

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 265

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h.c. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Professor Dr. Gérard Druesne

Université de Nancy II

Le développement du droit et de la
politique de la concurrence en Europe

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 27. Januar 1992

Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe

Attachée au système de l'économie de marché, la Communauté européenne est fondée sur l'idée que le bon fonctionnement du marché constitue la meilleure organisation possible des échanges. Le Traité de Rome ne se contente donc pas de supprimer les obstacles institutionnels aux échanges afin de parvenir à la réalisation d'un marché unique. Il la complète par un ensemble de règles visant à maintenir la liberté dans le fonctionnement de la concurrence. L'achèvement du marché intérieur européen suppose que comme complément à la liberté de circulation soit développée une politique de concurrence. La conception de la concurrence sur laquelle le Traité de Rome repose n'est pas une conception abstraite. Cela veut dire que ce n'est pas celle d'une concurrence parfaite où tous les opérateurs économiques seraient de même taille, où tous aborderaient le marché dans les mêmes conditions. La concurrence sur laquelle repose la philosophie européenne c'est ce qu'on appelle plutôt la "workable competition" - la concurrence praticable. C'est-à-dire l'idée qu'à un moment donné, à un marché donné correspond un certain degré de concurrence possible en fonction du nombre d'opérateurs sur ce marché, en fonction de leur taille, en fonction des alliances qu'ils passent entre eux et en fonction des caractères spécifiques du produit ou du service. Donc, le degré de concurrence envisagé sur le plan communautaire n'est pas le même d'un marché à l'autre, il est fonction de cet ensemble de facteurs. Conception donc très pragmatique, conception très évolutive et non pas figée de la concurrence.

L'idée majeure de cette politique communautaire de concurrence c'est de faire en sorte que le libre jeu de celle-ci soit préservé de toutes les menaces qui peuvent peser sur lui. Et ces menaces, on considère qu'elles peuvent venir de deux origines différentes: Elles peuvent venir d'abord des opérateurs économiques eux-mêmes, des entreprises qui, pour différentes raisons, peuvent être tentées d'abuser de leur pouvoir économique pour recloisonner les marchés d'une manière contraire au principe de liberté des échanges. Elles peuvent aussi venir des pouvoirs publics, des Etats eux-mêmes, susceptibles, pour des raisons différentes, d'introduire des pratiques ou des comportements qui vont à l'encontre de cette liberté de la concurrence. C'est le premier aspect, la politique de concurrence de la Communauté vis-à-vis des entreprises, qui sera envisagé dans cette conférence.

La politique de concurrence vis-à-vis des entreprises est fondée sur deux articles du Traité, l'article 85 qui interdit certaines ententes entre entreprises, et l'article 86 qui interdit aux entreprises d'abuser d'une position dominante qu'elles auraient sur le marché. Ces deux articles sont applicables aussi bien aux entreprises publiques qu'aux entreprises privées.

I.

L'article 85 dans son paragraphe 1 interdit les accords entre entreprises, les décisions d'association entre entreprises et les pratiques concertées, lorsque ces accords ou décisions ou pratiques sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats-Membres et ont pour objet ou pour effet de fausser, de restreindre, voire même à la limite d'empêcher le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun. La Cour de Justice européenne a admis de considérer l'article 85 du Traité comme directement applicable dans l'ordre juridique interne. Il en résulte que n'importe quel opérateur économique peut devant n'importe quel tribunal d'un Etat-Membre de la Communauté invoquer la contradiction entre une entente conclue par deux ou plusieurs entreprises et le droit communautaire. Ces accords ou pratiques qui tombent dans le champ d'interdiction sont nuls de plein droit. Il n'y a pas de procédure pour constater la nullité, et il s'agit d'une nullité d'ordre public, qui peut être invoquée par tout intéressé et ne peut être couverte par une transaction quelconque. Trois points sont à envisager. Il faut d'abord identifier dans l'espace des douze Etats-Membres les ententes entre entreprises qui doivent être considérées comme interdites. Une fois qu'on les a identifiées, il faut les combattre, il faut les réprimer. Et c'est à la Commission européenne que le Traité donne pouvoir et compétence pour engager cette action de répression des ententes interdites, mais - et c'est ce qui fait la complexité du système - le Traité en même temps qu'il pose le principe d'interdiction des ententes qui faussent la concurrence, donne pouvoir à la Commission, à certaines conditions, d'accorder des exemptions de l'interdiction, c'est-à-dire que peuvent effectivement exister des ententes entre entreprises qui présentent toutes les caractéristiques pour être considérées comme interdites, mais auxquelles la Commission aura accordé une autorisation de fonctionner.

A) En quoi consiste l'interdiction des ententes au sens de l'article 85? La jurisprudence de la Cour de Justice, et maintenant du Tribunal de Première Instance de la Communauté, est extrêmement large et compréhensive dans sa définition de l'entente. La forme juridique que va revêtir une entente est indifférente. Il pourra s'agir évidemment d'un contrat passé entre deux ou plusieurs entreprises. Mais la jurisprudence admet tout autant qu'on soit en présence d'une entente lorsque l'accord entre les entreprises est simplement verbal sans qu'il y ait eu signature d'un document. Prenons par exemple un arrêt de la Cour du mois de janvier 1990 dans l'affaire Sandoz. La firme italienne Sandoz avait envoyé à ces clients des factures, qui portaient la mention "exportation interdite". La question se pose à titre préjudiciel de savoir si on est en présence avec cette mention d'un accord entre entreprises. La Cour observe que le fait pour les clients de Sandoz d'avoir accepté de payer ces factures sans protester signifie qu'ils ont acquiescé à la mention "exportation interdite", et donc au système de relations contractuelles sous-jacentes résultant de cette mention. La simple non-

protestation d'un opérateur économique peut être considérée comme constitutive d'une entente avec une autre entreprise.

La notion de pratique concertée est particulièrement intéressante. La Cour de Justice a jugé qu'il s'agit "d'une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence". Autrement dit, on est en présence d'une entente dans le sens de l'article 85 lorsque deux ou plusieurs entreprises ont sur le marché un comportement identique. Parallélisme de comportement qui manifeste leur volonté de se soustraire aux aléas habituels de l'économie de marché. Un exemple est fourni avec un jugement du Tribunal de Première Instance du 24 octobre 1991 dans l'affaire Rhône-Poulenc, "l'affaire du polypropylène". La Commission avait infligé une amende pour violation des règles du Traité à la Société Rhône-Poulenc et à divers autres producteurs de polypropylène. Saisi d'un recours le Tribunal de Première Instance est appelé à se prononcer sur la notion de pratique concertée qui est constitutive d'une entente. Il apparaît que Rhône-Poulenc a participé à des réunions qui avaient pour objet de fixer des objectifs de prix et des volumes de vente sur le marché européen, et une telle concertation est constitutive d'une pratique concertée au sens de l'article 85 du Traité.

Quels sont les participants à une entente? Souvent il s'agira de sociétés. Mais cela peut aussi être une personne physique, comme dans le cas d'un inventeur qui, titulaire d'un brevet, concède à des tiers des licences pour l'exploitation de son invention. L'article 85 vise le comportement des entreprises, mais la Cour de Justice le combine avec l'article 5 du Traité, dont le deuxième alinéa interdit aux Etats-Membres de prendre ou de maintenir en vigueur des mesures qui seraient susceptibles de compromettre l'effet utile des règles de concurrence. Autrement dit, la Cour de Justice applique simultanément l'article 85 qui vise les entreprises et l'article 5 qui vise les Etats-Membres, et parvient ainsi à combattre le comportement des Etats qui s'efforcent par l'influence qu'ils ont sur des entreprises nationales, de les amener à avoir des comportements contraires à l'article 85 du Traité. J'en prends un exemple dans un arrêt du 1er octobre 1987, dans l'affaire de l'association des agences de voyage flamandes. Il y avait un accord dans la partie flamande de la Belgique, entre les agences de voyage et les tours operators, dont l'objet était de faire en sorte qu'une fois le prix d'un voyage touristique fixé par un tour operator, les agences qui vendent ce produit aient l'obligation de respecter ce prix et ne puissent pas consentir de rabais. Un arrêté royal avait été pris pour étendre cet accord et le rendre obligatoire sur tout le territoire de la Belgique néerlandophone. Or la Caisse d'allocations familiales de Belgique qui, dans le cadre de ses oeuvres sociales, organise des voyages pour le personnel du service public, consent de telles ristournes, en violation de l'arrêté royal en question. L'affaire vient devant la Cour de Justice de Luxembourg à titre préjudiciel, et la Cour juge que ledit arrêté a méconnu la

combinaison de l'article 5 du Traité et de l'article 85 puisqu'il oblige des entreprises à entrer dans des ententes contraires au droit communautaire.

Pour qu'une entente soit interdite, l'article 85 prévoit qu'elle doit remplir deux conditions. Première condition: elle doit affecter le commerce entre Etats-Membres, de sorte qu'une entente purement nationale, qui ne produit un effet que dans un Etat-Membre, ne tombe pas sous le coup de l'article 85 du Traité. Un exemple typique d'entente remplissant cette condition est celle qui comporte une interdiction d'exporter un produit vers un autre Etat-Membre, comme dans un arrêt de juillet 1979 dans une affaire BMW-Belgique. La firme BMW en Belgique avait interdit aux concessionnaires de la marque de revendre des véhicules neufs dans les autres Etats-Membres pour contrecarrer un système d'importation parallèle, notamment en France, mis en œuvre par des opérateurs économiques indépendants. La Cour voit dans ce comportement de l'importateur BMW pour la Belgique une entrave au commerce entre les Etats-Membres.

Cette affectation du commerce est entendue très largement puisqu'elle recouvre non seulement les échanges de produits - comme dans l'exemple BMW -, mais aussi les échanges de services. Il existe ainsi plusieurs décisions de la Commission qui concernent l'activité des banques ou des compagnies d'assurance, ainsi qu'un arrêt de la Cour en 1986 qui déclare applicable ces dispositions aux transports aériens, donc au comportement des compagnies de transport aériens en Europe. Deuxième condition: que cette entente porte atteinte à la concurrence à l'intérieur du Marché commun. L'entente doit avoir pour résultat, pour effet, de fausser la concurrence en Europe, mais l'application de l'interdiction ne doit pas pour autant, empêcher les entreprises de conclure des accords qui leur permettent d'augmenter leur taille sur le plan international. La Commission a adopté une communication en 1986 sur ce qu'on appelle les accords d'importance mineure, "Bagatellvertrag", selon laquelle l'interdiction n'est pas applicable lorsque le chiffre d'affaires des entreprises participant à l'entente ne dépasse pas 200 millions d'écus, afin de ne pas entraver la coopération entre les petites et moyennes entreprises par une application trop stricte des dispositions communautaires.

B) Une fois qu'une entente est identifiée comme contraire à l'article 85, elle doit être réprimée, l'infraction au droit communautaire doit cesser, et c'est à la Commission, qu'il appartient d'y procéder. Comment la Commission est-elle informée de l'existence d'une entente illicite? Elle peut l'être d'abord par les enquêtes qu'elle mène sur un secteur économique déterminé, par exemple celui des produits pétroliers. La Commission peut être aussi saisie, ce qui est la pratique la plus fréquente, par une plainte qui lui est adressée, soit par un Etat-Membre, soit, dans la pratique le plus souvent, par toute personne physique ou mo-

rale faisant valoir un intérêt légitime. Elle peut être également saisie par les entreprises elles-mêmes qui ont constitué une entente. Par souci de sécurité juridique, les entreprises concernées prennent l'initiative d'informer la Commission et de lui demander d'attester que leur entente ne tombe pas sous le coup de l'interdiction. Enfin la Commission peut être saisie par la notification d'une entente, notification faite par les entreprises elles-mêmes au moyen d'un formulaire spécial. La notification d'une entente est d'une extrême importance, car les entreprises ne pourront obtenir de la Commission, si l'entente est jugée contraire au droit communautaire, une exemption de l'interdiction, c'est-à-dire une autorisation, que si elles ont au préalable effectué la formalité de la notification.

Une fois qu'elle est saisie, la Commission va procéder à l'instruction et rechercher si cette entente doit être considérée ou non comme contraire à l'article 85 du Traité. Elle a à cet effet des pouvoirs d'investigation très étendus: demander des renseignements, procéder à des vérifications sur place dans les entreprises qui peuvent être des "vérifications surprises". Le problème s'est posé de la compatibilité de cette pratique avec la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 8 garantit la protection de la vie privée. Mais la Cour de Justice n'a pas retenu cet argument dans un arrêt de juin 1980. Dans l'affaire Hoechst était invoqué le principe de l'inviolabilité du domicile, qui est aussi prévu dans la Convention européenne des droits de l'homme, et pareillement la Cour dans un arrêt de septembre 1989 a rejeté cet argument. La seule atténuation que la jurisprudence admette est le principe de confidentialité de la correspondance entre l'entreprise et son avocat.

Les règlements communautaires imposent à la Commission de respecter le principe des droits de la défense, le principe *audi et alteram partem*. La Commission procède donc d'abord à la communication des griefs, c'est-à-dire qu'elle informe par une publication au Journal Officiel de la Communauté de l'action qu'elle a entreprise et invite toute personne ayant un intérêt à lui manifester son point de vue. Elle peut également si les entreprises l'exigent leur donner la possibilité de développer oralement leurs arguments, y compris avec l'assistance d'un avocat. Mais cela n'est pas du tout un "*hearing*" au sens américain du terme, puisque cette audition n'est pas publique et que le rapport du conseiller chargé de l'affaire n'est pas publié. Enfin la Commission a l'obligation de consulter le Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes. Lorsque cette phase d'instruction est achevée, et si la Commission estime que l'infraction est constituée, elle prend une décision, qui fixe la date à laquelle cette entente devra avoir été supprimée, ou modifiée pour la débarrasser des éléments jugés contraires au droit communautaire. Si l'infraction a été commise de propos délibéré ou par négligence, la Commission peut infliger aux entreprises des amendes, qui atteignent parfois des montants très élevés (en avril 1986, une amende de 11 millions d'écus au groupe italien Monte Polimeri; en décembre 1990, une

amende de 30 millions d'écus à la firme Solvay pour le partage du marché Communautaire de la soude).

Toutefois aucune amende ne peut être infligée lorsque l'entente avait été notifiée par les entreprises, c'est-à-dire lorsque celles-ci avaient joué le jeu de la transparence vis-à-vis de la Commission.

C) Le traité permet enfin à la Commission d'accorder des exemptions de l'interdiction: sur la base de l'article 85 paragraphe 3, elle peut autoriser des ententes qui pourtant remplissent les deux conditions justifiant de les tenir pour interdites au sens de l'article 85 paragraphe 1. Pour cela, elle procède à une sorte de bilan coût/avantage, c'est-à-dire recherche si l'atteinte au commerce intra-communautaire et à la liberté de la concurrence n'est pas compensée par un certain nombre d'effets positifs envisagés sur quatre plans. L'entente doit tout d'abord contribuer à améliorer la production ou la distribution ou promouvoir le progrès technique ou économique, ce qui est le cas par exemple, d'une entente entre les deux fabricants de pneus, Michelin et Continental, pour la mise au point d'un nouveau type de pneu de haute sécurité.

Elle doit aussi réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, c'est-à-dire ne pas bénéficier uniquement aux entreprises qui l'ont formée. La Commission a ainsi autorisé le système des eurochèques.

L'entente ne doit pas imposer aux entreprises des restrictions non-indispensables, conformément au principe général de proportionnalité, en d'autres termes ne pas comporter de restrictions à la concurrence qui ne soient pas absolument indispensables par rapport à l'objectif poursuivi. Enfin, elle ne doit pas donner aux entreprises qui y participent la possibilité d'éliminer complètement la concurrence. En 1989 la Commission a ainsi autorisé l'entente ayant pour objet de construire le tunnel sous la Manche, accord entre la SNCF, British Rail et la Société Eurotunnel, en observant que les autres formes de transport trans-Manche n'allaient pas disparaître pour autant.

Si les différentes conditions sont remplies, comment la Commission accorde-t-elle l'autorisation? Il existe deux procédures, selon que les exemptions sont individuelles ou collectives (par catégorie). Le système de l'exemption individuelle est très simple: la Commission va prendre une décision à l'égard d'une entente déterminée, à la condition expresse que cette entente ait été préalablement notifiée à la Commission par les entreprises qui y participent. La décision est publiée au Journal Officiel, indique la durée de l'exemption ainsi que les conditions et charges dont elle est éventuellement assortie. Les exemptions par

catégorie ont un effet considérable: si la Commission décide d'exempter de l'interdiction une catégorie d'ententes, toutes celles qui entrent dans la catégorie sont automatiquement autorisées, sans qu'il y ait besoin de les notifier, et sans qu'il faille une décision particulière de la Commission.

A ce jour, bénéficient d'une exemption par catégorie: les accords d'exclusivité (distribution exclusive, achat exclusif), les accords de spécialisation, les accords de franchise de distribution, les accords de licence de brevets, les accords de licence de savoir-faire, les accords entre compagnies aériennes, les accords de recherche-développement, les accords concernant la distribution et la vente des véhicules automobiles. Dans ce dernier cas, c'est un règlement de décembre 1984 qui autorise le système par lequel les constructeurs automobiles pénètrent le marché européen, système de distribution exclusive et sélective, fonctionnant au moyen d'un réseau de concessionnaires exclusifs.

La Commission autorise ce mode de distribution en raison des caractéristiques du produit, l'automobile, qui implique un service technique particulier, et des effets positifs qui en résultent pour le consommateur. Mais, elle y met deux conditions majeures: que le fonctionnement n'empêche pas les importations parallèles, et qu'un constructeur ne puisse pas empêcher un revendeur, dans quelque Etat-membre que ce soit, d'être livré avec des véhicules équipés conformément aux exigences du pays d'utilisation (cas de la vente en Allemagne ou en Belgique de véhicules destinés à être utilisés au Royaume-Uni, et donc équipés de la direction à droite). Le Tribunal de Première Instance de la Communauté, dans un arrêt du 12 juillet 1991, a confirmé une décision de la Commission à l'encontre du constructeur Peugeot, qui avait interdit à ses concessionnaires en Belgique et au Luxembourg de livrer des véhicules à un opérateur indépendant, la société Eco-système, qui les revendait en France à des prix inférieurs à ceux pratiqués par les concessionnaires français.

II.

Deuxième règle applicable aux entreprises: l'interdiction de l'abus de position dominante, posée par l'article 86 du Traité. Le Traité de Rome n'interdit nullement à une entreprise de détenir une position dominante sur le Marché commun, mais de profiter de cette position dominante pour avoir sur le marché un comportement abusif. La notion de position dominante est bien établie par la jurisprudence, car il n'y a pas de définition dans le traité. Il s'agit, dit la Cour, de la situation où une entreprise peut faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur la marché. Dans un arrêt de 1978 (affaire United Brands), la Cour juge qu'une entreprise est en position dominante lorsqu'elle peut avoir des comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, vis-à-vis de ses clients, vis-à-vis des consomma-

teurs, en d'autres termes lorsqu'elle n'est pas soumise à la pression concurrentielle. Pour savoir s'il en est ainsi, il y a lieu de rechercher la part de marché de l'entreprise. La jurisprudence estime qu'une entreprise, en position de monopole bien sûr, ou une entreprise qui détient au moins 70% d'un marché doit être considérée automatiquement comme étant en situation de position dominante. Si sa part de marché est inférieure, il faut faire intervenir d'autres critères, par exemple la part de marché détenue par son principal concurrent, son avance technologique, la possibilité qu'elle a ou non d'accéder au marché international des capitaux.

Dès lors que la situation de position dominante existe, en quoi consiste son exploitation abusive? La jurisprudence estime qu'il y a abus de position dominante lorsque l'entreprise profite de cette situation pour recourir à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, différents de ceux que peuvent utiliser les autres entreprises. Par exemple, dans un arrêt de novembre 1986, la Cour avait statué sur le comportement de British Leyland, le constructeur automobile britannique qui consistait, dans le but d'entraver les importations parallèles à refuser de délivrer les informations nécessaires à l'immatriculation d'un véhicule, lorsque celui-ci était acheté dans un autre Etat-membre de la Communauté. Le constructeur était le seul à pouvoir fournir cette information. La Cour a jugé qu'il y avait là de la part de British Leyland un abus de sa position dominante. De même, un arrêt d'octobre 1988 a été rendu concernant le constructeur automobile français Renault, qui fait breveter ses pièces détachées de carrosserie et peut ainsi s'opposer à l'importation en France d'une pièce détachée fabriquée dans un autre Etat-Membre par un fabricant indépendant. La Cour admet que Renault puisse faire breveter ses pièces détachées, donc admet la position dominante, mais à condition qu'il n'en abuse pas. Et l'abus consisterait à refuser de livrer des réparateurs indépendants ou pratiquer un prix inéquitable sur les livraisons de pièces détachées à des réparateurs autres que ceux du réseau Renault.

Le problème des concentrations d'entreprises doit également être abordé sous cet angle. Jusqu'à une date récente, le seul moyen qui existait au plan communautaire d'apprécier la compatibilité avec le droit de la concurrence des concentrations, était ou bien de considérer l'opération de concentration comme un abus de position dominante (Art. 86) ou bien de considérer la prise de participation majoritaire d'une entreprise A dans le capital d'une entreprise B, comme un accord au sens de l'article 85. Mais à mesure que se développait la perspective d'achèvement du marché intérieur européen, les concentrations d'entreprises se sont multipliées. Et il est apparu que les instruments des articles 85/86 n'étaient pas suffisants et qu'était nécessaire un instrument spécifique de contrôle des concentrations. C'est cet instrument qu'instaure un règlement du Conseil du 21 décembre 1989, en vigueur depuis septembre 1990. Il prévoit le contrôle préalable par la Commission des concentrations d'entreprises qui ont une dimension communautaire. Autrement dit, désormais, dès lors que

les entreprises envisagent une opération de concentration quelle qu'elle soit, fusion, absorption, prise de participation, elles ont l'obligation préalablement de notifier leur projet à la Commission. La Commission a un délai d'un mois ou bien pour autoriser la concentration ou bien - si elle estime que cette concentration est contraire au droit communautaire de la concurrence - pour ouvrir une procédure déterminée. Quelles sont les opérations soumises à cette obligation? Uniquement les concentrations de dimension communautaire. Le règlement a fixé trois critères. Les entreprises concernées doivent avoir un chiffre d'affaires mondial annuel supérieur à 5 milliards d'écus; au moins deux des entreprises concernées par la concentration doivent réaliser dans la Communauté un chiffre d'affaires annuel d'au moins 250 millions d'écus; chacune des entreprises concernées ne doit pas réaliser plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans un seul Etat-Membre. S'agissant de l'application de ce dispositif, deux exemples peuvent être mentionnés. En 1990 la Commission a autorisé la fusion en France des trois compagnies aériennes françaises Air France, Air Inter et UTA, c'est-à-dire constitution du groupe Air France. En revanche, en octobre 1991, la Commission a été saisie du projet d'achat de la société de construction aéro-nautique canadienne De Havilland par l'Aérospatiale en France et la société italienne Alenia. De Havilland, s'agissant des avions de 50 à 70 places, est le numéro un mondial, Aérospatiale le numéro deux mondial. La Commission a estimé que cette concentration était illicite, car la société issue de la fusion aurait détenu 50% du marché mondial et 67% du marché communautaire. C'est la première décision par laquelle la Commission interdit un projet de concentration en application du nouveau règlement.

La procédure à suivre pour faire cesser un abus de position dominante est la même qu'en matière d'ententes, avec une exception majeure en ce sens que le Traité n'autorise aucune exemption de l'interdiction. Donc, l'interdiction de l'abus de position dominante a un caractère général et absolu, et la Commission ne peut pas accorder aucune autorisation en la matière. Il est dès lors logique, puisqu'il n'y a pas d'exception possible, que la formalité de la notification n'existe pas, à la différence de ce qui est prévu en matière d'ententes où la notification est une condition de l'exemption de l'interdiction.

Les règles applicables aux entreprises sont applicables aussi bien aux entreprises privées qu'aux entreprises publiques. La Commission a adopté une directive le 25 juin 1980, qui donne une définition communautaire des entreprises publiques: ce sont celles sur lesquelles les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, ou du fait de la participation financière de l'Etat dans le capital, ou encore du fait des règles juridiques qui régissent les rapports entre les deux. Le statut juridique de l'entreprise est donc indifférent: établissement public, entreprise nationale, ou entreprise purement privée, elle est une entreprise publique au sens communautaire dès lors qu'elle est sous l'influence dominante des pouvoirs publics. Le principe est que les Articles

85 et 86 du Traité sont applicables aux entreprises publiques, mais l'article 90 leur consacre une série de dispositions particulières; en particulier l'article 90 paragraphe 1 interdit aux Etats-Membres en ce qui concerne les entreprises publiques de prendre des mesures contraires au Traité. Un Etat-membre ne doit donc pas profiter de l'influence qu'il exerce sur l'entreprise publique pour l'obliger à avoir un comportement contraire au Traité, par exemple lui interdire d'acheter des fournitures venant d'un autre Etat-Membre, ou lui interdire de recruter du personnel étranger ressortissant d'un autre Etat-Membre, ou bien encore, c'est le cas qui nous intéresse ici, obliger une entreprise publique à entrer dans une entente contraire à l'article 85 ou l'obliger à abuser de sa position dominante. Le Traité envisage aussi le cas des entreprises chargées de droits spéciaux ou exclusifs, c'est-à-dire des entreprises privées, mais auxquelles l'Etat a conféré des prérogatives exorbitantes du droit commun. Le cas s'est posé en France d'une pratique qui est celle des communes concernant le service des pompes funèbres, la commune accordant une concession de service public à une entreprise privée chargée de faire fonctionner ce service. La Cour, dans un arrêt de 1988, a jugé qu'une telle concession accordée par la commune revenait à faire de l'entreprise concessionnaire une entreprise titulaire de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 90.

La Commission, aux termes de l'article 90 paragraphe 3 du Traité, a le pouvoir d'adresser des directives ou des décisions aux Etats-membres. Jusqu'à présent la Commission a fait usage à cinq reprises de cette compétence. Une directive de juin 1980, déjà citée, concerne la transparence des relations financières des entreprises publiques, et oblige l'Etat à faire en sorte que dans les comptes de l'entreprise publique apparaissent, quelles qu'en soient les modalités, les transferts de fonds publics dont elle a bénéficié, l'Etat étant également tenu de mettre ces comptes à disposition de la Commission pendant 5 ans, sur demande de celle-ci. La Commission a pris une directive de mai 1988 concernant le très important secteur des marchés des terminaux de télécommunication, à propos de la fabrication des appareils de télex, des combinés téléphoniques. Cette directive oblige les Etats-membres à abolir les droits exclusifs qu'ils ont consentis à leur administration des postes et télécommunications, et à faire en sorte que les terminaux de télécommunication puissent être commercialisés par des entreprises privées et non pas simplement par l'administration publique. Une directive de juin 1989 concerne les marchés des services de télécommunications, et supprime purement et simplement le monopole des administrations nationales pour ces services, à l'exception, - il est vrai - importante, du téléphone, qui demeure un service pouvant être géré sous une forme de monopole. Enfin la Commission a adressé sur cette base deux décisions, une en avril 1985 à la Grèce concernant les entreprises publiques du secteur des assurances, et une en juin 1987 à l'Espagne concernant les tarifs préférentiels qui étaient consentis sur les transports maritimes et aériens entre les Iles Canaries ou les Iles Baléares et le continent espagnol. Ces tarifs réduits étaient consentis uniquement aux ressortissants espagnols résidant dans les Iles Canaries et les Iles Baléares, et la Commission a fait en sorte

que cet avantage soit consenti également aux ressortissants des autres Etats-membres résidant dans ces îles.

Au fil des années la simple mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence a été complétée par une véritable politique de concurrence, et la Commission, fortement encouragée par la Cour de Justice, a de plus en plus fait preuve dans l'application des règles de concurrence d'une démarche volontariste, c'est-à-dire de nature politique. La grande difficulté, c'est de trouver le juste équilibre entre la nécessaire préservation de la liberté de la concurrence à l'intérieur de l'espace européen et la nécessité de ne pas empêcher les entreprises européennes de se doter dans la compétition mondiale des moyens suffisants pour affronter la concurrence internationale.