêt du Tribunal du 22 octobre 1997 dans les affaires T-213/95 et T-18/96 SCK et FNK contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1997, II-1739) et arrêt de la Cour du 17 décembre 1998 dans l'affaire C-185/95-P Baustahlgewebe GmbH contre Commission des Communautés européennes (non encore publié au recueil).

⁷¹ Règlement (CE) n°2842/98 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE (JO n° L 354 du 30.12.1998, p.18).

la Commission le pouvoir de prononcer des mesures provisoires⁷² sur base d'un constat *prima facie* d'infraction en cas d'urgence lorsqu'il existe le risque d'un préjudice grave et irréparable. Il apparaît aujourd'hui nécessaire d'inscrire dans le règlement n°17 non seulement les conditions d'octroi de mesures provisoires mais également la procédure pour leur adoption et la durée de leur validité. La pratique actuelle s'est révélée efficace.

C. Les sanctions

123. L'article 15§2 du règlement n°17 dispose que la Commission peut imposer des amendes dont le montant peut atteindre 10% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à une infraction aux articles 85§1 et 86. La politique de la Commission en matière d'amendes a été progressivement clarifiée par la pratique décisionnelle, les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15§2 du règlement n°17 et de l'article 65§5 du traité CECA⁷³ et enfin la communication concernant la non imposition ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes⁷⁴. Il n'est pas envisagé de modifier ce montant maximal qui s'est révélé approprié. L'adoption d'un système d'exception légale implique en revanche la suppression de l'immunité des amendes liée à la notification, cette dernière disparaissant. Ceci renforce l'effet utile de l'interdiction et donc le caractère préventif de la règle d'interdiction.

124. Les amendes de procédures requièrent une adaptation. Actuellement, le règlement n°17 sanctionne d'une amende de 100 à 1.000 euros le fait pour une entreprise de fournir des informations inexactes ou de présenter de façon incomplète les documents requis lors d'une vérification. Ces montants n'ont jamais été révisés depuis 1962 et apparaissent aujourd'hui trop faibles pour exercer un véritable effet dissuasif. Il est envisagé de s'aligner sur le règlement (CEE) n°4064/89⁷⁵ dont les dispositions correspondantes prévoient des amendes de 1.000 à 50.000 euros en pareille hypothèse.

125. Il en va de même pour les montants d'astreinte susceptibles d'être infligées à une entreprise qui ne produit pas des renseignements demandés par décision ou refuse de se soumettre à une vérification au titre de l'article 14§3. Les dispositions correspondantes du règlement sur le contrôle des concentrations prévoient des astreintes d'un montant maximal de 25.000 euros. Le nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 pourrait retenir ce montant.

⁷² Ordonnance de la Cour du 17 janvier 1980 dans l'affaire 792/79R, Camera Care Ltd contre Commission des Communautés Européennes (Recueil 1980, p.119).

⁷³ JO n° C 9 du 14.1.1998, p. 3.

⁷⁴ JO n° C 207 du 18.7.1996, p. 4.

⁷⁵ Règlement (CEE) n°4064/89 précité.

126. Le règlement (CEE) n°4064/89 prévoit une deuxième catégorie d'astreintes susceptibles d'être infligées aux entreprises n'exécutant pas une charge imposée par décision (article 15§2). Le montant maximal de ces astreintes est de 100.000 euros. Il existe une certaine similitude entre les charges susceptibles d'être imposées aux entreprises dans le cadre de l'autorisation d'une opération de concentration et les décisions d'acceptation d'engagements qu'il est envisagé de créer. C'est pourquoi, sur le modèle du règlement (CEE) n°4064/89, une seconde catégorie d'astreintes pourrait être créée.

127. Lorsque des amendes sont infligées à des associations d'entreprises, le chiffre d'affaire à prendre en compte est celui des entreprises membres de l'association. Cependant, l'article 15 du règlement n°17 ne prévoit pas le principe de la responsabilité in solidum des membres de l'association ce qui peut empêcher de procéder au recouvrement de l'amende⁷⁶.

128. Il est donc envisagé d'inscrire dans le texte du nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 du traité que lorsqu'une infraction est imputable à une association d'entreprises, les entreprises qui étaient membres de cette association à la date où l'infraction a été commise, sont solidairement responsables du paiement de l'amende. Afin de protéger les droits de la défense des membres de l'association, une telle réforme impliquerait que ceux-ci soient informés de l'ouverture de la procédure et notamment de l'envoi d'une communication des griefs au moyen d'une publication au Journal officiel. L'association fournirait en cas de besoin de plus amples informations à ceux des membres qui en feraient la demande.

IV. Transition vers le régime d'exception légale

129. Au jour de l'entrée en vigueur du nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, il existera un certain nombre de notifications pendantes devant la Commission, déposées par les entreprises afin d'obtenir le bénéfice de l'article 85§3. Or, dans le nouveau système, l'article 85 dans son ensemble sera directement applicable : la licéité des ententes ne sera donc plus conditionnée par l'existence d'une décision de la Commission. Dès lors toutes les notifications pendantes deviendront caduques. Dans la période comprise entre la publication du présent livre blanc et l'entrée en vigueur du nouveau règlement, la Commission poursuivra son activité d'exemption au même rythme et selon les mêmes modalités que jusqu'à présent.

V. Règles sectorielles

130. Concernant le secteur agricole, l'article 42 du traité stipule que les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée

⁷⁶ Ce problème s'est posé notamment dans le cadre des affaires T-213/95 et T-18/96, SCK et FNK contre Commission, (Recueil 1997, p.II-1739).

par le Conseil. C'est le règlement n°26 du 4 avril 1962⁷⁷ qui a rendu les dispositions des articles 85 à 90 du traité applicables au secteur agricole. Ce texte consacre dans son article 1er l'applicabilité des articles du traité et des dispositions prises pour leur application, y compris le règlement n°17, à la production et au commerce des produits agricoles. Il résulte du renvoi effectué par l'article 1er aux règles d'application des articles 85 et 86 que les modifications du règlement n°17 s'appliqueront automatiquement au secteur agricole. Les exceptions spécifiques prévues à l'article 2 du règlement n°26 resteront inchangées et la Commission conservera sa compétence exclusive pour les appliquer.

131. Dans le secteur des transports, les règles de la concurrence qui sont appliquées sont identiques à celles appliquées dans d'autres secteurs⁷⁸, les restrictions de la concurrence et les marchés sont définis d'une façon identique. Il n'y a donc aucune raison pour ne pas soumettre les règlements transport⁷⁹ aux mêmes réformes que le règlement n°17 et les réformes envisagées du règlement n°17 devraient également s'appliquer aux règlements transports.

132. Cependant, les règlements « transports » (CEE) n°1017/68 (chemin de fer, route et voie navigable), (CEE) n°4056/86 (transports maritime) et (CEE) n°3975/87 (transports aériens) contiennent également des dispositions complémentaires qui ne se trouvent pas dans le règlement n°17. Il s'agit d'une part des exemptions par catégorie⁸⁰ et d'autre part des dispositions de procédure spécifiques⁸¹. Les principales différences de procédure peuvent être résumées comme suit :

- (1) La Commission peut accorder une exemption sans avoir reçu une notification (par exemple, à la suite d'une plainte ou de sa propre initiative) ;
- (2) Le règlement (CEE) n°1017/68 contient une clause relative aux cartels de crise ;

⁷⁷ JO L n°30 du 20.4.1962, p.993/62.

⁷⁸ Arrêt de la Cour du 4 avril 1974 dans l'affaire 167/73, Commission des Communautés européennes contre République française (Recueil 1974, p. 359, point 32); arrêt de la Cour du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84 Ministère public contre Lucas Asjes et autres (Recueil 1986, p.1425, point 42 à 45); arrêt de la Cour du 11 avril 1989 dans l'affaire 66/86, Ahmed Saeed et Silver Line Reisebüro GmbH contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (Recueil 1989, p.803, points 32 et 33).

⁷⁹ Règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application des règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route par voie navigable, (JO n° L 175 du 23.7.1968, p.1) ; règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, (JO n° L 378 du 31.12.1986, p.4) ; règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens (JO n° L 374 du 31.12.1987, p.1).

⁸⁰ Notamment, articles 4, 6, 9 et 14 du règlement (CEE) n°1017/68 et articles premier, 3, 4, 5, 6 et 8 du règlement (CEE) n°4056/86.

⁸¹ Notamment, articles 17 et 18 du règlement (CEE) n°1017/68 et de l'article 9 du règlement (CEE) n°4056/86.

- (3) Dans les règlements transports terrestres et maritimes, il n'y a pas de disposition spécifique pour les attestations négatives ;
- (4) Chacun des règlements transport comporte des procédures d'opposition. Dans le cadre de cette procédure, un résumé de la demande d'exemption est publié au Journal officiel et les tiers sont invités à faire part de leurs observations: les accords notifiés sont considérés comme légalement exemptés pour une période spécifique sauf si la Commission s'y oppose dans un délai de 90 jours après la publication ;
- (5) Le règlement (CEE) n°3975/87 comporte un régime spécifique pour certaines applications de mesures provisoires.
- (6) Le règlement (CEE) n°4056/86 a une double base légale – articles 84(2) et 87 CE – et une clause spécifique concernant les conflits de droit avec les pays tiers. Le règlement (CEE) n°1017/68 est fondé sur les articles 75 et 87.
- (7) Dans le règlement (CEE) n°1017/68, la Commission ne peut pas adopter une décision dans le délai minimum de 20 jours qui suit la réunion du Comité consultatif. Ceci afin de permettre aux Etats membres de demander la convocation du Conseil pour examiner si l'affaire en cause soulève des questions de principe. Dans ce cas, la Commission doit prendre en compte dans sa décision les orientations qui se sont dégagées au Conseil.
- (8) Les services maritimes de tramp et le transport aérien international entre la Communauté et les pays tiers restent soumis au régime transitoire de l'article 89.

133. Il n'y a pas de doute que les différences de procédures entre les règlements transport et le règlement n°17 reflètent les préoccupations politiques qui dominaient à l'époque de leur adoption. Le règlement (CEE) n°1017/68, en particulier, fut le premier règlement d'application des règles de concurrence dans le domaine des transports et a été adopté avant la confirmation expresse par la Cour de justice que les règles de concurrence s'appliquent au secteur des transports. Depuis l'adoption des différents règlements transports, des progrès ont été accomplis dans la libéralisation des secteurs aériens et ferroviaires; le transport maritime a depuis longtemps été libéralisé. Dans une large mesure, les préoccupations spécifiques à ces secteurs ont disparu.

134. L'application au secteur des transports des règles procédurales du règlement 17 modifié supprimera automatiquement les cinq premières différences soulignées ci-dessus. Pour ce qui concerne les autres différences, il est envisagé de prendre les mesures suivantes :

- (1) Les doubles bases légales des règlements (CEE) n°1017/68 et (CEE) n°4056/86 n'ayant jamais été utilisée n'ont pas de raison d'être préservées.
- (2) La possibilité laissée au Conseil d'intervenir à la suite de la réunion du Comité consultatif dans des affaires individuelles n'a jamais été utilisée et devrait être supprimée, conformément à la décision 87/373/CEE du Conseil

du 13 juillet 1987 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission.

- (3) Le règlement appelé à remplacer le règlement n°17 devrait établir de façon claire qu'il ne couvre pas les services maritime de tramp et le transport aérien international entre la Communauté et les pays tiers.

135. Les ententes actuellement soumises au régime de l'article 65 du traité CECA entreront également dans le champ d'application du futur règlement d'application des articles 85 et 86 du traité en juillet 2002, à l'expiration du traité CECA.

Conclusion

136. La politique de concurrence occupe une place de premier plan dans la perspective de l'intégration économique voulue par les textes fondateurs, et la place accordée aux « Règles de concurrence » dans la partie du Traité intitulée « La politique de la Communauté » ne doit rien au hasard. L'importance accordée aux règles dérivées par rapport aux traités constitutifs montre à l'évidence que les auteurs du traité étaient conscients de la nécessité d'adapter les règles de mise en œuvre de la politique de concurrence aux évolutions majeures de la vie économique, du monde des affaires et de la dimension géographique de l'Europe. Après plus de trente-cinq années de mise en œuvre du règlement n° 17, un nombre important de dispositions d'application des règles de concurrence ne sont aujourd'hui manifestement plus adaptées ni à l'évolution objective du monde des affaires, ni aux impératifs d'une Communauté élargie, destinée à connaître encore d'autres adhésions et dont les marchés nationaux sont déjà grandement intégrés.

137. Les considérations qui ont conduit en 1962 à l'adoption d'un régime d'autorisation centralisé n'ont plus aujourd'hui le même poids : les autorités de concurrence communautaires et nationales sont désormais familières de l'application d'un droit de la concurrence que la pratique décisionnelle de la Commission, la jurisprudence et les textes législatifs sont venus préciser et clarifier. La perspective de l'achèvement de l'Union économique et monétaire et de l'élargissement exigent également la réforme d'un système qui avait été conçu pour une Communauté de six Etats membres.

138. Le présent livre blanc expose les réflexions de la Commission et décrit le système qu'elle estime être le mieux adapté à l'Union à l'aube du XXIème siècle. Ce système reposerait sur trois piliers : la suppression du régime d'autorisation et de notification pour adopter un régime d'exception légale, le développement de l'application décentralisée des règles de concurrence et le renforcement du contrôle a posteriori. La Commission est persuadée que seule une réforme profonde du système actuel reposant sur les principes essentiels de sa proposition décrite dans le livre blanc permettra d'assurer une application efficace des règles de concurrence dans toute la Communauté tout en allégeant au maximum les contraintes administratives pesant sur les entreprises et en leur garantissant un niveau satisfaisant de sécurité juridique.

139. La mise en œuvre de cette réforme impliquera des modifications profondes non seulement du règlement n°17 mais également des règlements « transports » et des instruments adoptés en exécution de ces règlements. Elle devra également s'accompagner d'un renforcement du cadre législatif, déjà en cours avec la modification des règles applicables aux restrictions verticales et à l'étude pour les accords de coopération horizontale.

140. Le présent livre blanc doit constituer le point de départ d'un large débat entre la Commission, les Etats membres et les parties intéressées. La Commission souhaite recevoir des commentaires sur tous les aspects de la réforme proposée et les options discutées dans ce document.

141. Toutes les observations au sujet de ce Livre blanc doivent être adressées avant le 30.09.1999 :

- Par courrier à l'adresse suivante

Direction générale de la Concurrence
Commission européenne
Livre blanc sur la modernisation
C150 -
Rue de la loi, 200
B-1049 Bruxelles
Belgique

- Par courrier électronique

modernisation@dg4.cec.be

142. Le présent livre blanc est également disponible dans toutes les langues de la Communauté sur le World Wide Web à l'adresse suivante :
http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/other.htm#dgiv_pdf_wb_modernisation