

LES ACTEURS ÉCONOMIQUES PEUVENT-ILS ENCORE ÉCHAPPER À L'EMPRISE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ?

*Réflexions sur le territoire du droit des pratiques
anticoncurrentielles*

PAR

Laura WALZ

*Doctorante contractuelle sous la direction du professeur Loïc Grard,
université de Bordeaux*

Le thème de l'atelier doctoral est à la mesure du champ du droit de l'Union européenne : ambitieux. Le droit de l'Union européenne est en effet souvent décrié comme ayant une prétention impérialiste, cherchant à s'immiscer dans des champs de plus en plus nombreux. Le droit de l'Union européenne chercherait ainsi à élargir continuellement son champ d'intervention au point que ses contours ne seraient plus nettement délimités.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles¹ n'échappe pas à la règle. Tout secteur d'activité semble pouvoir relever de la sphère économique et tomber sous les fourches des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)². Plus encore, ce sont les contours du champ d'application géographique du droit *antitrust* qui semblent progressivement s'atténuer pour laisser place à des règles de concurrence aux vocations extraterritoriales.

Ce phénomène d'extension territoriale, voire d'extraterritorialisation du droit de la concurrence, s'explique notamment par la mondialisation de l'économie. L'élimination des barrières aux échanges et la numérisation des activités se sont traduites par une intensification du commerce transfrontalier et une montée en puissance exponentielle des acteurs privés économiques³. Sans sur-

1 Par souci de simplicité, les expressions « droit des pratiques anticoncurrentielles », « droit de la concurrence » ou encore « droit *antitrust* » seront indifféremment utilisées.

2 L'article 101 TFUE prohibe les ententes susceptibles d'affecter le commerce entre États 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 intérieur. L'article 102 TFUE, quant à lui, prohibe les abus de position dominante sur le marché intérieur qui affectent le commerce entre États membres.

3 Pour un exemple de montée en puissance des pouvoirs privés, cf. C. PRIETO, « Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir des affaires Microsoft », dans W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence : les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 à Dijon, Paris, Litec/LexisNexis, coll. « Travaux du CREDIMI », 2008, p. 383.

prise, « l'agrandissement du terrain de jeu a augmenté la taille des acteurs⁴ » et a permis l'essor d'entreprises globales dont le champ d'activité ignore les frontières territoriales. Le cadre dans lequel évoluent les acteurs privés s'est ainsi profondément modifié et a transformé le paysage économique. Initialement locaux ou nationaux, les marchés sont désormais pour la plupart mondiaux⁵.

Ainsi, la présente contribution s'attachera à présenter les enjeux et les effets de l'extension du droit de la concurrence vers des territoires tiers à l'encontre d'entreprises étrangères, nonobstant la problématique inverse de diffusion du droit de la concurrence au sein de son propre territoire qui réduit *de facto* la portée des droits nationaux des États membres⁶. Par ailleurs, si la réflexion pourrait être développée sur le terrain des actions privées devant les juridictions nationales⁷, le développement sera principalement consacré aux récentes évolutions qui ont marqué la compétence du droit de l'Union européenne dans le cadre de l'action publique menée par les autorités de concurrence.

L'internationalisation des comportements économiques et, par voie de conséquence, des pratiques anticoncurrentielles, est un sujet classique. L'un des premiers débats sur l'application du droit de la concurrence à des entreprises étrangères remonte en effet aux années 1970 avec notamment l'affaire *Continental Can*⁸. Les recherches doctrinales alimentant le débat sur l'étendue de l'application territoriale des règles *antitrust* sont nombreuses⁹. Pour autant, le débat sur l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne aux entreprises étrangères est loin d'être épuisé ou désuet. Ces dernières font désormais partie du paysage quotidien du droit de la concurrence de sorte que l'actualité nous fournit des exemples récurrents d'entreprises étrangères sou-mises au champ du droit de la concurrence. Les géants américains font ainsi

4 G. NOELS, *Gigantisme. De « too big to fail » vers un monde plus durable et plus humain*, Tielt, Lannoo, 2019, p. 64.

5 Le numérique est l'exemple topique en la matière. Les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) sont les acteurs mondiaux les plus célèbres et les plus puissants. D'autres secteurs opèrent largement sur la scène mondiale, tels que l'équipement médical ou l'industrie pharmaceutique. Selon Clotilde Jourdain-Fortier et Isabelle Moine-Dupuis, la biologie est par nature sans frontières de sorte que son marché est toujours potentiellement mondial. Cf. C. JOURDAIN-FORTIER, I. MOINE-DUPUIS, « Mondialisation droit de la concurrence et protection de la santé, l'exemple des produits pharmaceutiques », dans W. ABDELGAWAD (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence : les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, *op. cit.*, p. 439-460.

6 Pour une analyse du phénomène de diffusion du droit européen de la concurrence au sein des territoires de ses États membres, cf., notamment, J.-P. VIENNOIS, « La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national », *RTD com.*, 2002, p. 1.

7 Pour une réflexion sur l'application privée du droit européen de la concurrence dans un contexte international, cf. L. IDOT, « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences*, n° 3, 2014, article n° 67552, p. 43-53.

8 CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission*, aff. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22.

9 Pour ne donner que quelques exemples, cf. principalement L. IDOT, *Le Contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, Thèse, université Paris II Panthéon-Assas, 1981 ; cf. également E. FRIEDEL-SOUCU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », 1994 ; H. KAZZI, *Le Contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Institut de droit des affaires », 2008.

régulièrement l'objet de condamnations, tant par la Commission européenne¹⁰ que par les autorités nationales de concurrence¹¹.

L'actualité du sujet n'enlève en rien la complexité des débats. La mondialisation des échanges permet aux entreprises de se jouer aisément des frontières territoriales des droits de la concurrence qui demeurent essentiellement nationaux, au mieux régionaux. S'y ajoute la numérisation de l'économie qui rend encore plus difficile la territorialisation des pratiques anticoncurrentielles. Le rattachement d'un comportement anticoncurrentiel au territoire est pourtant indispensable pour asseoir la compétence internationale du droit de l'Union et, partant, pour justifier ainsi l'applicabilité dans l'espace des articles 101 et 102 TFUE¹².

La configuration désormais largement internationalisée des marchés questionne ainsi la capacité des droits de la concurrence, en particulier le droit de la concurrence de l'Union européenne, à appréhender des pratiques économiques dont la territorialité dépasse celle de la règle juridique. Il s'agit alors, pour assurer l'effectivité du droit de la concurrence, de développer des outils permettant de reterritorialiser sur le territoire de l'Union des pratiques désormais déterritorialisées. C'est dans le célèbre arrêt *Intel*¹³ que la Cour de justice a confirmé l'utilisation de deux outils majeurs qu'elle a consacrés à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles : la théorie dite des « effets qualifiés » et la notion d'« infraction unique et continue ». Tombent désormais sous le joug des articles 101 et/ou 102 TFUE des comportements distincts pouvant néanmoins être regroupés en un même ensemble de pratiques ayant des effets immédiats, prévisibles et substantiels sur le territoire de l'Union. En somme, il n'est plus nécessaire que la pratique ait été mise en œuvre sur le territoire de l'Union pour être soumise aux règles de concurrence. Le champ des comportements soumis au contrôle concurrentiel européen s'en trouve élargi : une pratique anticoncurrentielle dont l'origine se trouve dans un État tiers et dont l'auteur est une entreprise étrangère peut faire l'objet d'un contrôle et d'une condamnation par le droit de l'Union européenne. Le champ d'intervention du droit de la concur-

10 Quelques exemples significatifs mais non exhaustifs : affaire *Google Shopping* du 27 juin 2017 (décision AT.39740, C(2017) 4444 final) ; affaire *Google Android* du 18 juillet 2018 (décision AT.40099, C(2018) 4761 final) ; affaire *Google AdSense* (décision AT.40411).

11 C'est ainsi que l'Autorité française de la concurrence a récemment eu l'occasion de sanctionner plusieurs des géants américains, parmi lesquels Google (décision 19-D-26 du 19 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches, sanction de 150 millions d'euros pour abus de position dominante ; décision 20-MC-01 du 9 avril 2020 par laquelle l'Autorité de la concurrence a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre du géant du web) et Apple (décision 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, sanction de 1,1 milliard d'euros pour ententes et abus de dépendance économique).

12 Bien que le sujet appelle des remarques intéressantes dans les diverses branches du droit de la concurrence, qu'il s'agisse tant du contrôle des concentrations que du droit des aides d'État, l'étude se limitera néanmoins au droit des pratiques anticoncurrentielles.

13 CJUE, Gde Chbr., 6 septembre 2017, *Intel c/ Commission*, aff. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632. La Cour confirme l'analyse qu'avait faite le Tribunal (Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, aff. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547) s'agissant des critères permettant d'asseoir la compétence internationale de la Commission européenne.

rence serait alors profondément étendu de sorte qu'il pourrait lui être reproché d'adopter une logique extraterritoriale.

L'extension au moins ressentie du champ territorial du droit des pratiques anticoncurrentielles pose *a fortiori* la question de ses limites et de sa légitimité. Les acteurs économiques peuvent-ils encore échapper à l'emprise du droit de la concurrence ? Le territoire des règles *antitrust* est-il devenu trop vaste ? Les limites de la validité spatiale des règles de concurrence ont-elles été franchies ? Cette contribution conduit en somme à s'interroger sur l'étendue du territoire des règles *antitrust*. Il s'agit de se demander dans quelle mesure le territoire du droit de la concurrence s'est étendu, et surtout s'il s'est étendu de manière excessive, voire incontrôlée.

S'il est vrai qu'un nombre bien plus conséquent de comportements tombent désormais dans le champ du droit de la concurrence, il serait déraisonnable d'avancer que les règles *antitrust* outrepassent leur domaine de compétence. Le critère pour déterminer l'applicabilité du droit de la concurrence – les effets d'une pratique sur le territoire de l'Union – est une connexion territoriale de sorte que le champ d'application est bien limité au territoire de l'Union. En revanche, il est vrai que les critères de rattachement au territoire de l'Union ont fait l'objet d'évolutions de sorte que le champ d'application s'est adapté au contexte actuel de la mondialisation. Outre le problème de l'applicabilité, le champ du territoire du droit de la concurrence pose également le problème plus global de l'application des règles de concurrence à l'encontre d'entreprises établies à l'extérieur du territoire de l'Union européenne¹⁴. Là encore, l'exécution des règles de concurrence se trouve précisément délimitée par le territoire de l'Union. Le champ du droit de la concurrence est donc loin d'être illégitime.

Au regard de ces réflexions, la contribution s'articulera autour de deux axes majeurs : l'adaptation du territoire pour l'applicabilité du droit de la concurrence (I), avant d'examiner les limites du territoire pour l'exécution des règles de concurrence (II).

I. UN TERRITOIRE ADAPTÉ AU STADE DE L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Il est certain que les critères sur lesquels se fonde l'applicabilité du droit de la concurrence se sont progressivement assouplis de sorte qu'une pratique commise par une entreprise étrangère tombera désormais plus facilement dans le champ d'application des articles 101 et 102 TFUE (A). L'extension ressentie du champ d'application du droit de la concurrence pourrait laisser penser que ses contours, devenus trop lointains, sont illégitimes. La compétence législative des règles *antitrust* dépasserait le cadre du territoire de l'Union au point que leur champ d'application serait désormais devenu extraterritorial. Plus encore, les critères de rattachement seraient devenus artificiels et auraient

¹⁴ Pour une étude approfondie de la notion de « territorialité », cf. L. LEBON, *La Territorialité et l'Union européenne. Approches de droit public*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2015.

pour conséquence directe la déconnexion territoriale du champ d'application géographique du droit de la concurrence (B).

A. L'assouplissement continu des points de connexion au territoire de l'Union

Les articles 101 et 102 TFUE indiquent dans leur libellé qu'ils s'appliquent aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur du marché intérieur¹⁵. Pour établir la compétence internationale des règles *antitrust*, il faut alors identifier un élément de rattachement au marché intérieur¹⁶.

Les points de connexion au territoire de l'Union se sont progressivement assouplis. L'applicabilité du droit de la concurrence à des entreprises étrangères a d'abord été possible en appréhendant leurs filiales par la qualification de groupe d'entreprises¹⁷. L'unité économique a ainsi permis de dépasser les difficultés de l'autonomie de la personne morale et de saisir les sociétés mères à travers leur influence sur le comportement de leurs filiales européennes¹⁸.

A ensuite été consacrée la théorie de la mise en œuvre comme point de connexion au territoire de l'Union permettant de fonder la compétence du droit de la concurrence. Il convient ici de mentionner l'affaire *Béguelin*¹⁹, dans laquelle la Cour de justice a admis que l'ex-article 85 du traité instituant la Communauté européenne (TCE) était applicable à une entreprise localisée dans un État tiers si l'accord litigieux produisait des effets sur le territoire du marché commun²⁰. Se posait alors la question de savoir quelle était la signification à donner à l'utilisation du terme « effets ». Précisément, il s'agissait de déterminer si seule la localisation des effets de la pratique importait, ou si la localisation de la pratique elle-même était déterminante pour établir la compétence du droit communautaire de la concurrence. Au cas particulier de l'affaire *Béguelin* était en cause un accord d'exclusivité conclu entre un producteur ressortissant d'un État tiers et un distributeur établi dans le marché commun. Ledit accord avait pour objet d'empêcher toute réexportation vers les autres États membres, toute importation depuis d'autres États membres, et toute distribution par d'autres concessionnaires. L'entente conclue entre l'opérateur tiers et le distributeur ressortissant du marché commun était donc localisée par sa mise en œuvre

15 L'article 101 TFUE dispose que « sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées [...] à l'intérieur du marché intérieur ». L'article 102 TFUE quant à lui dispose qu'« est incompatible avec le marché intérieur et interdit, [...] le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

16 La compétence du droit de la concurrence de l'Union européenne est plus précisément assise sur deux critères géographiques. La connexion territoriale d'une pratique avec le marché intérieur permet d'établir la compétence des articles 101 et 102 TFUE dans un contexte international, tandis que l'affectation du commerce entre États membres est le critère de répartition des compétences entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux de la concurrence.

17 CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c/ Commission*, aff. 6/72, préc.

18 Cf. C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2013, spéc. p. 411-412.

19 CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import c/ G.L. Import Export*, aff. 22-71, ECLI:EU:C:1971:113.

20 *Ibid.*, pt 11.

sur le territoire communautaire. À notre sens, l'utilisation des « effets » de la pratique par la Cour dans l'affaire *Béguelin* n'était donc pas une première application de la théorie des effets qualifiés. La Cour a en effet rapidement mis fin à la controverse en précisant la portée de l'article 85 TCE dans l'affaire *Pâte de bois*²¹. Une entente relève de l'article 85 TCE si elle a été mise en œuvre²², donc si elle a été réalisée ou s'est concrétisée sur le territoire communautaire, alors même qu'elle aurait été adoptée en dehors du territoire²³.

La mise en œuvre ou concrétisation d'une pratique sur le territoire de l'Union permet ainsi d'appréhender des opérateurs établis dans des États tiers et présente l'avantage d'être une connexion territoriale évidente, ce qui lui permet d'être en conformité avec le principe de territorialité universellement reconnu en droit international public²⁴.

Une seconde approche est désormais possible pour rattacher une pratique étrangère au territoire de l'Union et franchit un degré supplémentaire dans l'assouplissement des points de connexion territoriale : la théorie des effets qualifiés. Cette dernière a d'abord été consacrée par le Tribunal en matière de contrôle des concentrations en 1999²⁵. C'est dans la célèbre affaire *Intel* que le Tribunal²⁶ puis la Cour de justice²⁷ ont rappelé et appliqué cette approche pour l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse tant des ententes que des abus de position dominante. Il s'agit non plus de la localisation du comportement mais de ses effets sur le territoire de l'Union qui permet de fonder l'application du droit de la concurrence²⁸. Afin d'asseoir la compétence du droit de l'Union, les effets de la pratique sur le territoire doivent être qualifiés, c'est-à-dire immédiats, substantiels et prévisibles²⁹. Un effet trop lointain, mineur ou hypothétique ne permet pas au droit de la concurrence d'appréhender une pratique étrangère.

La distinction entre l'approche de la mise en œuvre et la théorie des effets qualifiés relève davantage d'une différence de degré que de nature, comme l'indique le professeur Laurence Idot³⁰. Le critère de la mise en œuvre implique intrinsèquement des effets sur le territoire de l'Union. Dans ces conditions, à la

21 CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c/ Commission*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, ECLI:EU:C:1988:447.

22 Pour une explication du critère de la mise en œuvre dans l'affaire *Pâte de bois*, cf., notamment, L. IDOT, « Regards sur l'arrêt *Intel*. Confirmations ou évolution ? », *Europe*, n° 7, 2014, pt 7.

23 Pour un approfondissement de la notion de « mise en œuvre », cf. *Lamy Droit économique*, 2019, p. 244, pt 640.

24 L'arrêt fondateur en la matière est l'affaire du *Lotus* devant la Cour permanente de justice internationale (CPJI), en date du 7 septembre 1927. Pour une étude du principe de territorialité en droit international public, cf. B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », dans *Annuaire français de droit international*, vol. 32, Paris, Éditions du CNRS, 1986, p. 7-52, spéc. p. 23-25.

25 TPICE, 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, aff. T-102/96, ECLI:EU:T:1999:65.

26 Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, aff. T-286/09, préc.

27 CJUE, Gde Chbr., 6 septembre 2017, *Intel c/ Commission*, aff. C-413/14 P, préc.

28 Pour une explication de la consécration de la théorie des effets qualifiés, cf. L. IDOT, « Match nul provisoire dans l'affaire *Intel* : la partie continue... », *Europe*, n° 10, 2017.

29 CJUE, Gde Chbr., 6 septembre 2017, *Intel c/ Commission*, aff. C-413/14 P, préc., pt 49.

30 Intervention orale du professeur L. IDOT, Webinaire organisé par la Délégation des Barreaux de France sur le thème « L'extraterritorialité du droit de la concurrence européen », Bruxelles, 15 décembre 2020.

fois le comportement anticoncurrentiel et ses effets sont localisés sur le territoire de l'Union. Le critère des effets qualifiés permet quant à lui d'appréhender des comportements qui n'ont pas été mis en œuvre sur le territoire de l'Union : un comportement qui ne se concrétise pas sur le territoire de l'Union peut néanmoins y produire des effets et justifier l'applicabilité des articles 101 et/ou 102 TFUE. Autrement dit, il est désormais possible de se satisfaire du seul critère des effets qualifiés pour fonder la compétence du droit de la concurrence³¹. Une étape supplémentaire est franchie dans l'assouplissement des points d'accroche au territoire de l'Union.

Pour élargir davantage encore le champ des pratiques soumises au contrôle des règles de concurrence, le Tribunal et la Cour de justice dans l'affaire *Intel* ont consacré l'utilisation de la notion d'« infraction unique et continue » à la fois en matière d'ententes et d'abus de position dominante³². Lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets qualifiés d'une pratique complexe, caractérisée par une multiplicité de comportements, il n'est pas nécessaire d'analyser les effets de chacun des comportements pris isolément. Au contraire, il suffit que l'ensemble des comportements soit susceptible d'avoir des effets substantiels sur le territoire de l'Union³³. Le droit de la concurrence sera alors applicable à l'ensemble des comportements considérés comme une seule pratique anticoncurrentielle. La qualification d'une infraction unique et continue présente dès lors des avantages procéduraux certains pour appréhender les pratiques d'entreprises étrangères³⁴. Elle permet notamment à la Commission d'affirmer sa compétence sur la totalité des faits se rattachant à une pratique complexe de dimension mondiale et de poursuivre toutes les entreprises impliquées, alors même que certaines se seraient abstenues d'avoir une activité économique dans l'Union³⁵.

Ainsi présentée, l'évolution des critères territoriaux de rattachement des comportements anticoncurrentiels au droit de la concurrence met en exergue l'assouplissement et, par voie de conséquence, l'éloignement desdits critères avec le territoire de l'Union. La teneur du lien territorial étant de plus en plus diffuse, il est légitime de s'interroger sur les limites du champ d'application territorial du droit de la concurrence.

31 Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, aff. T-286/09, préc., pt 236.

32 Si l'affaire *Intel* concernait un abus de position dominante, la notion d'« infraction unique et continue » a également été utilisée pour asseoir la compétence internationale du droit de la concurrence en matière d'ententes. Pour des exemples, cf., notamment, l'affaire *Tubes cathodiques* : Trib. UE, 9 septembre 2015, *Toshiba c/ Commission*, aff. T-104/13, ECLI:EU:T:2015:610 et CJUE, 20 janvier 2016, *Toshiba Corporation c/ Commission*, aff. C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26. Cf. également l'affaire *Cartel international des câbles électriques souterrains et sous-marins* : Trib. UE, 12 juillet 2018, *Brugg Kabel et Kabelwerke Brugg c/ Commission*, aff. T-441/14, ECLI:EU:T:2018:453, pt 124 ; CJUE, 28 novembre 2019, *Brugg Kabel et Kabelwerke Brugg c/ Commission*, aff. C-591/18 P, ECLI:EU:C:2019:1026.

33 Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, aff. T-286/09, préc., pts 268 et 295.

34 Le professeur Laurence Idot fournit une analyse très détaillée de la notion d'« infraction unique et continue » : cf. L. IDOT, « Réflexions sur la notion d'infraction unique et continue en droit européen de la concurrence », *Concurrences*, n° 4, 2016, art. n° 88660.

35 Cf. L. IDOT, « Cartel international, inspections digitales et responsabilité d'une banque d'investissement », *Europe*, n° 10, 2018, comm. n° 375.

B. Un champ d'application désormais déconnecté du territoire de l'Union ?

L'actualité du droit de la concurrence de l'Union européenne témoigne de son applicabilité récurrente, si ce n'est quotidienne, à des entreprises localisées sur le territoire d'États tiers. Son champ d'application dépasserait alors largement le territoire de l'Union, ce qui relance le débat désormais classique de l'extraterritorialité du droit de la concurrence. Au-delà des controverses sur l'extraterritorialité du droit de la concurrence se pose nécessairement la question des excès du champ d'application territorial des règles *antitrust*.

Il convient en premier lieu de revenir sur une définition précise de l'extraterritorialité du droit. Les enjeux de l'extraterritorialité sont directement liés à la souveraineté des États. Le territoire d'un État est en effet considéré comme le cadre spatial de sa souveraineté. L'extraterritorialité a donc toujours eu une connotation péjorative. Entre méfiance et défiance, l'extraterritorialité doit être l'exception tandis que la territorialité doit demeurer le principe. Ces précisions désormais faites, encore faut-il identifier les cas qui relèvent d'une application extraterritoriale du droit.

L'extraterritorialité relève de cette catégorie des notions polysémiques obscures, sources de confusions et d'imprécisions. L'extraterritorialité peut d'abord faire l'objet d'une définition extensive, comme le précise le professeur Francesco Martucci³⁶. Il y aurait extraterritorialité d'une norme ou d'une décision « dès lors que tout ou partie de leur processus d'application – de l'édiction à la réalisation matérielle – se déroule en dehors du territoire de l'État auteur de cette norme ou de cette décision³⁷ ». Une telle définition revient à affirmer que le champ d'application d'un droit est extraterritorial dès lors qu'existent des éléments d'extranéité : si le droit de la concurrence est applicable à des pratiques d'entreprises étrangères localisées dans des États tiers, sa compétence législative est extraterritoriale. Cette lecture extensive est néanmoins trop englobante. Elle conduit en effet à admettre comme étant extraterritorial un processus qui en réalité s'inscrit dans une logique de rattachement territorial à la règle juridique. *Stricto sensu*, l'extraterritorialité doit donc être distinguée de l'opération permettant d'établir un rattachement entre le comportement d'une entreprise établie dans un État tiers et le territoire de l'Union³⁸.

Cette lecture restrictive de la notion d'« extraterritorialité » permet alors d'affirmer que l'applicabilité du droit de la concurrence ne peut être qualifiée d'« extraterritoriale ». Qu'il s'agisse des critères de mise en œuvre ou des effets qualifiés, les éléments déclencheurs de l'application du droit de la concurrence

36 F. MARTUCCI, « L'extraterritorialité dans le droit de la concurrence, approche comparée États-Unis et UE », Webinaire organisé par la Délégation des Barreaux de France sur le thème « L'extraterritorialité du droit de la concurrence européen », préc.

37 B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, vol. 32, *op. cit.*, spéc. p. 9.

38 F. MARTUCCI, « L'extraterritorialité en droit de la concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2018, dossier 29.

sont des critères territoriaux³⁹. Les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles sont applicables à des pratiques commises dans des États tiers par des entreprises étrangères mais seulement dans la mesure où ces pratiques présentent un degré de rattachement suffisant au territoire de l'Union. Finalement, la question ne porte pas tant sur l'extraterritorialité mais sur l'identification de critères qui tiennent certes compte d'éléments d'extranéité mais qui permettent un rattachement territorial au marché intérieur⁴⁰.

Il n'en demeure pas moins que l'assouplissement des critères de rattachement au territoire de l'Union peut faire l'objet de critiques au regard des contours du champ d'application du droit de la concurrence. Si les critères d'applicabilité des articles 101 et 102 TFUE sont d'ordre territorial, le rattachement en pratique du comportement avec le territoire peut s'avérer ténu au point que la connexion territoriale deviendrait artificielle. Cette critique se matérialise notamment lors de la prise en considération de la notion d'« infraction unique et continue » pour apprécier le critère des effets qualifiés d'un comportement anticoncurrentiel. Comme dit précédemment, la notion d'« infraction unique et continue » permet de considérer des agissements distincts comme un seul et même comportement anticoncurrentiel, lequel pourra être rattaché au territoire de l'Union s'il présente des effets immédiats, et substantiels sur le marché intérieur. Or, l'appréciation des effets qualifiés d'un ensemble de comportements n'implique pas le même degré de rigueur que l'appréciation des effets qualifiés de chacun des comportements. Autrement dit, le critère des effets qualifiés appliqué à une infraction unique et continue peut intégrer dans le champ du droit de la concurrence des comportements entièrement localisés en territoire tiers et qui, isolément, n'ont aucun effet sur le marché intérieur.

Ce risque n'est pas que théorique puisque cette problématique s'est posée dans l'affaire *Intel*⁴¹ ou encore dans l'affaire *Toshiba*⁴². Au cas particulier de l'affaire *Intel* étaient notamment en cause des accords conclus entre une entreprise américaine, Intel, et une entreprise chinoise, Lenovo, qui avaient pour objet des transactions de processeurs destinés à être livrés en Chine. De tels accords semblent *a priori* être entièrement localisés en Chine et ne pas avoir de lien avec le territoire européen. L'argumentation d'Intel consistait donc à affirmer que les accords conclus ne pouvaient produire un effet substantiel sur le territoire de l'Union⁴³. La Cour souligne à cet égard que c'est au regard du comportement des entreprises pris dans son ensemble qu'il convient d'apprécier les effets sur le

39 Intervention orale du professeur L. IDOT, Webinaire organisé par la Délégation des Barreaux de France sur le thème « L'extraterritorialité du droit de la concurrence européen », préc. ; Cf. également L. IDOT, « Introduction. Is territoriality still meaningful? (New Frontiers of Antitrust, Paris, 13 June 2016) », *Concurrences*, n° 3, 2016, art. n° 81131, pt 7.

40 F. MARTUCCI, « L'extraterritorialité en droit de la concurrence », *op. cit.*, spéc. p. 3.

41 CJUE, Gde Chbr., 6 septembre 2017, *Intel c/ Commission*, aff. C-413/14 P, préc.

42 Trib. UE, 9 septembre 2015, *Toshiba c/ Commission*, aff. T-104/13, préc. Comme l'indique le professeur Laurence Idot, les accords conclus se concentraient sur le marché asiatique et ne portaient pas sur l'espace économique européen ; cf. L. IDOT, « Réflexions sur la notion d'infraction unique et continue en droit européen de la concurrence », *op. cit.*

43 CJUE, Gde Chbr., 6 septembre 2017, *Intel c/ Commission*, aff. C-413/14 P, préc., pt 35.

marché intérieur⁴⁴. Elle ajoute par ailleurs qu'il suffit de tenir compte des effets probables de l'ensemble des comportements pour déterminer la compétence de la Commission⁴⁵. Par conséquent, la Cour de justice a admis la compétence du droit de l'Union pour l'ensemble de l'infraction unique. Des agissements qui, pris isolément, n'avaient pas de lien avec le territoire sont donc néanmoins tombés dans le champ du droit de la concurrence.

In fine, la connexion territoriale semble s'éloigner progressivement du marché intérieur. L'extension du champ des pratiques anticoncurrentielles soumises au contrôle européen pose dès lors la question de savoir si le champ d'application géographique du droit de la concurrence s'est étendu de manière excessive. Assurément, la notion de « territorialité » est devenue profondément élastique⁴⁶. Les critères d'applicabilité du droit de la concurrence se sont assouplis. Néanmoins, cet assouplissement n'est qu'une conséquence inévitable de la globalisation. Le territoire des acteurs économiques n'est plus précisément délimité de sorte que les critères de rattachement au territoire de l'Union ont dû faire preuve de réalisme économique. Le territoire de l'applicabilité du droit de la concurrence s'est adapté au contexte actuel d'une économie mondialisée et en appréhendant des facteurs d'externalité de plus en plus nombreux. Si les critères d'applicabilité respectent donc bien le domaine de validité spatiale du droit de la concurrence, l'exécution des règles *antitrust* est quant à elle encore plus profondément ancrée sur le territoire de l'Union.

II. UN TERRITOIRE ENCADRÉ AU STADE DE L'EXÉCUTION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

L'étendue territoriale de l'exécution du droit de la concurrence a une importance capitale pour son effectivité à l'encontre des pratiques d'entreprises étrangères. Si l'assouplissement des critères d'applicabilité des articles 101 et 102 TFUE renforce le risque pour une entreprise d'être poursuivie sur leur fondement, encore faut-il que le terrain d'exécution des règles *antitrust* permette au droit de la concurrence de contraindre les acteurs économiques. À cet égard, si la compétence d'exécution est en principe strictement limitée par le territoire de l'Union (A), il est néanmoins possible pour le droit européen de la concurrence d'exercer sa contrainte en contournant les frontières territoriales (B).

A. Un champ d'exécution strictement délimité

Alors qu'il s'agissait dans le cadre de l'applicabilité du droit de la concurrence de vérifier la légitimité de la revendication de compétence du droit de l'Union, la compétence d'exécution se concentre sur l'application effective du droit de la

⁴⁴ *Ibid.*, pt 50.

⁴⁵ *Ibid.*, pt 51.

⁴⁶ Pour une explication de l'évolution de la territorialité avec la mondialisation, cf. N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *La Semaine juridique - Entreprise et affaires*, n° 28, 9 juillet 2015, spéc. pts 2-3.

concurrence à l'encontre des pratiques d'entreprises étrangères. La distinction entre compétence législative et compétence d'exécution est donc essentielle. Par ailleurs, il convient de distinguer application et exécution du droit de la concurrence. L'exécution désigne plus précisément l'application effective du droit, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une règle par des actes matériels. Selon le professeur Brigitte Stern, la compétence d'exécution peut se définir comme « le pouvoir que possède un État de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte étatique⁴⁷ ».

Il convient dès lors de déterminer quelle est l'étendue du domaine spatial d'exécution du droit de la concurrence. Si le territoire de l'Union a encore un sens au stade de l'applicabilité des règles *antitrust*, il délimite encore plus assurément leur exécution⁴⁸. Les pouvoirs des autorités de concurrence sont en effet strictement limités à leur territoire. L'application effective des règles *antitrust* par la Commission européenne ou les autorités nationales de concurrence sur le territoire d'un État tiers heurterait fondamentalement le principe de souveraineté. La territorialité semble dès lors être un obstacle difficilement franchissable. Pourtant, des débats récents se sont ouverts au sujet de la délimitation géographique des pouvoirs de la Commission européenne, notamment en matière d'inspection et de sanction.

Dans l'affaire *Nexans*⁴⁹, la Cour a notamment affirmé que si le principe de territorialité oblige la Commission à enquêter exclusivement sur des agissements susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché intérieur, rien ne lui interdit à cette fin de prendre connaissance de documents relatifs à des accords mis en œuvre dans des pays tiers⁵⁰. En dépit des controverses, le territoire de l'Union encadre bien la marge de manœuvre de la Commission dans cette hypothèse. En effet, la Commission européenne peut utiliser des documents relatifs à des opérations étrangères dans la mesure où ces documents peuvent lui permettre de tirer des conséquences sur des pratiques anticoncurrentielles présentant un lien avec le marché intérieur⁵¹.

L'affaire *Toshiba*⁵² portait quant à elle sur le mode de calcul à adopter pour prononcer une amende sanctionnant un cartel de dimension mondiale⁵³. Là encore, la solution adoptée ne remet pas en cause la limitation des pouvoirs de la Commission par le principe de territorialité. La Cour confirme la métho-

47 B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, spéc. p. 11.

48 L. IDOT, « Introduction. Is territoriality still meaningful? (New Frontiers of Antitrust, Paris, 13 June 2016) », *op. cit.*, pts 7-14.

49 CJUE, 25 juin 2014, *Nexans et Nexans France c/ Commission*, aff. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030.

50 *Ibid.*, pt 28.

51 Cf., à ce propos, les conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, présentées le 3 avril 2014, dans l'affaire *Nexans et Nexans France c/ Commission*, aff. C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:223, pts 69-72.

52 CJUE, 20 janvier 2016, *Toshiba Corporation c/ Commission*, aff. C-373/14 P, préc.

53 Concernant les débats relatifs à la délimitation géographique des pouvoirs de la Commission européenne en matière de sanction, l'affaire *InnoLux* illustre un autre exemple pertinent, cette fois-ci pour la détermination de l'assiette de l'amende. Cf. CJUE, 9 juillet 2015, *InnoLux c/ Commission*, aff. C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451.

dologie adoptée par le Tribunal selon laquelle la Commission peut, en présence d'accords mondiaux, estimer la valeur totale des ventes réalisées sur le marché mondial pour déterminer la part de chaque entreprise participant à l'infraction. Cette part est ensuite appliquée aux ventes de ces mêmes entreprises à l'intérieur de l'Union pour calculer le montant de l'amende. La territorialité est donc manifestement au cœur de la détermination du montant de l'amende : l'élément d'extranéité utilisé – à savoir les parts du marché mondial – permet, d'une part, d'estimer la capacité des entreprises à nuire aux opérateurs sur le marché intérieur et, d'autre part, il est *in fine* rapporté aux ventes conclues sur le territoire de l'Union.

Le champ d'exécution du droit de la concurrence est par conséquent strictement délimité par le principe de territorialité. La compétence d'exécution est purement territoriale et ne peut en principe s'étendre au territoire des États tiers⁵⁴. Cette solution n'est pour autant pas la plus adéquate pour assurer l'effectivité du droit de la concurrence dans un contexte d'économie mondialisée. En effet, face à des pratiques internationalisées, face à des entreprises étrangères, le droit de la concurrence doit trouver les moyens de collecter des éléments de preuve en territoire étranger. De la même manière, la portée des sanctions du droit de la concurrence doit s'étendre au-delà du marché intérieur pour contraindre les entreprises étrangères⁵⁵. Autrement dit, l'effectivité du droit de la concurrence reste lettre morte si son exécution se heurte de plein fouet aux frontières territoriales de l'Union européenne. Des solutions de contournement des limites territoriales ont donc été trouvées : l'application extraterritoriale du droit de la concurrence au moyen de la coopération internationale entre autorités de concurrence.

B. Des limites territoriales contournées

Pour assurer l'effectivité du droit européen de la concurrence, les autorités doivent être en mesure d'enquêter, d'instruire, de sanctionner. En présence d'entreprises étrangères, l'exécution peut dès lors rencontrer des obstacles. Alors qu'il était impossible d'admettre une forme d'extraterritorialité sur le terrain de l'applicabilité du droit de la concurrence, l'extraterritorialité est envisageable au stade de l'exécution du droit de la concurrence puisqu'il s'agit d'appliquer concrètement des mesures à des entreprises étrangères localisées sur le territoire d'États tiers.

L'exécution du droit de la concurrence à l'extérieur de son territoire est tributaire de l'accueil qu'en feront les autorités extérieures à l'État auteur de la norme. Cette forme d'extraterritorialité a été qualifiée d'« extraterritorialité procédurale⁵⁶ ». Si les divergences entre les règles de concurrence sont trop

54 B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 11-26.

55 La présence de filiales sur le territoire européen permet au droit de la concurrence d'appréhender les entreprises étrangères. En l'absence de telles filiales, le droit de la concurrence est face à un obstacle.

56 B. STERN, « L'extra-territorialité "revisitée" : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », dans *Annuaire français de droit international*, vol. 38, Paris, Éditions du CNRS, 1992, p. 239-313, spéc. p. 243.

prononcées, l'État d'accueil refusera de donner effet sur son territoire à la norme étrangère. La portée de l'application extraterritoriale peut alors s'en trouver considérablement réduite. Par ailleurs, les entreprises ont rapidement vu les bénéfices pouvant être retirés de l'asymétrie des systèmes juridiques⁵⁷. Les États ont donc pris conscience qu'individuellement, ils n'avaient qu'une faible emprise sur les entreprises étrangères⁵⁸.

La coopération entre les autorités de concurrence est alors l'instrument indispensable pour contourner les frontières territoriales et matérialise l'application extraterritoriale des règles *antitrust*. La doctrine a pu affirmer à cet égard que

le développement, l'internationalisation de l'économie et la diminution de la régulation sectorielle impliquent [...] une perte de souveraineté opérationnelle des États, parce qu'ils n'ont pas les moyens de s'opposer à un abus de position dominante ou à une entente mise en œuvre à l'étranger mais qui restreint la concurrence dans leur pays, qui est contraire à leur droit. Donc, il faut créer un instrument pour que les États puissent récupérer leur souveraineté opérationnelle. Cet instrument, c'est la coopération⁵⁹.

Alors que les espoirs de la doctrine ont nourri l'ambition d'un véritable droit international de la concurrence, l'avènement d'une autorité mondiale régulatrice des marchés internationaux semble désormais voué à l'échec. L'absence d'un code mondial de la concurrence n'est pour autant pas un obstacle au développement de relations étroites entre les autorités de concurrence pour assurer une application cohérente et coordonnée des législations de concurrence. La coopération internationale entre autorités de concurrence se formalise tant au sein d'instances multilatérales que par des accords bilatéraux.

La coopération peut d'abord avoir lieu dans le cadre d'échanges multilatéraux. Les enceintes internationales, telles que le Réseau international de la concurrence (RIC), le comité de la concurrence de l'OCDE, ou encore le groupe international d'experts à la CNUCED permettent ainsi aux autorités de concurrence de partager leurs expériences et de promouvoir *in fine* la convergence des droits.

La coopération peut également être formalisée par des outils d'entraide bilatéraux qui constituent la voie privilégiée d'entraide entre autorités de concurrence⁶⁰. L'objectif ici n'est pas de prétendre à l'exhaustivité des accords de coopération auxquels l'Union européenne est partie mais davantage de pré-

57 F. SOUTY, « La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel V. AMD* », *LPA*, n° 189, 2004, p. 3.

58 C. PLAIDY, C. LE GOFFIC, « L'internationalisation du droit de la concurrence », *JCl. Concurrence-Consommation*, fasc. 52, 10 janvier 2016.

59 F. JENNY, « Il faut développer la coopération internationale en matière de concurrence », *LPA*, n° 220, 2001, p. 46.

60 Cf., notamment, à ce sujet, A. M. TERCINET, « Enquêtes et coopération internationale en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Revue Lamy de la concurrence*, n°29, 2011.

senter les possibilités de coopération dont elle dispose avec les autorités de concurrence des États tiers. L'Union européenne a ainsi conclu des accords de coopération avec les États-Unis en 1991, le Canada en 1999, le Japon en 2003, la Corée du Sud en 2009, la Suisse en 2012. Par ailleurs, la Commission européenne est parvenue à un accord en décembre 2020 avec le Royaume-Uni afin de garantir une concurrence loyale dans les futurs échanges post-Brexit. La voie des accords bilatéraux permet ainsi d'approfondir et de garantir des outils de coopération pour faciliter le déroulement des enquêtes et, plus largement, la coordination des procédures. Par exemple, l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis⁶¹ prévoit une notification réciproque des affaires, une coopération ainsi qu'une coordination des procédures de mise en œuvre de leurs règles de concurrence. Par ailleurs, un principe de courtoisie active permet d'approfondir la coopération entre les États-Unis et l'Union européenne. En vertu de ce principe, une partie A peut demander à une partie B de prendre des mesures à l'encontre d'activités anticoncurrentielles commises sur le territoire B et qui affectent les intérêts de la partie A.

La coopération internationale au moyen d'accords bilatéraux permet donc de développer des outils privilégiés pour contourner les frontières territoriales de l'*imperium*. Le contournement des limites ne signifie pas pour autant que le territoire ne délimite plus les pouvoirs respectifs des autorités. Au sein même du Réseau européen de la concurrence, qui est pourtant le système le plus intégré et abouti de coopération entre autorités, le principe de territorialité demeure le principe directeur. Par exemple, il est impossible pour une autorité nationale de concurrence d'exécuter une mesure d'enquête sur le territoire d'un autre État membre. Pour pallier cette difficulté, des mesures d'assistance ont néanmoins été instaurées : une autorité de concurrence peut exécuter sur son territoire toute mesure d'enquête au nom et pour le compte d'une de ses homologues⁶².

Ainsi, si la compétence d'exécution est strictement territoriale, elle peut néanmoins faire l'objet d'aménagements reposant sur des règles internationales coutumières ou conventionnelles, lesquelles permettent de faciliter la répression des entreprises étrangères. Pour autant, les outils de coopération ne permettent pas de résoudre toutes les difficultés inhérentes à la délimitation territoriale des droits de la concurrence. En l'absence de coopération internationale approfondie, les entreprises peuvent tomber dans le champ d'application du droit de la concurrence mais elles auront de réelles possibilités d'échapper à son champ d'exécution.

Les enjeux du territoire du droit des pratiques anticoncurrentielles permettent ainsi de relever les avancées et les insuffisances persistantes du système actuel pour appréhender et réprimer efficacement les pratiques d'envergure internationale. Alors que la mondialisation a renforcé l'interdépendance étatique, les droits de la concurrence demeurent largement nationaux ou au mieux régio-

61 Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leurs règles de concurrence, *JOCE* n° L 95, 27 avril 1995, p. 47-52.

62 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* n° L 1, 4 janvier 2003, p. 1-25, article 22.

naux dans l'exemple précis du droit de l'Union européenne. L'élaboration d'un véritable droit multilatéral de la concurrence semble vouée à l'échec. À défaut de pouvoir faire coïncider le champ des activités économiques et le champ d'un droit mondial de la concurrence, la coopération se révèle être l'outil privilégié de détection et de répression des pratiques anticoncurrentielles étrangères. L'approfondissement de cette dernière constitue alors un défi majeur à relever pour développer une véritable entraide internationale répressive.