



L'utilisation de la soft law comme méthode de conception du droit européen de la concurrence

par Frédérique BERROD

Professeure, IEP, université de Strasbourg
Directrice de la Fédération de recherche L'Europe en mutation
FR Unistra/CNRS 3241 – Membre du CEIE, EA 7307

L'hypothèse de cette étude est que la soft law est la manière la plus effective de concevoir le droit de la concurrence dans la configuration institutionnelle et politique de l'Union européenne. Les sources « classiques » du droit que sont les règles de droit dur et leurs interprétations jurisprudentielles s'avèrent souvent insuffisantes pour les autorités en charge de son application et les entreprises qui y sont soumises. La soft law constitue une authentique forme de législation, qui autorise une autre manière de dire le droit européen de la concurrence. Elle est aussi un moyen effectif de garantir la gouvernance de la politique de concurrence, dans un contexte de modernisation et de décentralisation.

E

nvisager la *soft law* comme une méthode de conception du droit européen de la concurrence¹ repose d'abord et avant tout sur un constat d'enseignement. Au fil de ces dix dernières années, le droit européen de la concurrence comprend en effet de plus en plus de textes de *soft law* que les étudiants doivent comprendre et peut-être même mieux maîtriser que les quelques règles de droit dur ou *hard law*, qui émaillent le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ou que l'on trouve concentrées dans deux règlements et une décision² de nature procédurale et les règlements d'exemption par catégories. Lire les communications de la Commission³ fournit à l'étudiant un mode d'emploi bien plus efficace de compréhension du droit complexe et évolutif qu'est le droit de la concurrence.

La *soft law* peut être comprise comme l'ensemble des textes adoptés par une ou plusieurs institutions et qui ne produisent pas d'effet sanctionné judiciairement mais ont certaines conséquences juridiques dont l'objectif est de produire des effets pratiques sur la conduite des institutions ou des États membres⁴. Elle prend, le plus souvent, la forme de communications, qui portent parfois, en droit européen de la concurrence, le nom de lignes directrices ou de meilleures pratiques, voire d'encadrements ou de disciplines en droit des aides

(1) Au sens de droit de l'Union européenne. Dans cette communication, les règles de droit dur appréhendées dans le domaine de la concurrence sont les articles 101 et 102 du TFUE et les règles de droit dérivé y afférent.

(2) En dehors du traité Euratom.

(3) Ces textes sont tous disponibles et référencés sur le site de la Commission, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

(4) Définition empruntée dans l'ouvrage de L. Sunden, *Soft Law in European Community Law*, Hart, 2004. Pour une analyse générale, v. aussi K. C. Borchardt et G. M. Wellens, *Soft law in European Community Law*, *European Law Review* 1989, 267.

d'État⁵. Si l'on examine le premier volume du *Handbook* publié par la Commission⁶ et rassemblant tous les textes généraux de droit de la concurrence applicables, on constate que les textes de *hard law* représentent 78 pages, contre plus de 150 pour ceux de *soft law* sur un total de près de 280 pages. Les textes de *soft law* couvrent en outre tous les aspects du droit de la concurrence, allant des meilleures pratiques sur la conduite des procédures à l'interprétation des concepts comme ceux d'effet sur le commerce ou de gains d'efficacité économique.

À ce constat statistique, il faut ajouter une réflexion centrée sur le concept d'effectivité du droit de la concurrence. L'effectivité suppose la mise en œuvre de moyens qui assurent l'application pratique des règles de concurrence dans la réalité du fonctionnement quotidien du marché intérieur ; elle peut être distinguée de l'efficacité, plus tournée vers la réussite des objectifs que l'on se fixe dans une politique. Pour le droit européen de la concurrence, les buts assignés par les institutions sont la protection du marché intérieur et la protection du consommateur. La modernisation de la politique de concurrence a conduit depuis l'an 2000 à valoriser ce deuxième objectif, conduisant à une interprétation plus économique des règles juridiques. Les règles de concurrence ne doivent donc plus sanctionner telle ou telle clause contractuelle en tant qu'elle induit une restriction de concurrence interdite mais une entente en tant qu'elle implique trop de pouvoir de marché et devient un moyen d'empêcher le développement de la concurrence potentielle ou d'évincer artificiellement le concurrent tout aussi efficace. Pour ce faire, il convient que les institutions trouvent les moyens d'expliciter le sens des articles 101 et 102 du TFUE, ce qu'elles ont fait par des communications.

La politique de concurrence est également marquée depuis 2003 par la décentralisation de l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Cette décentralisation ne doit pas mettre en péril l'exigence d'uniformité d'application des règles de concurrence, nécessaire pour maintenir la cohésion du marché intérieur⁷. L'effectivité d'application des règles de concurrence implique donc de trouver les déterminants d'une application uniforme du droit de la concurrence. Les institutions ont décidé de cette (r)évolution en capitalisant sur l'existence d'une « culture de concurrence »⁸ et de manière à assurer une surveillance efficace des règles de droit et de simplifier le contrôle administratif⁹. Analyser le droit de la concurrence au travers du prisme de l'effectivité implique alors de maîtriser, à côté des règles du droit dur, les très nombreuses règles de *soft law*. Impossible en effet pour un juge national de savoir s'il doit ou non appliquer l'article 101 du TFUE, en application de l'article 6 du règlement (CE) n° 1/2003, s'il ne maîtrise pas les arcanes de la notion d'effet sur le commerce, explicitée, certes, par la jurisprudence de la Cour, mais codifiée et surtout précisée par des lignes directrices de la Commission européenne de 2004.

L'hypothèse explorée dans cette rapide étude est que la *soft law* est la manière la plus effective de concevoir le droit de la concurrence dans cette nouvelle configuration institutionnelle et politique. Les sources « classiques » du droit que sont les règles de droit dur et leurs interprétations jurisprudentielles s'avèrent souvent insuffisantes en droit de la concurrence¹⁰. La *soft law* constitue ainsi une autre forme de législation, qui autorise une autre manière de dire le droit européen de la concurrence (I). La *soft law* est aussi un moyen effectif de garantir la gouvernance de la politique de concurrence, dans un contexte de modernisation et de décentralisation (II).

I. – L'EFFECTIVITÉ DE LA SOFT LAW COMME INSTRUMENT POUR DIRE LE DROIT DE LA CONCURRENCE

La *soft law* est un moyen de dire le droit de l'Union et plus particulièrement de dire le droit européen de la concurrence ; c'est probablement le moyen le plus pertinent pour concevoir une large part de ce droit. Pour démontrer cette affirmation, il convient de s'interroger d'abord sur les catégories de *soft law* en droit européen de la concurrence (A) pour, ensuite, s'interroger sur le point de savoir elle est un instrument de « légistique » effectif en droit de la concurrence (B).

A – Les catégories de soft law en droit européen de la concurrence

La *soft law* est foisonnante et hétérogène tant dans son contenu que dans les objectifs qu'elle satisfait ou même des institutions

(5) Le droit des aides d'État fera l'objet de la communication de G. Dezobrie, à paraître dans cette revue, et ne sera pas développé dans la présente contribution.

(6) Dont la version n'existe à ce jour qu'en anglais sur le site de la Commission européenne. Le volume 2 contient les règles générales d'exemption par catégories et le 3 les règles sectorielles.

(7) V. le premier considérant du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du TCE, JOCE, n° L. 1, 4 janv. 2003. 1. V. aussi le bilan de cette politique dans la communication de la Commission, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 : Achievements and Future Perspectives*, COM(2014) 453.

(8) Consid. 1, deuxième phrase.

(9) Règl. CE n° 1/2003, consid. 2.

(10) Pour une analyse plus générale, I. Hachez, *Balises conceptuelles autour des notions de « source de droit », « force normative » et « soft law »*, RIEJ, 2010, vol. 65, p. 46.

qui l'adoptent¹¹. On peut tenter de limiter un peu ce foisonnement en prenant pour champ d'analyse le droit européen de la concurrence, dans lequel la *soft law* est adoptée par la Commission européenne, pour trois objectifs essentiels : renforcer la cohérence de l'action de l'Union en la matière, assurer une imprégnation des règles juridiques par l'analyse économique et renforcer la sécurité juridique des entreprises, y compris par une pédagogie à destination des autorités nationales (juges nationaux et autorités nationales de concurrence). Il est alors possible de construire une classification¹² des normes de *soft law* en droit européen de la concurrence, qui montre le lien entre *soft law* et effectivité d'application de ce droit.

La première catégorie englobe la *soft law* définitionnelle. Les communications de la Commission constituent alors un moyen de dire le sens d'une notion, d'un concept juridique. La Commission se doit tout particulièrement d'assumer cette mission, puisqu'elle exécute le droit de la concurrence et qu'elle doit assurer une application uniforme de ce droit sur vingt-huit territoires nationaux¹³. L'importance de cette opération de définition des concepts fondamentaux pour assurer l'application effective du droit de la concurrence se comprend si l'on étudie, par exemple, les lignes directrices de la Commission sur l'application de l'article 101 § 3¹⁴. La Commission explicite cette notion économique, en distinguant les éléments qui permettent une application juridique. Ainsi, les efficacités économiques sont des gains d'efficacité qui résultent d'une intégration économique entre entreprises, laquelle permet de réaliser des économies d'échelle ou encore de gamme, et donc réduit les coûts¹⁵. Les lignes directrices détaillent ensuite quels coûts peuvent être pris en compte et comment ces gains d'efficacité permettent d'appliquer l'article 101 § 3.

La deuxième catégorie est constituée par la *soft law* didactique. Celle-ci permet de concevoir une sorte de *vade-mecum*, de guide d'application des concepts du droit de la concurrence. On pense par exemple aux orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 aux pratiques abusives des entreprises dominantes¹⁶. Cette catégorie est alors proche de celle de la *soft law* définitionnelle. Le droit de la concurrence de l'UE favorise également le développement d'une *soft law* que l'on pourrait qualifier de didactique en ce sens qu'elle vient compléter un principe fixé par le droit dur et pas seulement définir un terme. C'est le cas de la répartition des compétences de poursuite d'une infraction aux règles de concurrence au sein du réseau européen de concurrence. Le règlement (CE) n° 1/2003 postule dans ses articles 5 et 6 que les autorités nationales de concurrence ou les juges nationaux sont compétents pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE. Conformément à l'article 4 de ce même règlement, la Commis-

sion peut se saisir d'une affaire « dans les conditions prévues par le règlement ». La communication sur la coopération au sein du réseau européen de concurrence¹⁷, rassemblant les autorités nationales et la Commission, a été conçue par celle-ci pour rendre opérationnel ce partage des compétences et se donne pour objet de définir, au besoin, les éléments connexes à cette division pour qu'elle soit effective. Dans cette mesure, la communication peut se rapprocher de la *soft law* prescriptive, troisième catégorie identifiable, si elle introduit des règles complémentaires à celles du règlement de base, à destination des entreprises ou des autorités en charge de l'application des règles de concurrence.

L'idée est, dans cette troisième catégorie de *soft law*, de concevoir des textes, le plus souvent des communications, qui vont permettre de donner une compréhension globale d'une politique. Cette fonction programmatoire de la *soft law* est bien connue mais prend une dimension particulière dans le contexte de l'Union, où l'enjeu du partage des compétences est central et où les politiques publiques sont, par hypothèse, des politiques peu cohérentes¹⁸. La politique de concurrence est, à ce titre, un peu particulière, puisqu'elle implique aujourd'hui l'exercice d'une compétence exclusive de l'Union¹⁹ et autorise, de ce fait, une appréhension plus globale par la Commission européenne, institution seule en charge de l'exécution de cette politique au niveau de l'Union. La Commission a donc pu initier la réflexion sur la modernisation de la politique d'exemption des ententes interdites par un livre vert datant de 1997. Plus récemment, c'est une recommandation qui permet de réfléchir, au niveau de l'Union, à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif dans le domaine des règles de concurrence, suite à une résolution du Parlement européen et un livre vert sur la même question²⁰. Cette recommandation est d'ailleurs construite comme une directive et précise, dans une formule qui

(11) V. C. Blumann, *Conclusions du Colloque international des Jeunes chercheurs : la soft law en droit de l'Union européenne*, Rev. UE 2014. 225.

(12) V. aussi N. de Sadeleer, *Classification des actes de droit non contraignants de l'UE*, in *Les sources de droit revisitées*, PUSL/Anthémis, 2013. 253.

(13) Règl. CE n° 1/2003, art. 4 et 11.

(14) JOUE, n° C. 101, 27 avr. 2004. 97.

(15) Pts 64 s.

(16) JOUE, n° C. 45, 24 févr. 2009. 7.

(17) JOUE, n° C. 101, 27 avr. 2004. 43.

(18) Parce que ce sont des politiques négociées et qu'elles sont le fruit du principe d'attribution des compétences.

(19) Art. 4 TFUE.

(20) V. la recommandation du 11 juin 2013, qui a vocation à couvrir aussi les domaines de l'environnement ou de la protection des consommateurs, recommandation n° 2013/396/UE, JOUE, n° L. 201, 26 juill. 2013. 60.

ressemble à une recommandation de transposition, que « les États membres devraient mettre en œuvre les principes énoncés dans la présente recommandation dans leurs systèmes nationaux de recours collectifs d'ici le 26 juin 2015, au plus tard »²¹.

La *soft law* peut aussi se faire prescriptive, parce que le sens de la politique européenne de concurrence a évolué en 2000, date qui marque le début de la modernisation de la politique de concurrence, c'est-à-dire d'une interprétation des règles de droit dur centrée sur la protection du consommateur plutôt que sur la protection exclusive du fonctionnement du marché intérieur. Ce renversement partiel de perspectives nécessite une impulsion que la Commission a donnée en premier lieu par le livre vert sur la modernisation des principes d'exemption des accords verticaux. C'est aussi par un tel document stratégique qu'elle lance et adapte la politique des aides d'État²². La Commission adopte aussi des actes de *soft law* qui vont lui permettre de fixer des critères qui servent à l'application des règles de concurrence, au-delà d'une simple opération de définition ou d'explicitation. Il en est ainsi de la notion de gain d'efficacité économique, par exemple, qui permet d'appliquer l'article 101 § 3 du TFUE ou de déterminer dans quelle mesure un abus de position dominante peut être justifié. La Commission ne se contente pas dans ce texte de décrire le sens des notions ou de fixer les étapes d'un raisonnement. Elle permet en effet aux autorités nationales d'éviter l'interdiction des restrictions de concurrence quand celles-ci assurent un progrès économique, dans un texte qui reflète la conception politique de la Commission sur l'application des règles de droit dur. La Commission peut même, par le biais de ce type de *soft law*, introduire de nouveaux critères dans l'application des règles de concurrence, comme celui dit du « concurrent hypothétique aussi efficace », qui commande la qualification d'abus de position dominante²³. On peut penser aussi à la communication sur les accords d'importance mineure²⁴, qui donne une définition de ces accords et explicite leur régime juridique, opération qui classe cet acte dans de la *soft law* définitionnelle, et qui va plus loin que la simple interprétation en fixant des seuils qui permettent de savoir quand des accords sont de *minimis*²⁵, transformant la *soft law* en texte « normant » la notion en question, facilitant par ce biais une application automatique de la norme de droit dur.

Dans cette optique, la *soft law* est un moyen de dire l'interprétation d'une notion mais aussi de prescrire un mode d'utilisation. Ce n'est alors plus à proprement parler du droit gazeux ; elle sert à modéliser les évolutions et le sens de la politique européenne de concurrence. Le droit dur est peu effectif pour ce faire, parce qu'il ne permet pas d'expliquer le sens de la norme. Il peut fixer des interdictions et des justifications ou les étapes d'une procédure, mais ne peut décrire le ratio d'une règle de

droit. La *soft law* est prescriptive quand elle sert à donner du sens à une politique, qui est formatée par des règles de droit, le plus souvent de droit dur. La *soft law* prescriptive peut aussi servir à rationaliser l'exercice, par la Commission, de son pouvoir discrétionnaire²⁶, la Commission fixe alors une orientation qu'elle se constraint à suivre, pour fixer, par exemple, les amendes en cas de violation des règles de concurrence²⁷.

On peut enfin distinguer en droit européen de la concurrence une *soft law* incitative. Cette catégorie est en développement et directement en lien avec l'effectivité d'application du droit de l'Union dans ce domaine. Il faut en effet rappeler que l'application effective du droit de la concurrence pose, par exemple, la question de l'effectivité d'une sanction juridique de la violation de la règle de droit dur. Si l'on applique aux entreprises l'article 101 du TFUE et que l'on conclut à sa violation, ce contrôle est, par hypothèse, réalisé *ex post*, une fois le comportement anticoncurrentiel constitué et le préjudice pour le marché réalisé. La simple constatation de l'infraction, pas plus d'ailleurs que des actions subséquentes en responsabilité, ne peut réparer complètement le préjudice causé au fonctionnement du marché et donc aux concurrents des entreprises incriminées, aux consommateurs et enfin au marché intérieur. L'application effective du droit de la concurrence requiert alors une prévention de la commission des infractions. Il faut donc convaincre les entreprises que la violation des règles de concurrence a un coût. C'est ce qu'ambitionnent certains actes de *soft law* qui vont inciter les entreprises à adopter des stratégies dites de *compliance*. Celles-ci consistent à inciter les entreprises à des comportements qui assurent l'internalisation des règles de concurrence dans la détermination de leurs stratégies commerciales. On peut prendre l'exemple de la notice sur les bonnes pratiques concernant les règles procédurales, qui ont pour objectif d'expliquer l'application des règles procédurales de concurrence en renforçant la « prédictibilité » des règles procédurales et leur « internalisation » par les entreprises²⁸.

(21) Pt 38.

(22) Par ex., le plan d'action de 2005 intitulé : Des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009, COM(2005) 107 final.

(23) Pts 23 à 27 des orientations de 2009.

(24) JOUE, n° C. 291, 30 août 2014. 1.

(25) Pt 8.

(26) Sur ce thème, v. A. Bouveresse, Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Bruylant, 2010.

(27) Catégorie que le professeur Bouveresse appelle *soft law* d'orientation, au potentiel normatif plus marqué que la *soft law* interprétative, v. sa communication, à paraître dans cette revue.

(28) JOUE, n° C. 308, 20 oct. 2011. 6.

La *soft law* permet donc de dire le droit européen de la concurrence au-delà de la sanction judiciaire d'une infraction aux règles du Traité²⁹. Elle permet de déconnecter intellectuellement cette sanction de l'effet normatif proprement attaché à la règle de droit. En consacrant une échelle d'effets juridiques gradués³⁰, la *soft law* participe bien plus de l'adaptation de la règle juridique au monde moderne que de la crise de la norme, qui perd son caractère systématiquement unilatéral et ayant un effet juridique judiciairement sanctionné. La *soft law* n'est, dans cette perspective, pas simplement une règle de *hard law* en devenir ; elle répond à une fonction spécifique dans les systèmes juridiques contemporains.

B – Un instrument de régulation effectif pour le droit de la concurrence

On voit bien dans cette échelle de classification des règles de *soft law* qu'elle ouvre sur la question de la fonction de ce type d'actes. Il est communément admis que ceux-ci n'ayant pas d'effets juridiques obligatoires vis-à-vis des tiers, ils n'ont pas d'effet juridique du tout. On constate au contraire que la *soft law* a une portée normative³¹. Elle est un moyen d'orienter la politique de concurrence, de l'expliquer pour en assurer la compréhension par les entreprises et l'application effective par les autorités du réseau européen de concurrence (REC).

Cette explication du sens de la règle est patente dans le couplage, aujourd'hui systématique dans la politique d'exemption de la Commission, d'un acte de *hard law* avec des communications. Il n'est pas fortuit de relever que ces communications sont baptisées « lignes directrices » dans la politique de modernisation de la concurrence. Elles ont en effet pour fonction de préciser la *ratio économique* de la règle de droit dur. Pour prendre un exemple de cette complémentarité, on peut rappeler que le règlement d'exemption des restrictions verticales de concurrence fixe un seuil de 30 % des parts de marché du producteur et du distributeur, seuil à partir duquel l'accord ne peut plus bénéficier de l'exemption automatique définie par le règlement³². Les lignes directrices qui accompagnent celui-ci³³ expliquent le fonctionnement de ce seuil par la référence à une « zone de sécurité », au-delà de laquelle l'accord peut être exempté uniquement après avoir démontré ses « vertus économiques » au sens de l'article 101 § 3 du TFUE. Les lignes directrices décrivent ensuite comment comprendre et analyser de telles « vertus ». Pour comprendre le fonctionnement concret, effectif, du règlement, les lignes directrices donnent des exemples présentés comme des mises en situation des entreprises ou des autorités de concurrence. Dans le cadre de la politique de l'Union sur les services d'intérêt économique gé-

néral, la Commission explicite le fonctionnement de l'article 106 § 2 du TFUE par de véritables modes d'emploi, conçus sous la forme de réponses à des questions fréquemment posées³⁴. On est alors très éloigné du modèle de la réglementation par droit dur.

Au-delà de la stricte explication, ces lignes directrices vont réglementer des domaines particuliers, comme le régime d'exemption des accords de distribution par Internet, élément qui n'est pas même mentionné dans le règlement de 2010 sur les restrictions verticales. La *soft law* devient, dans ce cas, un moyen de poser et de développer la *doxa* communautaire sur tel ou tel problème, en dehors finalement de toute contrainte légale. La justification de cette technique réside uniquement dans le besoin de clarification des règles pour les entreprises, que la *soft law* vient ainsi sécuriser. Le règlement a bien du mal à pouvoir jouer le même rôle car il ne peut pas fournir de méthodologie du raisonnement ou d'exemples nécessaires à la compréhension. Le droit dur est contraint de ne pouvoir fournir que des principes, des interdictions, des causes de justification, des seuils d'applicabilité... On mesure bien dans cet exemple le caractère « normateur » de la *soft law* et sa légitimité à expliciter une règle de droit qui régule, comme en droit de la concurrence, un processus concurrentiel, plus qu'un état du marché.

Ces lignes directrices assurent aussi le passage des théories économiques dans la règle de droit. Elles donnent par exemple un sens à la notion de concurrent hypothétique aussi efficace dans l'évaluation d'un abus de position dominante. Cette notion permet de ne sanctionner les comportements des entreprises en position dominante que s'ils aboutissent à supprimer ou dissuader l'entrée sur le marché d'un concurrent aussi efficace. Cette analyse permet de garantir la liberté d'entreprendre des entreprises en position dominante, c'est-à-dire ayant un puissant pouvoir de marché. Elle induit, certes, une limita-

(29) C. Thibierge, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

(30) Il peut exister d'autres formes de *soft law* comme le montre bien Anton Sobine dans son mémoire, *L'effectivité de la soft law de l'Union européenne dans le secteur de l'énergie*, mémoire de master 2 droit de l'Union européenne, Strasbourg, 2014.

(31) V. la contribution du professeur A. Bouveresse sur la portée normative de la *soft law*, à paraître dans cette revue.

(32) JOUE, n° L. 102, 23 avr. 2010. 1.

(33) JOUE, n° C. 130, 19 mai 2010. 1.

(34) Guide relatif à l'application aux SIEG, et en particulier aux SSIG, des règles de l'UE en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur, 29 avr. 2013, SWD(2013) 53 final/2.

tion de la liberté contractuelle, mais seulement dans le cas où le comportement de l'entreprise outrepasse la rationalité économique et empêche artificiellement l'accès au marché d'un concurrent potentiel ou le maintien d'une concurrence effective sur le marché pertinent. Ce subtil équilibre ne peut probablement pas être réalisé par le vecteur du droit dur, qui ne permet pas de moduler les effets de la règle de droit : soit le comportement est légal, soit il est illégal. La *soft law* permet au contraire de nuancer cette vision, en expliquant que le comportement est illégal en fonction du contexte d'application de la règle et d'une balance entre la restriction de concurrence et le bénéfice que représentent, en économie, les entreprises à fort pouvoir de marché, plus stables financièrement, plus innovantes sur certains marchés ou plus compétitives sur le plan mondial.

Les communications de la Commission constituent aussi le vecteur d'introduction de notions économiques dans le droit de la concurrence. C'est typiquement le cas des lignes directrices sur l'article 101 § 3 qui définit quels gains d'efficacité qualitative (augmentation de la qualité par de nouvelles caractéristiques du produit, augmentation de la disponibilité du service au profit du consommateur, gains environnementaux...) peuvent être avancés dans le cadre de l'exemption d'une restriction de concurrence interdite par le paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE, ce qui contribue à autoriser une restriction de concurrence si elle est compensée par des gains d'efficacité économique.

La *soft law* est enfin un moyen de renforcer l'effectivité des règles de droit dur par une explicitation de leur mise en œuvre concrète. Celle-ci est nécessaire si l'on considère les règles de concurrence comme un moyen, non pas de sanctionner des comportements déviants d'entreprises, mais comme la régulation d'un processus assurant l'effectivité de la concurrence sur un marché. Il faut observer sur ce point que la *soft law* apparaît comme un moyen efficace de pallier les lacunes induites par le principe d'attribution des compétences dans l'Union. Il est vrai que la concurrence est une compétence exclusive de l'Union pour l'établissement des règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, mais la Commission utilise la *soft law* pour dépasser l'approche du Traité. Un acte de *soft law* ne pose pas en effet la question de l'existence puis du choix de la base juridique, ce qui affranchit la Commission du respect du partage des compétences et, dans d'autres cas, du respect des procédures de décision et en particulier celui de la procédure législative ordinaire impliquant une prise de décision par le Parlement européen et le Conseil. Ce dernier exemple montre que la *soft law* est au cœur de l'effectivité de la gouvernance de la politique européenne de concurrence.

II. – LA SOFT LAW COMME MOYEN DE GOUVERNANCE EFFECTIVE DE LA POLITIQUE EUROPÉENNE DE CONCURRENCE

La *soft law* acquiert une autre utilité, liée à la gouvernance de la politique de concurrence, surtout à partir du moment où celle-ci est décentralisée, c'est-à-dire appliquée en premier lieu par les autorités nationales de concurrence et les juges nationaux³⁵. La décentralisation repose en effet sur l'existence d'une « culture de concurrence » que la *soft law* permet de développer et de solidifier, en explicitant les relations entre les États membres et la Commission européenne, chef de file du réseau européen de concurrence. À cette rationalisation de la gouvernance multi-niveaux de la politique européenne de concurrence (A), s'ajoute ce que l'on pourrait appeler l'impulsion d'un jeu multi-acteurs, spécifique à l'application effective des règles de concurrence (B).

A – *La rationalisation d'une gouvernance multi-niveaux*

Le règlement (CE) n° 1/2003 instaure un mouvement de décentralisation de l'application des règles de concurrence, en passant au système de l'exception légale³⁶. Il maintient une application parallèle des règles de concurrence nationales et celles de l'Union européenne, tout en postulant l'obligation pour les autorités ou les juges nationaux d'appliquer le droit de l'UE chaque fois que les comportements des entreprises ont un effet sur le commerce entre les États membres au sens des articles 101 et 102 du TFUE³⁷. Les autorités nationales de la concurrence et la Commission européenne fonctionnent dans un réseau européen de concurrence. Le règlement (CE) n° 1/2003 permet donc l'intervention des autorités nationales de concurrence et de la Commission pour traiter les infractions au droit de la concurrence de l'UE. Si le principe est posé par le règlement, c'est la communication de 2004 sur la coopération au sein du REC qui fixe le partage des compétences en précisant que la Commission est l'autorité la mieux placée pour les accords ou pratiques qui ont des effets dans plus de trois États membres ou si l'intérêt de l'Union l'exige³⁸.

(35) Au moins pour ce qui concerne l'application des articles 101 et 102 du TFUE.

(36) Règl. CE n° 1/2003, art. 1^{er} et consid. 4.

(37) Art. 3.

(38) Lien avec d'autres dispositions exclusivement ou plus efficacement appliquées par l'Union ou apparition d'un nouveau problème de concurrence. Pt 15. V. aussi pt 14.

De la même façon, l'autorité nationale est en principe compétente quand le comportement a des effets sur son territoire. En cas d'effet sur plusieurs territoires, l'autorité la mieux placée est celle avec le territoire duquel le comportement infractionnel présente un lien direct et substantiel³⁹. On mesure bien la portée de la *soft law* dans cette hypothèse, qui est utilisée comme un moyen de réguler l'exercice du partage des compétences entre les membres du REC. Cette division du travail, pour substantielle qu'elle soit, est opérée par la *soft law* parce que cela permet une dimension d'explication pédagogique et des exemples pratiques. La *soft law* oriente ainsi le travail des autorités au sein du REC et traite des hypothèses de réattribution d'une affaire « pour préserver efficacement la concurrence et l'intérêt communautaire »⁴⁰, en posant le principe du traitement par l'autorité de concurrence la mieux placée. Cette opération est présentée comme l'organisation des détails de la coopération ; d'ailleurs les entreprises n'ont pas de droit à voir leur affaire traitée par une autorité donnée⁴¹. La *soft law* permet d'expliciter ce qui découle de l'application du règlement, quitte pourtant à introduire de nouvelles notions ou des principes qui vont au-delà du simple complément au droit dur. La *soft law* permet ainsi de passer du principe de la coopération au sein du REC, entre les autorités nationales comme entre elles et la Commission européenne, à sa mise en œuvre effective. Elle est autant didactique que prescriptive dans ce cadre. La *soft law* est donc un instrument de l'effectivité d'application du droit de la concurrence, instrument particulièrement pertinent en droit de la concurrence de l'Union du fait de la double réalité de la décentralisation de ce droit et de sa nécessaire uniformité d'application.

Plus généralement, la *soft law* assure à la Commission l'opportunité de se situer au cœur du jeu institutionnel. La politique de concurrence reste particulière dans ce sens aussi, puisqu'elle est administrée par la Commission au niveau de l'Union. Celle-ci assume ce rôle en tant que chef de file du REC. Elle se doit donc de fixer le sens de la politique de concurrence. C'est en ce sens qu'elle utilise la *soft law* définitionnelle. Elle peut ainsi fixer le sens des notions et stabiliser les évolutions de sa pratique décisionnelle contrôlée par la Cour de justice de l'UE. Le paquet de communications de 2004 est topique de cette action de pédagogie, d'autant plus nécessaire qu'à l'époque dix nouveaux États entraient dans l'Union, et ce alors même que s'amorçait le mouvement de décentralisation de l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Cette utilisation de la *soft law* assure aussi la sécurité juridique des entreprises, confrontées aux risques de l'auto-évaluation de leurs comportements anti-concurrentiels, de principe après le règlement (CE) n° 1/2003⁴².

La Commission est également au cœur de la définition des priorités de la politique de concurrence. C'est elle qui lance, par le

livre vert de 1997 sur la réforme de l'exemption des restrictions verticales, la réflexion sur la nécessité de mieux appréhender les effets économiques d'une restriction de concurrence. C'est aussi par le biais d'une communication qu'elle clôt la réflexion sur les priorités dans l'application de l'article 102 du TFUE aux abus dits d'exclusion.

La Commission utilise d'autant plus les actes de *soft law* qu'ils lui évitent d'être handicapée par l'absence de compétences ou des compétences partielles. Cela lui permet aussi de changer les priorités de sa politique sans nécessairement impliquer un accord du Parlement et/ou du Conseil. La souplesse de cet instrument est un gage d'efficacité dans l'Union. Il n'en demeure pas moins que cela autorise la Commission à formater des réflexions en dehors des compétences de l'Union. Par exemple, et alors même que la Cour de justice a toujours insisté sur l'idée que les règles de concurrence sont justifiées par l'existence d'une activité d'intérêt général de nature économique, la Commission va élargir la notion de service d'intérêt économique général (SIEG) aux services d'intérêt général, comprenant des services sociaux d'intérêt général et des services d'intérêt général non économique. Elle s'autorise alors à traiter toutes ces catégories sur le même modèle économique, celui qu'elle a expérimenté dans le domaine des activités économiques d'intérêt général. Cette tactique lui permet de prendre pied dans un débat sur l'élargissement des SIEG, sans pour autant en avoir la compétence et la légitimité. La *soft law* contribue alors à l'effectivité de l'action de la Commission, au détriment de celle des États membres.

On peut aussi concevoir la *soft law* comme le moyen le plus effectif de concevoir la coopération transfrontalière⁴³ au sein du REC, comme d'ailleurs sur le plan des relations internationales. On constate, dans ce dernier cadre, que les règles « internationales » de concurrence, plutôt procédurales jusqu'à ce jour, sont réfléchies dans le cadre de forums internationaux comme l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou l'*International Competition Network*. La *soft law* semble, pour le coup, être la règle d'élaboration de concepts transfrontalières d'application effective des règles de concurrence. Il en est ainsi des modalités de circulation des informations

(39) Pt 8, qui fixe trois conditions cumulatives.

(40) Pt 7.

(41) Pt 31.

(42) C'est tout le sens de la notion d'exception légale du règlement (CE) n° 1/2003.

(43) Cette expression est préférée à celle de coopération transfrontalière car plus que la conception de règles qui régulent les activités au travers de la frontière, il s'agit de règles qui juxtaposent les territoires normatifs et les coordonnent pour éviter que la disparité normative ne soit un obstacle à l'activité d'une entreprise sur plusieurs territoires locaux et/ou nationaux.

entre les différentes autorités de concurrence ou des règles qui permettent d'assurer l'effet « extraterritorial » d'une décision de violation des règles de concurrence. Ces concepts sont ensuite « transposés » dans des accords internationaux bilatéraux. Le droit dur ne peut alors se concevoir sans *soft law*, laquelle est mieux adaptée à la logique réticulaire de la gouvernance de la politique de concurrence. La *soft law* est le plus sûr moyen de transformer la pyramide des normes en réseaux⁴⁴, par sa capacité à modeler la conciliation de valeurs antagonistes.

La *soft law* acquiert une nouvelle dimension dans la stratégie de la gouvernance de la politique de concurrence en allant au-delà du système répressif. Pour convaincre les entreprises de la nécessité de respecter les règles de concurrence, dont le non-respect coûte cher à la société dans sa globalité, il faut en effet que leur respect ne soit plus considéré comme un coût économique mais participe tout à la fois de l'élaboration du modèle économique de l'entreprise et de son image d'entreprise « *compliant* ». La *soft law* peut alors servir de vecteur d'une gouvernance multi-acteurs.

B – L'impulsion d'une gouvernance multi-acteurs

Le respect des règles de concurrence est vécu, en règle générale, par une entreprise comme une contrainte, quand ce n'est pas une « découverte » qui intervient lors d'une enquête d'une autorité de concurrence ou d'un litige avec son concurrent direct. Ce schéma conduit les entreprises à ignorer purement et simplement les règles de concurrence ou, pire sur le plan de leur effectivité d'application, à développer des stratégies de contournement, plus rémunératrices que le respect de la règle. C'est ce qui a motivé d'une part la modernisation de la politique européenne de concurrence et d'autre part la politique de clémence⁴⁵, visant à récompenser la délation dans un cartel d'entreprises par une immunité ou une diminution de l'amende. On ne reviendra pas sur ces aspects, largement analysés par la doctrine, dans lesquels la *soft law* joue un rôle déterminant pour amorcer le débat ou pour expliciter la politique de la Commission ou des autorités nationales de concurrence. Cette *soft law* didactique peut aussi être utilement exploitée pour renforcer la sécurité juridique des entreprises en expliquant la règle de droit de la concurrence.

Il existe un autre aspect de la gouvernance multi-acteurs qui vise à impulser une véritable politique de respect effectif des règles de concurrence. Elle s'appuie sur la *soft law*, en tant qu'elle est un médium de conciliation de valeurs antagonistes. La *soft law* est alors le théâtre des politiques dites de conformité,

qui visent à démontrer que la non-conformité aux règles de concurrence a un coût (procédures litigieuses, amendes, atteinte à l'image de marque...) et que les entreprises peuvent utiliser l'expertise juridique pour éviter les infractions aux règles de concurrence, en fonction de l'analyse de ce qu'il est convenu d'appeler le « risque contentieux ».

La Commission s'efforce, pour aboutir à l'internalisation par les entreprises des règles de concurrence, de concevoir des communications différentes de la *soft law* mentionnée jusqu'ici. Il s'agit de communications de type publicitaire, qui présentent ces éléments, si l'on osait le dire, de la façon la plus « glamour » possible. On fait référence ici particulièrement au livret intitulé en toute sobriété « *Compliance Matters. What companies can do better to respect EU competition rules* »⁴⁶ disponible sur le site Internet de la Commission européenne. Cette *soft law* a pour objet de montrer comment transformer le respect de la règle de droit en atout commercial. En dehors de tout commentaire sur l'effectivité de ce type de politique, il est évident qu'elle n'a aucune chance d'être menée par les moyens du droit dur. Il ne faut pas en effet prescrire, imposer, mais convaincre, transformer l'attitude des entreprises, qui nourrissent une aversion au risque commercial et donc à la compétition avec leurs concurrents et aux règles qui la commandent dans le marché intérieur.

Comme cela a été analysé dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises ou des organisations, la politique de conformité implique la mise en place, dans les entreprises, de personnes responsables de la conformité, dont le travail est de concevoir les procédures qui empêchent la survenance du risque contentieux. Il est de la responsabilité des États de concevoir un statut juridique protecteur des « lanceurs d'alerte », qui dénoncent les dérives du respect effectif de la règle de concurrence. La *soft law* devient alors la pierre angulaire de l'ordre concurrentiel, conçu comme un droit constitutionnel d'un marché transnational⁴⁷. Elle est un moyen particulièrement efficace de gérer l'inter-normativité dans le domaine du droit de la concurrence. Elle peut alors être conçue comme le mode le plus effectif de conception de la règle en droit de la concurrence et pas comme un moyen dévoyé de légiférer. C'est à ce prix que « *Nobody is Afraid about Soft Law* » ; pas même le juriste de droit français ! ☺

(44) F. Ost et G. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, PUSL, 2002.

(45) V. la communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOUE, n° C. 298, 8 déc. 2006. 17.

(46) Le titre français étant beaucoup moins attractif : « Le respect des règles, ça compte ! Ce que les entreprises peuvent améliorer pour respecter les règles de l'UE en matière de concurrence ».

(47) L. Boy, *L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept*, L'ordre concurrentiel, Mélanges Pirovano, Éd. Frison-Roche, 2003. 23.