

1835 664

ENTREPRISES ETRANGERES
ET
POLITIQUE EUROPEENNE DE CONCURRENCE

par Alex JACQUEMIN.

Document de travail CRIDE N° 737

Revue Trimestrielle de Droit Européen
1973, n° 3.

ENTREPRISES ETRANGERES
ET POLITIQUE EUROPEENNE DE CONCURRENCE

Par Alex JACQUEMIN (*)
Professeur à l'Université de Louvain
Directeur du Centre de recherches
interdisciplinaires Droit-Economie

I. INTRODUCTION

Il est malaisé d'évaluer sans ambiguïté l'effet concurrentiel des investissements directs étrangers et des opérations étrangères qui ont déferlé dans la Communauté Economique Européenne, au cours des dernières années.

Ainsi, divers auteurs ont souligné que l'entrée de nouvelles entreprises était appelée à exercer un impact positif sur la productivité et sur les prix en cassant un monopole local ou en intensifiant la concurrence dans des secteurs traditionnellement oligopolistiques. L'introduction de nouvelles techniques, de nouveaux processus de production, de nouveaux produits ou services est appelée à remettre en cause les positions acquises et à raviver un processus concurrentiel fréquemment défaillant dans les pays européens (1).

(*) Une première version de cette étude a été présentée au Colloque international de Pavie, consacré à l'entreprise multinationale dans la C.E.E., et à un séminaire de l'International Law Society de l'Université de Michigan (Ann Arbor).

L'auteur tient à remercier les Professeurs G. DUFEY et E. STEIN, ainsi que B. REMICHE, pour leurs commentaires constructifs.

(1) En ce sens, voir la synthèse de J. BEURMAN, National Interest and the Multiple Enterprise, Prentice-Hall, 1970, Chapitre 2.

Mais d'autres auteurs ont mis en relief le fait que les investisseurs étrangers pouvaient réduire la concurrence en étendant au-delà de leurs frontières leurs positions dominantes initiales et en monopolisant des marchés antérieurement concurrentiels.

Ainsi, selon R. CAVES, un oligopole avec différenciation des produits prévaut normalement dans les pays d'origine lorsqu'il s'agit d'investissements "horizontaux", c'est-à-dire destinés à produire la même ligne de produits à l'étranger. Un oligopole, pas nécessairement différencié, existera dans le pays d'origine lorsqu'il s'agit d'investissements directs "verticaux", c'est-à-dire visant à réaliser un input utilisé dans la production d'origine. L'investissement direct tend à impliquer des comportements qui étendent au niveau mondial des positions oligopolitiques détenues dans le pays d'origine (2).

Il est évidemment malaisé de prouver empiriquement la réalisation de ces menaces, même si elles semblent parfaitement plausibles. Une enquête récente menée en Belgique apporte certaines indications. L'auteur, D. VAN DEN BULCKE, écrit "qu'un reproche souvent adressé aux entreprises étrangères est qu'elles évincent les entreprises déjà installées sur le marché belge. Sans vouloir prendre position dans ce débat, il est utile de signaler que 37 pour cent des entreprises étrangères en Belgique ont déclaré ne pas avoir de concurrents sérieux sur le marché belge, au moins en ce qui concerne leurs principaux produits. Un cinquième seulement des entreprises étrangères estiment avoir des entreprises belges comme concurrents... Relativement plus d'entreprises américaines que d'entreprises européennes ont acquis, pour leurs produits particuliers, une position de monopole sur le marché belge" (3). Il nous semble que ces constatations devraient inquiéter le consommateur, plutôt que rassurer le producteur belge !

Plus généralement, la puissante entreprise étrangère présente un double visage.

D'une part, en étant capable d'exploiter les différences qui existent entre pays, en ce qui concerne la disponibilité et le coût de la main-d'oeuvre, des capitaux et des matières premières, ainsi que les caractéristiques des marchés, des modes et des niveaux de vie, elle peut atténuer le cloisonnement des marchés, et assurer une plus grande mobilité des ressources internationales, sur base des coûts comparés.

(2) R. CAVES, International corporations : the industrial economics of foreign investment, Economica, février 1971. Pour une vue plus radicale, voir S. HYMER et R. ROWTHORN, International Big Business, 1957-1967, University of Cambridge, Department of Applied Economics, Occasional Papers, n° 24, 1971.

(3) D. VAN DEN BULCKE, Les investissements industriels étrangers dans l'économie belge, Synopsis, nov.-déc. 1971.

Mais d'autre part, en constituant ou en renforçant des positions dominantes et en utilisant ses ressources multiples sa puissance financière, ses accords, elle tend à adopter des politiques monopolitiques qui sont la source, à la fois d'une perte d'efficacité et de profits enlevés à la communauté.

Le problème est dès lors de déterminer un ensemble de réglementations et de législations, tel que les inconvénients de ces entreprises pour le bien-être collectif soient minimisés et que les avantages soient au contraire maximisés.

Dans une perspective européenne, ces moyens de contrôle sont multiples :

- contrôle fiscal qui s'inscrit dans la ligne des deux projets de directives relatifs aux fusions transnationales et au régime des dividendes entre sociétés appartenant à des pays membres différents;
- réglementation sur l'origine des fonds investis et sur les modes de financement des rachats d'entreprises (notamment en matière d'offre publique d'achat);
- mise au point d'une proposition en matière de droit des groupes et création d'un statut de groupement d'intérêt économique européen;
- coordination des dispositions sociales en matière de licenciements collectifs et de fermeture...

Parmi toutes ces mesures, qui ne sont d'ailleurs pas mutuellement exclusives, une approche nous paraît particulièrement fructueuse : il s'agit de la mise en oeuvre efficace d'une politique de concurrence. Si on admet que les dispositions européennes d'encadrement doivent éviter d'être discriminatoires et de frapper particulièrement les entreprises d'origine extra-communautaire, un instrument approprié doit être trouvé dans le domaine des règles de la concurrence

L'objet de notre étude sera dès lors d'examiner avec quelle efficacité la récente politique européenne de concurrence a été appliquée aux entreprises étrangères et dans quelle mesure des difficultés naissent de cette application.

II. L'APPLICATION RECENTE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE AUX ENTREPRISES ETRANGERES

La question de base est celle de savoir si des entreprises dont le siège se situe en dehors de la Communauté peuvent se voir condamner pour des pratiques qui tendent à réduire la concurrence au sein du Marché Commun. Nous examinerons la question, successivement dans le cas de l'article 85 et dans celui de l'article 86.

1° Les ententes

Dans le contexte de l'article 85, on peut aisément imaginer des ententes entre entreprises étrangères à la C.E.E., qui produisent leurs effets à l'intérieur du Marché Commun.

Au départ, le texte de l'article est clair : il vise toutes les ententes qui affectent le commerce entre les 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.

Ces dispositions semblent impliquer que les ententes trouvant leur origine en dehors du Marché Commun ou qui sont le fait d'entreprises étrangères, peuvent être attaquées, si elles ont des effets au sein du Marché Commun; réciproquement les ententes qui ont lieu au sein du Marché Commun mais qui ont seulement des effets extérieurs à la Communauté, seraient hors d'atteinte.

Une telle perspective trouve un certain appui dans les principes du droit international public : ainsi, selon certains auteurs, le principe de la territorialité objective implique que le droit national est applicable aux actes commis à l'étranger par des étrangers, dès que ces actes produisent des effets directs et substantiels à l'intérieur du territoire national (4).

L'extension de la compétence de juridiction basée sur les seuls effets économiques est néanmoins loin d'être généralement acceptée. Ainsi, selon les règles de droit international proposées dans le domaine anti-trust par l'International Law Association, "le droit international

-
- (4) Voir I.E. SCHWARTZ, Applicability of National Law on Restraints of Competition to International Restraints of Competition, in Cartel and Monopoly in Modern Law, Frankfurt, 1961;
P. ECKMAN, L'application de l'article 85 du Traité de Rome aux ententes étrangères à la C.E.E. mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du Marché Commun, Revue critique de Droit international privé, 1965, p. 516;
R. KRUTHOF, The Application of the Common Market Anti-Trust Provisions to International Restraints of Trade, Common Market Law Review, 1964-65, p. 69 et s.

tel qu'il ressort jusqu'à présent de la pratique générale des Etats, ne permet pas à un Etat d'assumer ou d'exercer une juridiction vis-à-vis du comportement d'un étranger, qui se manifeste à l'intérieur du territoire d'un autre Etat ou d'autres Etats, sur la seule base qu'un tel comportement produit ses effets ou ses répercussions à l'intérieur de son territoire" (5).

Si en droit international il y a déjà controverse dans une situation où l'effet est un résultat direct et substantiel du comportement, il est a fortiori évident que le principe de la territorialité ne peut justifier l'application des dispositions anti-trust lorsque l'effet est indirect ou secondaire.

Au niveau des principes généraux, les décisions et jugements récents de la Commission et de la Cour européenne de Justice sont en tout cas sans ambiguïté.

Ainsi, la Commission déclare que "le fait que plusieurs ou toutes les entreprises participantes ont leur siège de dehors de la Communauté ne s'oppose pas à l'application de cette disposition, pour autant que les effets des accords, décisions ou pratiques concertées s'étendent au territoire du Marché Commun" (6).

De son côté, dans l'arrêté Béguelin, la Cour déclare que "le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers, ne fait pas obstacle à l'application de l'article 85 dès lors que l'accord pratiqué a ses effets sur le territoire du Marché Commun" (7).

Mais une fois les principes affirmés, leur mise en oeuvre dans des cas d'espèce soulève de nombreux points d'interrogation.

- a. L'imputation des effets est une question particulièrement importante dans le cas des entreprises étrangères. La situation la plus simple est évidemment celle où l'entreprise étrangère a une succursale ou un établissement dans la C.E.E. : l'application de l'article 85 ne pose pas de problème particulier.

(5) International Law Association, New-York Conference, 1972, Report, p. 30.

(6) Avis relatif à l'importation de produits japonais dans la Communauté, JO n° C111 du 21 novembre 1972, p. 13.

(7) Arrêt du 25 novembre 1971, Affaire Béguelin Import C°, JO n° C9 du 3 février 1972, p. 17.

S'il s'agit d'une filiale, la solution n'est pas aussi évidente. Dans les affaires Christiani et Nielsen, et Kodak (1969 et 1970), la Commission avait estimé que des filiales possédées à 100 % par leurs maisons mères n'avaient pas d'indépendance économique : dès lors le comportement des filiales devait être imputé à la maison mère.

Dans un arrêt récent, relatif à l'affaire des matières colorantes, la Cour précise que le comportement des filiales d'entreprises étrangères qui avaient déterminé de manière impérative les prix et autres conditions de vente de ces filiales mettait directement en cause les sociétés mères étrangères (8). Pour l'application de l'article 85 à une entreprise d'un pays tiers, il n'est donc pas requis que cette entreprise dispose d'un établissement à l'intérieur du Marché Commun.

Le nouvel article 4 proposé par le rapport déjà cité de l'International Law Association ne contredit pas cette opinion : "un Etat a la juridiction de prescrire des règles qui gouvernent un comportement dont l'origine se situe en dehors de son territoire, dans la mesure où un tel comportement est mis en oeuvre à l'intérieur de son territoire, par un employé ou un agent agissant dans la sphère de son autorité".

Un aspect important est que la Cour ne requiert pas que la totalité du capital social de la filiale soit détenu par la société mère, mais que celle-ci soit à même d'exercer une influence déterminante sur les politiques de sa filiale. En d'autres termes, il s'agit de déceler le degré d'autonomie économique entre les sociétés en cause.

Or il est évident qu'avec une participation très variable, voire minoritaire, une société peut exercer un contrôle économique total sur une autre. En outre, par un système de participation en cascade, une société peut, indirectement mais totalement, contrôler une série de filiales, y compris des accords qui seraient passés entre elles. Une conséquence probable est que les Autorités européennes sont ainsi susceptibles de mettre fréquemment en cause des entreprises étrangères

(8) JO du 12-12-1972.

Enfin, on peut imaginer le cas d'entreprises étrangères sans établissement ni filiale dans le Marché Commun, mais qui se concertent en vue par exemple d'exporter à certaines conditions leurs produits vers le consommateur européen. Au nouveau, il est a priori possible que les Autorités Communautaires attaquent ce genre de comportement. Dans un avis du 10 octobre 1972 (JO 21 oct. 1972), la Commission met effectivement en garde, de façon générale, les industries japonaises qui se concertent en vue de limiter les importations de produits japonais dans la Communauté : l'article 85, 1, pourrait être d'application. De même la question pourrait surgir à propos des entreprises commerciales américaines concurrentes qui, sous l'égide de l'exemption prévue par le WEBB-POMERENE ACT (9), constitueraient une association en vue de fixer le prix, de répartir les ventes et de mettre en oeuvre diverses pratiques restrictives à l'égard du Marché Commun.

Une telle extension extra-territoriale, basée sur la seule "théorie de l'effet" ne satisfait certainement pas les exigences du droit international. Il est d'ailleurs possible, quoique non certain, qu'en opposition avec l'attitude de la Commission, la Cour exige qu'outre l'effet, le comportement de l'entreprise étrangère ait lieu, lui aussi, au sein de la C.E.E., éventuellement par l'intermédiaire d'une filiale. C'est en tout cas ce qu'indiquent les arrêts rendus jusqu'à ce jour.

- b. En ce qui concerne l'importance de l'effet, la première décision de la Commission impliquant une entreprise étrangère traite déjà la question (10). Dans l'exposé des motifs, il est constaté que l'objet du contrat concerne une concession exclusive de vente confiée par une entreprise française, Grosfillex, à une entreprise suisse, Fillistorf, pour un territoire situé en dehors du Marché Commun. "Toutefois, certaines dispositions de ce contrat interdisent à Fillistorf de vendre dans les pays du Marché Commun les articles faisant l'objet du contrat et ceux susceptibles d'entrer en concurrence avec eux, qu'ils soient fabriqués à l'intérieur ou à l'extérieur du Marché Commun".

(9) Voir, pour une discussion de cette question, J.A. RAHL, Common Market and American Antitrust, Overlap and Conflict, Mc Graw-Hill, 1970, p. 391-392.

(10) Affaire Grosfillex - Fillistorf, JO du 9 avril 1964.

Dans son dispositif, la Commission conclut à l'inapplicabilité de l'article 85 § 1 pour le motif que les circonstances de fait dont il est fait mention dans la décision font notamment "apparaître que la concurrence à l'intérieur du Marché Commun n'est pas empêchée ni restreinte ni faussée d'une manière sensible du fait du contrat en cause".

Dans une communication du 27 mai 1970, la Commission confirmait l'adoption d'une "règle de raison" pour l'interprétation de l'article 85 § 1 et précisait les critères quantitatifs adoptés (11).

- c. La nature des effets a été abordée dans l'affaire Grosfillex - Fillistorf déjà examinée. La Commission a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir contre une prohibition de réexporter dans le Marché Commun, parce qu'une telle opération était de facto impossible, étant donné que les droits de douane devraient être supportés deux fois.

Dans le cas Rieckerman/A.E.G.-Elotherm, la Commission a estimé qu'un accord de distribution exclusive, incluant une interdiction de réexporter, conclu avec une entreprise exportatrice "qui n'est pas organisée pour vendre à l'intérieur du Marché Commun" était incapable de restreindre de façon appréciable la concurrence à l'intérieur de celui-ci. Une telle interdiction n'exclut qu'une opération de vente potentielle, qui n'est en aucun cas très vraisemblable (12).

Plus récemment, dans l'affaire Raymond-Nagoya du 9 juin 1972, la Commission a estimé que l'accord en cause doit se rapporter à des échanges commerciaux réels ou susceptibles de se développer de façon concrète. Il faut tenir compte de la situation économique, des conditions d'expédition, des frais, de la technologie, de la concurrence, qui seraient de nature à rendre impossible ou improbable le courant commercial auquel il serait porté atteinte (13).

(11) JO du 2 juin 1970. Il n'y a pas d'effet sensible lorsque la part de marché des produits concernés ne dépasse pas 5 % et lorsque le chiffre d'affaires annuel total des entreprises en cause ne dépasse pas 15 millions d'unités de compte (ou 20 millions s'il s'agit d'entreprises commerciales).

(12) Voir Commission, Premier Rapport sur la Politique de Concurrence, Bruxelles, Avril 1972, p. 59.

(13) Décision de la Commission du 9 juin 1972, JO n° L 143, 23 juin 1972.

En l'espèce, la Commission a considéré que l'interdiction d'exporter affectait les marchés d'Extrême-Orient et non le commerce à l'intérieur de la C.E.E.

Néanmoins, cette optique ne signifie pas que la Commission adopte en la matière une attitude souple. L'affaire de l'industrie européenne du sucre suggère plutôt le contraire. Les plus importantes entreprises productrices du sucre de la Communauté ne sont concertées, notamment au sujet de leur participation aux adjudications organisées par les autorités communautaires en vue de l'attribution des restitutions à l'exportation : il s'agissait de supprimer toute concurrence entre les adjudicataires et toute incertitude quant aux montants des restitutions et aux quantités offertes à l'exportation.

La Commission a estimé qu'en faussant les enchères, les entreprises affectaient, non seulement les marchés extérieurs, mais aussi le commerce entre les Etats membres. Car c'est d'après le résultat de ces enchères que les producteurs déterminaient la part de leur production excédentaire qu'ils devaient s'efforcer d'écouler au sein de la C.E.E., éventuellement en la vendant dans les autres pays membres, plutôt que de l'exporter sur les marchés extérieurs. Ainsi, un effet indirect dans la Communauté, d'une pratique visant apparemment le commerce extra-communautaire, peut amener une condamnation. La Commission a l'intention de poursuivre, non seulement les effets directs mais également les effets indirects dès qu'ils ne s'avèrent pas théoriques ou insensibles.

Cette attitude, tout en étant très réaliste, aboutit à une grave difficulté. Etant donné que les marchés internationaux sont dominés par un ensemble de plus en plus restreint de grandes firmes multinationales, il se produit une interdépendance économique générale accrue, telle que la plupart des agissements de ces firmes ont des répercussions simultanées dans les diverses zones économiques. Cette situation est renforcée par l'organisation d'un réseau serré de participation qui tend à réduire le nombre de centres de décision autonomes. Dans la mesure où, d'une part, le comportement restrictif de la filiale est souvent imputé à la maison mère et où, d'autre part, les effets anti-concurrentiels indirects sont jugés condamnables par les Autorités européennes, l'application de la politique antitrust risque de ne pas être aisément admissible en droit international public, qui ne justifie même pas la mise en cause des effets directs

des pratiques restrictives (14).

Dès lors les Autorités européennes risquent d'être partagées entre le souci d'une action économiquement efficace et celui du respect des principes de droit international.

- d. Finalement, soulignons que, comme pour les entreprises appartenant à la Communauté, la Commission a plusieurs fois utilisé le paragraphe 3 de l'article 85 pour déclarer inapplicables à des accords notifiés (15), entre entreprises étrangères, ayant un effet communautaire, les dispositions du premier paragraphe. Ainsi, dans l'affaire Transocean Marine Paint Association (27 juin 1967), l'argument décisif a été "la coopération entre entreprises moyennes en vue d'organiser un système rationnel de distribution pour les peintures Transocean". Une décision similaire a été prise dans l'affaire European Machine Tool Exhibition (13 mars 1969).

Le rôle de ces dispositions reste cependant ambigu dans la mesure où les conditions prévues pour bénéficier de l'exemption relèvent davantage d'une appréciation de politique économique, que d'une analyse juridique ou économique objective. Il s'agit là d'un terrain privilégié pour une éventuelle application discriminatoire de la politique de concurrence aux entreprises étrangères (16).

-
- (14) Notons que J. STOUFFET, dans La Compétence entraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté économique européenne, Journal du droit international, 1971, p. 496, semble assimiler l'effet indirect à "la notion subjective de prévisibilité", opposée à une "analyse purement objective des mécanismes économiques". C'est au contraire cette analyse objective qui amène la Commission à combattre les effets indirects, parfois plus pernicioseux que les effets directs, même si les principes du droit international ne l'appuient pas.
- (15) On peut se demander dans quelle mesure l'obligation de notification des ententes pour bénéficier de la dérogation prévue par l'article 85 § 3, s'applique aux entreprises extérieures à la Communauté. Cette exigence implique en effet une atteinte à la souveraineté étrangère. Voir J. STOUFFET, art. cit. p. 498.
- (16) Pour une critique du paragraphe 3 de l'article 85, voir A. JACQUEMIN, The Criterion of Economic Performance in the Anti-Trust Policies of the United States and the European Economic Community, Common Market Law Review, 7, n° 2, avril 1970. Une étude de l'application de la politique antitrust britannique aux entreprises américaines souligne que le critère de "l'intérêt public" est celui qui peut le plus aisément servir à contrôler les investissements directs étrangers. Voir A.B. KANTER et S.O. SUGARMAN, British Antitrust Response to the American Business Invasion, Stanford Law Review, Fév.

2° Les abus de position dominante

- a. Les abus de position dominante commis par une ou plusieurs entreprises extérieures au Marché Commun peuvent prendre plusieurs voies.

La plus évidente est celle par laquelle une entreprise étrangère agit à travers une filiale ou une entreprise qu'elle contrôle, installée dans la C.E.E.

Dans quelle mesure l'existence de personnalités juridiques distinctes empêche-t-elle l'imputation du comportement de la filiale à la société étrangère qui dispose du contrôle ?

A l'occasion de l'arrêt relatif aux matières colorantes du 14 juillet 1972, nous avons déjà indiqué que pour l'application de l'article 85, la Cour n'hésitait pas à considérer que la séparation formelle entre sociétés ne peut s'opposer à une unité de comportement sur le marché.

De façon très cohérente, la Commission a adopté la même attitude pour l'application de l'article 86. Il s'agit de la décision arrêtée à l'encontre de la société américaine Commercial Solvents Corporation (C.S.C.) et de sa filiale Istituto Chemioterapico Italiano (I.C.I.) (17).

C.S.C. livrait une matière première, essentielle pour la fabrication d'un médicament contre la tuberculose, à sa filiale italienne I.C.I. qui à son tour la vendait à divers fabricants de la spécialité, dont l'un des principaux était la firme Zoja. A la suite de l'échec d'une tentative d'absorption de Zoja par l'intermédiaire d'I.C.I., C.S.C. prenait diverses mesures tendant à empêcher Zoja d'obtenir des livraisons de cette matière première, dans le Marché Commun ou dans les pays tiers, mettant ainsi en cause l'existence de la firme. La Commission a considéré que la cessation des fournitures à Zoja était un abus de position dominante à la charge de C.S.C. et I.C.I.

En l'espèce, la Commission a estimé que C.S.C. et I.C.I. ne formaient qu'une seule entreprise sur le

(17) Décision du 14 décembre 1972, JO du 31 décembre 1972. Voir aussi Pittsburgh Corning Europe, du 23 novembre 1972, JO L 272.

plan économique. Dans sa décision, elle a notamment évoqué la possession de 51 % du capital social d'I.C.I. par C.S.C. et le fait que cinq des dix membres du Conseil d'administration occupaient en même temps des fonctions de préposés dans C.S.C.

On peut rapprocher ce cas de la fameuse affaire Continental Can (18). La société américaine Continental Can avait acquis par l'intermédiaire de sa filiale à 100 p.c. Europemballage Corporation, le contrôle de la plus importante entreprise allemande fabriquant des emballages métalliques (S.L.W.), puis celui de la plus grande entreprise néerlandaise du même secteur (T.D.V.).

La Commission avait condamné cette dernière acquisition sur base de l'article 86, estimant que Continental Can détenait une position dominante et avait ainsi exploité abusivement cette position. Les sociétés Continental Can et Europemballage avaient aussitôt introduit un recours en annulation devant la Cour. Quoique, en l'espèce, la Cour a effectivement annulé la décision de la Commission parce que cette dernière n'aurait pas délimité assez nettement le marché en cause, elle a cependant confirmé l'interprétation extensive que la Commission donne de l'article 86.

Au cours des plaidoiries, les parties requérantes ont, au niveau de la procédure, évoqué l'argument selon lequel la Commission aurait outrepassé ses pouvoirs : les articles 1 à 3 de la décision attaquée visaient Continental qui, n'ayant pas de siège et n'exerçant aucune activité sur le territoire des Etats membres, ne serait pas, selon les principes généraux du droit des gens, soumise à l'autorité de la Commission, ni à la juridiction de la Cour de Justice.

En outre, on ne saurait imputer à cette entreprise le comportement de sa filiale, sans porter atteinte au principe fondamental de l'autonomie de la personnalité juridique.

La Commission a rétorqué que même en appliquant strictement le principe de la "territorialité", il ne fait pas de doute que les Etats (ainsi que la Communauté) sont habilités à appliquer leur législation aux actes accomplis sur le territoire d'exercice

(18) Arrêt de la Cour du 21-2-1973 et décision de la Commission du 9-12-71, JO du 8-1-73.

de leur souveraineté, quelle que soit la nationalité des auteurs de ces actes, Continental a précisément agi à l'intérieur de la communauté par l'intermédiaire d'une filiale. Les arguments des requérants relèvent dès lors d'une "conception formelle". Compte tenu du but dans lequel Continental a constitué Europemballage et du fait que celle-ci, bien qu'ayant une personnalité juridique, n'a aucune indépendance économique, on ne saurait prendre en considération la personnalité juridique d'Europemballage aux fins de l'application des règles communautaires.

Dans son arrêt, la Cour donnė, sur ce point, raison à la Commission.

La circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société-mère; le fait que Continental n'est pas établie sur le territoire d'un des Etats membres de la Communauté ne suffit pas pour la soustraire à l'application de ce droit.

Si le choix est net en ce qui concerne les problèmes des relations mère-filiales, il reste la question générale de l'applicabilité de 86 à des abus de position dominante, qui s'exercent au sein de la C.E.E., mais qui émanent de sociétés étrangères n'ayant pas de siège direct ou indirect (par l'intermédiaire d'une filiale) dans la C.E.E.

Ainsi, on peut imaginer que, par un bradage de prix systématique, par des pratiques discriminatoires, par des clauses liées, une entreprise installée aux Etats-Unis et occupant par ses activités, une position dominante au sein de la C.E.E., exploite le consommateur européen et tend à monopoliser le marché

Dans la perspective que nous avons évoquée pour l'article 85 (principe de la territorialité objective) et à la lumière des options prises par la Commission à l'égard des cartels d'exportation, il semble que dans ces cas également, l'application extraterritoriale de l'article 86 est à envisager.

- b. Un second aspect important de l'arrêt dans l'affaire Continental Can est relatif à l'interprétation extensive du concept d'abus qui couvre les différentes formes de concentration.

Avant l'arrêt, deux thèses étaient en présence. Pour un grand nombre de juristes, l'article 86 ne vise pas à garantir des structures concurrentielles de marché puisque la position dominante est elle-même permise, mais à interdire le recours à des comportements fautifs qui entraînent un dommage pour les fournisseurs, les concurrents ou les clients (19). Ainsi une concentration, qui a été rendue possible sans qu'aucune contrainte n'ait été exercée, par l'offre faite aux actionnaires d'acheter leurs titres à des prix favorables, ne saurait être considérée comme abusive. C'est l'exercice direct d'une contrainte qui justifie l'application de 86.

Une implication est que les multiples opérations de concentration, prises de participation de contrôle ou absorptions opérées "à l'amiable" par les firmes multinationales au sein du Marché Commun, étaient hors d'atteinte, alors même que s'opérait une transformation irréversible de nos structures industrielles vers une concentration accrue et une domination par un groupe de grandes entreprises. La lutte antitrust se limitait aux "mauvaises" ententes et à certains agissements abusifs.

Au contraire, la Commission estime que la question de savoir s'il y a ou non exploitation abusive d'une position dominante dépend de la situation objective créée sur le marché en cause (20). Une acquisition qui renforce une position en réduisant substantiellement la concurrence actuelle ou potentielle, constitue en soi un abus, quels que soient les moyens utilisés à cet effet.

Très clairement, la Cour a tranché en faveur de cette dernière position : "Peut-être, en dehors de toute faute, considérée comme abusive la détention d'une position dominante portée à un point tel que les objectifs du Traité se trouvent tournés par une modification si substantielle de la structure de l'offre que la liberté de comportement du consommateur sur le marché se trouve gravement compromise".

(19) En ce sens, voir l'analyse approfondie de R. JOLIET, Monopolisation et abus de position dominante, Revue Trimestrielle de droit européen, n° 4, oct. 69; Voir aussi E. CEREXHE, L'article 86 du Traité de Rome, Cahiers de droit européen, n° 3, 1972.

(20) En ce sens, voir M. CARDON et F. HERBERT, Evolution récente de la notion d'abus de position dominante dans la C.E.E., Document de travail CRIDE, n° 719. Voir aussi A. BIENAYME, L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision "Continental Can Company", Revue Trimestrielle de droit européen, n° 1, janvier-mars 1971.

Par cet arrêt, la Cour s'inscrit dans une importante évolution qui caractérise le droit économique. Il s'agit moins de protéger directement les participants au marché que de veiller à la sauvegarde de certaines conditions objectives de marché qui permettent indirectement la sauvegarde des intérêts en présence. A nouveau la règle de droit économique n'a pas pour objet d'interdire des comportements considérés comme déloyaux ou contraires à la morale, mais de défendre certains intérêts collectifs répondant à un type d'organisation économique (21).

Cette approche rejoint l'analyse économique récente qui montre que la constitution ou le renforcement d'une position de monopole privé, même quand elle accroît l'efficacité dans la production, porte en germe une atteinte aux intérêts du consommateur. Plus peut-être que l'exploitation directe d'une position dominante déjà acquise, les stratégies qui transforment, généralement de façon irréversible, les structures mêmes du marché sont dommageables (22). A la limite, il paraît vain d'attaquer une politique de prix parce qu'elle cause à l'utilisateur un dommage immédiat, si en même temps on laisse se constituer des monopoles qui transforment les conditions d'offre et de demande et qui débouchent inévitablement sur des productions, des prix et des formes de dépenses défavorables au consommateur (23).

Comme l'écrivent CARDON et HERBERT, c'est une politique à court terme que de limiter l'abus à des comportements entraînant des effets négatifs immédiats au niveau du consommateur. "Il faut préserver le droit au libre choix du consommateur, et cette liberté ne sera possible que dans un secteur où la structure est suffisamment concurrentielle que pour permettre les entrées, l'innovation et l'allocation optimale des ressources" (24).

(21) Voir A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, Le droit économique, PUF, Que sais-je, 1383, p. 102.

(22) Pour un modèle dynamique de la firme qui transforme à son avantage les structures de marché, voir A. JACQUEMIN, Stratégies d'entreprise, structures de marché et contrôle optimal, Revue d'Economie Politique, n° 6, 1972.

(23) Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faudrait supposer que l'entreprise dominante ne tire pas parti de sa domination et se comporte "comme si" elle était en situation concurrentielle. A moins d'envisager un système de contrôle public direct des entreprises, qui seraient précisément aux antipodes d'une économie de marché, on ne voit pas très bien comment ce comportement pourrait être imposé.

(24) Id. cit., p. 37.

Par ce choix décisif, la Cour donne à la Commission une arme essentielle vis-à-vis des entreprises étrangères. En effet, nous l'avons dit, c'est avant tout en développant un réseau concentré de prises de participation et de créations de filiales simples ou communes que ces entreprises peuvent généraliser leurs positions oligopolitiques d'origine.

Par des systèmes de prix de transfert, d'apports partiels d'actifs sous-évalués, de subventions, elles réallouent ensuite leurs ressources entre unités, succursales, filiales ou entreprises juridiquement distinctes, selon les intérêts et les contraintes du moment (25).

Dès l'instant où la Cour considère qu'une opération de concentration peut, sous certaines conditions, constituer un abus de position dominante, elle fait de l'article 86 un instrument efficace de contrôle des transformations de structures du marché européen qu'induisent les entreprises étrangères. A la limite, il sera logique d'admettre l'intervention de la Commission vis-à-vis de deux entreprises étrangères qui se faisaient concurrence dans la Communauté, qui se concentraient et qui réduisent ainsi de façon substantielle la concurrence dans le Marché Commun : on pourrait par exemple considérer que la prise de contrôle d'une société suisse par une société américaine est susceptible, dans certaines circonstances, de tomber sous le coup de l'article 86. À nouveau, il n'est pas sûr que la Cour, sinon la Commission, pousserait à un tel point l'application extraterritoriale du droit de la concurrence.

Le projet de règlement soumis par la Commission au Conseil des Ministres et portant sur le contrôle des concentrations ne va pas aussi loin.

Dans sa disposition de principe, ce projet déclare incompatibles avec le Marché Commun et interdites toutes opérations ayant pour effet direct ou indirect de provoquer une concentration entre entreprises ou groupes d'entreprises dont l'une au moins est installée dans le Marché Commun, par laquelle ces dernières acquièrent ou renforcent le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective dans le Marché Commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

-
- (25) Pour un examen de ces stratégies, voir M. BURGIO, Le Transfert des bénéfices entre diverses unités de sociétés multinationales, in CRIDE, Vers une politique fiscale européenne à l'égard des entreprises multinationales, Vander et Bruylant, 1972, p. 189 et s. Voir aussi A. JACQUEMIN, Le groupe de sociétés : décentralisation dans la concentration, Document de travail CRIDE, n° 724, publié dans le Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 137, 1973, p. 112 et s.

Ce projet de règlement comprend deux exceptions. En premier lieu, la disposition ne s'applique pas lorsque le chiffre d'affaires des entreprises en cause est inférieur à 200 millions d'unités de compte et lorsque les biens ou les services concernés ne représentent, dans tout Etat membre, pas plus de 25 % du chiffre d'affaires pour les produits ou services identiques ou similaires. Ainsi une "règle de raison" est intégrée au règlement. En second lieu, l'interdiction peut être déclarée inapplicable aux concentrations "qui sont indispensables pour réaliser un objectif qui se voit donner un traitement prioritaire dans l'intérêt collectif de la Communauté" (Article 1, paragraphe 3). Sans doute encore davantage que pour l'article 85, 3, une telle exception présente-t-elle le danger d'être aisément manipulée comme instrument direct de discrimination vis-à-vis des entreprises étrangères.

Enfin, le projet prévoit que des concentrations d'entreprises dont les chiffres d'affaires consolidés dépassent 1 billion d'unités de compte sont soumises à une notification préalable. Cela implique notamment que la notification pourra viser la filiale européenne d'une grande entreprise américaine, même si le chiffre d'affaires de la filiale elle-même est inférieur au critère de dimension requis.

Soulignons aussi que la taille absolue, à l'exclusion d'autres critères, notamment la part de marché, est le seul critère retenu, ce qui est assez discutable.

En conclusion, l'interprétation extensive de l'article 86, combinée avec la proposition de règlement sur le contrôle des concentrations, ouvre de nouvelles perspectives et de nouveaux risques pour les entreprises des pays non-membres de la Communauté qui agissent au sein du Marché Commun. Le danger d'une application discriminatoire est même présent,

III. CONCLUSIONS

Jusqu'en 1971, les autorités européennes avaient particulièrement mis en oeuvre le contrôle des ententes, dans la ligne de l'article 85, alors que l'article 86 restait lettre morte, en dépit des multiples commentaires qu'il suscitait.

Or, malgré le raffinement dans l'application du premier article, on peut se demander s'il a été important à l'égard de l'activité des entreprises étrangères dans la C.E.E.

Nous sommes tentés de croire que si l'article 85 a pu empêcher les agissements anti-concurrentiels des entreprises de certains pays tiers, il n'a pu être très utile à l'égard des principales activités étrangères.

Dans le cas des firmes américaines qui occupent une position prépondérante dans les investissements directs étrangers en Europe, deux aspects méritent d'être soulignés.

En premier lieu, les entreprises américaines pénétrant dans les industries européennes font généralement partie de grands groupes disposant de moyens puissants et de produits avancés, de telle sorte qu'elles ne rencontrent pas la nécessité de s'entendre avec des entreprises déjà installées ou en voie de s'installer. Rappelons l'enquête belge selon laquelle de nombreuses entreprises américaines ont acquis, pour leurs produits particuliers, une position de monopole sur le marché belge.

En second lieu, nous savons que le texte de la loi Sherman est libellé de façon plus large que celui de l'article 85. Il frappe d'illégalité toute entente entre les différents Etats de l'Union ou avec les pays étrangers : ces dispositions s'appliquent, non seulement aux importations vers les Etats-Unis, mais également aux exportations. En outre, les autorités américaines se montrent plus sévères vis-à-vis des ententes que les autorités européennes, dans la mesure notamment où elles ne font pas la distinction entre les "bonnes" et les "mauvaises" ententes.

Dès lors, les entreprises américaines ont été découragées de recourir à cet instrument de contrôle des marchés et ont préféré s'orienter vers des formes alternatives. Cette attitude était d'autant plus profitable que l'article 86 n'était pas appliqué.

Depuis l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire Continental Can et la proposition de contrôle des concentrations, de nouvelles perspectives s'ouvrent.

Dans la mesure en effet où les entreprises étrangères agissent dans le Marché Commun, essentiellement par le truchement d'un réseau complexe de prises de participation et de création de filiales susceptibles d'accroître la concentration, elles seront soumises à un contrôle de plus en plus strict.

En outre, nous avons souligné que dans un souci d'efficacité, la Commission, à travers des cas récents, semble bien décidée à poursuivre, non seulement les filiales, mais également les sociétés mères étrangères qui seraient en cause, et à tenir compte, non seulement des effets directs des pratiques restrictives, mais également des effets indirects, dès qu'ils ne s'avèrent pas théoriques ou insensibles.

Simultanément, nous avons constaté que dans la perspective d'une accentuation de l'interdépendance économique internationale, d'une généralisation des structures oligopolitiques des marchés et du développement d'un réseau serré de prises de participations, de multiples comportements, à première vue sans conséquence pour la C.E.E., risquent d'exercer un impact sur le jeu de la concurrence au sein du Marché Commun.

Dans la mesure où les Autorités Communautaires sont décidées à mettre en oeuvre une politique efficace de concurrence, il doit dès lors inévitablement en résulter des interférences avec d'autres Pouvoirs souverains. La seule chance d'éviter la multiplication des conflits de droit international et finalement une certaine paralysie résultant de la non-reconnaissance de la compétence communautaire par les Etats étrangers, est une coopération internationale accrue, tant au niveau de l'information et de l'instruction d'une affaire, qu'à celui des critères mis en oeuvre. Cela explique que la Commission européenne et les Etats membres se sont associés aux travaux entrepris au sein de l'O.C.D.E., en vue d'établir, pour ces sociétés, un "code de bonne conduite" en matière de concurrence et d'instaurer une collaboration internationale plus poussée pour contrôler leurs pratiques (26).

(26) Commission des Communautés Européennes, Deuxième Rapport sur la politique de Concurrence, op. cit. p. 36. Pour un examen des moyens et des limites d'une collaboration internationale, voir J.A. RAHL, op. cit. chap. 8 et 9, et C. EDWARDS, Control of Cartels and Monopolies: An International Comparison, Oceana, 1967, chap. XVII.