

Droit communautaire de la concurrence : une réforme de l'abus de position dominante pavée de bonnes intentions



Par Michel Debroux,
avocat associé, Hogan &
Hartson (Paris)

« Attention, travaux ! » : l'avertissement pourrait figurer depuis quelques années sur l'imposant édifice que constitue le droit européen de la concurrence, bâtie en perpétuelle évolution depuis presque 60 ans. Après notamment la réforme du contrôle des concentrations et de la procédure antitrust (2004), et en parallèle avec la réforme des aides d'État lancée en juin 2005, c'est au tour de l'abus de position dominante d'entrer dans une phase de rénovation.

La Commission européenne vient de publier un document¹ dont la portée paraît à première vue assez modeste. Simple « document de discussion » rédigé par la direction générale de la concurrence (DG Comp), il ne traite que des seules entraves abusives à l'entrée sur un marché (« exclusionary abuses »), par opposition aux pratiques d'exploitation abusives ou aux pratiques discriminatoires (« exploitative » and « discriminatory » abuses). La Commission rappelle ensuite qu'il ne s'agit que de lancer un débat public, les tiers étant invités à faire part de leurs commentaires avant le 31 mars 2006. Elle se garde enfin de préjuger du sort qui sera réservé à ces réflexions, même si l'adoption de lignes directrices paraît la voie naturelle. En réalité, l'élaboration de ce document a déjà donné lieu à d'intenses consultations entre la Commission et les autorités de concurrence des 25 États membres, et l'on peut douter que ce document puisse, après la consultation publique, être fondamentalement réécrit. Les innovations proposées ont dès lors bien des chances de s'imposer tôt ou tard. En schématisant beaucoup, l'approche traditionnelle en matière d'abus de position dominante

pourrait être résumée en trois étapes : (i) il s'agit d'abord d'identifier une position dominante sur un marché, puis (ii) d'analyser les pratiques en cause au regard d'une sorte de catalogue d'abus prédéterminés (refus de vente, ventes liées, rabais de fidélité, prix prédateurs, etc.) et enfin (iii) d'étudier les effets sur le marché dans la perspective de fixation d'une amende éventuelle. Cette approche, ici résumée à grands traits, avait pour elle le double mérite d'une évidente simplicité de mise en œuvre et, en principe du moins, d'une certaine prévisibilité garante de sécurité juridique. Mais ses limites sont tout aussi manifestes, et la rigidité excessive du cadre d'analyse a suscité de nombreuses critiques².

À ces critiques, la DG Comp entend répondre par une approche essentiellement économique, pragmatique, privilégiant une analyse fondée sur les effets réels ou potentiels des pratiques examinées et non sur leur forme. Le document de 72 pages expose ainsi la théorie

économique guidant la future action de la DG Comp et détaille comment cette théorie pourrait être appliquée concrètement dans une multitude d'hypothèses. À ce titre, il intéressera les praticiens, avocats, économistes et autorités de concurrence.

Mais les enjeux de cette réforme annoncée dépassent le cercle restreint des débats de praticiens : faisant la part belle à l'analyse économique et pavée de bonnes intentions, l'évolution proposée soulève en effet, par le changement de perspective qu'elle induit, des interrogations et inquiétudes sérieuses en termes de sécurité juridique et de charge de la preuve. À vouloir privilégier l'analyse des effets, qui ne sont souvent perceptibles qu'après coup, ne risque-t-on pas de sacrifier la prévisibilité et donc la sécurité juridique ? Ce risque sera encore plus réel lorsqu'il s'agira d'examiner des effets seulement potentiels. Et le tableau ne serait pas complet si l'on oubliait une certaine inclinaison naturelle des autorités de concurrence, consistant à mettre à la charge des entreprises en cause la démonstration de l'absence de caractère anticoncurrentiel de leurs pratiques, alors que la règle impose au contraire aux autorités de poursuite la charge de la preuve du caractère anticoncurrentiel prétendu. Il faut éviter la caricature, qui opposerait systématiquement « pragmatisme efficace » et « formalisme protecteur », flexibilité et prévisibilité. Pourtant le problème est réel : il tient à la nature duale du droit de la concurrence, rejeton issu d'une double lignée – droit économique et droit pénal – dont les concepts sont souvent aux antipodes. Au droit économique, le droit de la concurrence emprunte ses concepts, ses objectifs et son pragmatisme. Au droit pénal, il emprunte largement ses sanctions et, devra dès lors en principe emprunter le respect des droits de la défense et la règle fondamentale selon laquelle il ne peut pas y avoir d'incrimination ou de sanction en l'absence de texte clair et précis. Or, c'est précisément là que le bât peut blesser, et c'est bien le principal danger de la réforme annoncée : sans nier ses avancées, il faudra être très attentif à ce qu'elle ne se traduise pas par un recul de la prévisibilité de la règle, au détriment de la sécurité juridique. ■

Les enjeux de cette réforme annoncée dépassent le cercle restreint des débats de praticiens.

1. http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html.

2. À titre d'exemple, voir le dossier « Quelle réforme pour l'article 82 CE », revue *Concurrences*, n° 4, 2005.