

La régulation de la concurrence au Royaume-Uni après le Brexit : Quelles perspectives ?

Mehdi LAHOUAZI

Docteur en droit

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche

Université Jean Moulin Lyon III

« (...) *these days I find it hard to have a conversation with competition practitioners without being deluged by worries about the effect of leaving the EU on competition law and policy* ».

M. Grenfell, 16 May 2018¹.

1. L'une des conséquences économiques majeures du Brexit sera la fin de l'application de la primauté du droit de la concurrence de l'Union européenne sur celui du Royaume-Uni. Cet événement marquera donc le point de départ d'une évolution du droit et de la politique de la concurrence britannique qui depuis l'affaire *Dyers* de 1414 sur les pratiques restrictives de concurrence² ou encore la dénonciation des monopoles par Thomas More dans *Utopia*³, et tout au long du XX^{ème} siècle avec le *Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act* de 1948, le *Competition Act* de 1998 ou la criminalisation des cartels dans l'*Enterprise Act* de 2002, n'a cessé de se transformer au gré de l'évolution du commerce international, des politiques économiques et, plus récemment, du droit de l'Union européenne⁴.

2. L'appréhension d'un tel sujet ne peut se faire sans en délimiter les contours et, notamment, ceux de la notion de régulation. Pour cela, nous reprendrons la grille d'analyse déjà mise en lumière par un auteur⁵. Cette notion polysémique⁶ comprend en anglais à la fois la réglementation et la régulation (qui font l'objet d'une analyse distincte en droit français). C'est-à-dire qu'ici nous nous intéresserons tant à la réglementation, qui consiste à édicter des règles ou plus largement à créer un droit de la concurrence, qu'à la régulation qui se traduit par la mise en œuvre (ou le contrôle du respect) de ce droit à travers des autorités publiques spécialisées.

De même, nous n'aborderons logiquement pas le cas de l'adhésion à l'Espace Économique Européen (EEE). Cette option avait pu être envisagée par la *House of Lords* dans son rapport de février 2018⁷ et même par les commentateurs⁸. Néanmoins, il n'y aurait pas dans ce cas de rupture entre les deux droits de la concurrence. En effet, l'intégration du Royaume-Uni dans

¹ Directeur exécutif de la CMA.

² *Dyer's case*, 2 Hen. V. Pasch, fol. 5, pl. 26 (1415).

³ Th. More, *L'utopie ou le traité de la meilleure forme de gouvernement*, 1516.

⁴ Pour une approche historique V. not. D. Bosco, C. Prieto, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, pp. 23- 36 ; M. Wise, « Examen du droit et de la politique de la concurrence au Royaume-Uni », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, OCDE, 2003, vol. 5, p. 67.

⁵ S. Brameret, « Réglementation économique au Royaume-Uni : le cas des *public utilities* » n J.-C. Videlin (dir.), *La réglementation de l'économie : persistance ou renouveau. Éléments de réflexion*, LexisNexis, 2016, pp. 183-184.

⁶ Pour l'étymologie V. L. Calandri, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, Bibl. dr. pub., 2008, t. 259, pp. 3 – 18.

⁷ House of Lords (HL), *Brexit : competition and State aid*, 2 février 2018, HL paper 67.

⁸ I. Lianos *e. a.*, « Brexit and Competition Law », *CLES Policy Paper Series 2017/2*, § 10 ; F. Marty, « Le Brexit et les politiques de concurrence britannique et européenne », *RUE* 2016, p. 557.

cette zone de libre-échange (comme c'est le cas de la Norvège) aurait pour conséquence une application de règles similaires à celles du droit de l'Union européenne de la concurrence ainsi que la primauté de ce dernier sur le droit national et surtout, sans que le Royaume-Uni ne puisse peser sur ces règles. Actuellement, afin d'éviter toute divergence entre le droit britannique et le droit de l'Union, la section 60 du *Competition Act* de 1998 prévoit que les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante) en droit de la concurrence britannique doivent être appréciées, par les autorités de régulation et les juridictions britanniques, à la lumière du droit de l'Union européenne et de l'interprétation qui en faîte par les juridictions de l'Union ou la Commission⁹. De même, si l'*Enterprise Act* de 2002, qui régleme le contrôle des concentrations, ne comporte pas une clause aussi directe¹⁰, les fusions transfrontalières demeurent sous le contrôle unique de la Commission et donc du droit de l'Union¹¹. Enfin, concernant les aides d'État, il n'existe pas de dispositions nationales spécifiques en la matière, c'est donc le droit de l'Union et lui seul, à travers les articles 107 et 108 TFUE, qui s'applique¹². Or, une telle articulation se comprenait au regard du principe de primauté du droit de l'Union¹³; primauté qui cessera d'exister à compter de la réalisation du Brexit¹⁴. Il n'est donc pas pensable, surtout au vu de l'état des dernières négociations, que le Royaume-Uni choisisse finalement l'option de l'adhésion à l'EEE.

Enfin, si l'accord de retrait est finalement conclu¹⁵, le droit de la concurrence de l'Union européenne continuera de s'appliquer, tel que nous le connaissons aujourd'hui, au Royaume-Uni du 30 mars 2019 au 31 décembre 2020¹⁶. Cette phase de transition devra permettre la conclusion d'un accord portant sur la régulation de la concurrence. Il pourra alors, même si cela s'avère compliqué¹⁷, s'inspirer de l'Accord de libre-échange conclu entre la Suisse et l'Union européenne le 22 juillet 1972¹⁸ ou les Accords de libre-échange conclus entre l'Union

⁹ "(1) The purpose of this section is to ensure that so far as is possible (having regard to any relevant differences between the provisions concerned), questions arising under this Part in relation to competition within the United Kingdom are dealt with in a manner which is consistent with the treatment of corresponding questions arising in Community law in relation to competition within the Community. (2) At any time when the court determines a question arising under this Part, it must act (so far as is compatible with the provisions of this Part and whether or not it would otherwise be required to do so) with a view to securing that there is no inconsistency between: (a) the principles applied, and decision reached, by the court in determining that question; and (b) the principles laid down by the Treaty and the European Court, and any relevant decision of that Court, as applicable at that time in determining any corresponding question arising in Community law. (3) The court must, in addition, have regard to any relevant decision or statement of the Commission". La mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE au niveau européen est encadrée par le (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*.

¹⁰ Il peut être noter une référence à la primauté du droit de l'Union à la section 122.

¹¹ Mécanisme du « *one stop shop* » ou du guichet unique en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 *relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*.

¹² Rapport HL, préc., § 26.

¹³ V. par ex. C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame Ltd e.a.*, aff. C-213/89.

¹⁴ Rapport HL, préc., § 82.

¹⁵ Comme le laisse croire les dernières nouvelles : <https://www.bbc.com/news/uk-politics-46188790>

¹⁶ Le projet d'accord est disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft_agreement_coloured.pdf.

¹⁷ F. Marty, « Le Brexit et les politiques de concurrence britannique et européenne », *RUE* 2016, p. 557

¹⁸ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972, n° 0.632.401 (codification en droit suisse).

européenne et le Canada ou Singapour¹⁹ en se fixant l'objectif d'une concurrence libre et non faussée reposant sur des principes structurant prévus aux articles 101 et suivants du TFUE, tout en se laissant la liberté d'appliquer leurs propres droits de la concurrence.

3. Néanmoins, si l'accord de retrait n'est pas signé (dans ce cas le droit de la concurrence cessera de s'appliquer au 30 mars 2019) ou si aucun accord bilatéral n'est trouvé d'ici au 31 décembre 2020, se posera inévitablement la question de la cohabitation des droits britannique et européen de la concurrence ? À ce titre, les publications récentes (fin août, début septembre) des lignes directrices du Gouvernement britannique sur les conséquences d'un éventuel *no deal* sur le droit de la concurrence²⁰, ou même le récent dépôt du projet de modification du *Competition Act* pour supprimer toute référence au droit de l'Union²¹, démontrent qu'il est prêt à envisager cette solution. La Competition and Market Authority (CMA) a publié elle aussi le 30 octobre dernier ses lignes directrices sur les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations²². Mais au-delà des considérations purement juridiques et procédurales (qui demeurent nécessaires), la réalisation du Brexit donne l'occasion de s'interroger sur la volonté britannique d'amender, ou non, sa politique de la concurrence voire de remettre en place une logique industrielle.

4. C'est dans ce contexte qu'il convient d'apprécier les opportunités offertes au Royaume-Uni dans le cadre d'une souveraineté retrouvée pour la réorganisation de son droit de la concurrence (**I.**). Toutefois, le Royaume-Uni ne pourra jamais se passer d'une coopération, même minimale, avec l'Union européenne (**II.**).

I. La renationalisation du droit de la concurrence britannique : une souveraineté retrouvée

5. Le droit de la concurrence britannique ne sera plus lié par le droit primaire et dérivé de l'Union. Il s'émancipera alors – tel est l'objectif désiré du Brexit – du droit de l'Union européenne (**A.**). Parallèlement, et en réponse logique à l'émancipation législative, les autorités nationales chargées de la régulation verront leurs compétences renforcées (**B.**).

A. L'émancipation législative

6. *La question des ententes et des exemptions.* – Il faut partir du postulat selon lequel le droit britannique de la concurrence lutte, à des degrés plus ou moins intenses, contre les ententes depuis la fin de la Seconde guerre mondiale²³. Désormais, nous retrouvons au chapitre I du

¹⁹ Chapitre 17 du l'Accord de libre échange avec le Canada ; Chapitre 11 de l'Accord de libre échange avec Singapour.

²⁰ <https://www.gov.uk/government/publications/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brex-it-deal/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brex-it-deal>

²¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/9780111173930>

²² <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brex-it-deal/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brex-it-deal>

²³ Sur l'historique V. not. B. Morris, « La régulation de la concurrence au Royaume-Uni. De la flexibilité administrative à la juridification », *Revue française d'administration publique* 2005, n° 114, p. 309 et M. Wise,

Competition Act de 1998 des règles similaires à l'article 101 TFUE et au règlement n° 1/2003. La possibilité d'accorder des exemptions, individuelles ou catégorielles, est prévue par l'article 101 TFUE pour les ententes « *qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence* ». Ces dispositions permettent donc de déclarer compatible avec les règles du marché commun, une entente dès lors que ses « *effets pro concurrentiels (...) l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels* »²⁴. Nous retrouvons ces mêmes critères en droit britannique à la section 9 du *Competition Act*²⁵. De plus, la section 10 prévoit le mécanisme des « *parallel exemptions* » permettant de déclarer conforme au droit interne de la concurrence, une entente qui a bénéficié d'une exemption au niveau européen.

Ces règles britanniques relatives à la prohibition des ententes ne seront pas bouleversées²⁶. C'est ce qui ressort d'ailleurs des préconisations de la Chambre des Lords dans son rapport de début d'année sur l'impact du Brexit sur le droit de la concurrence²⁷ et confirmées récemment par le Gouvernement (même en cas de *no deal*) : « *Anti-competitive agreements and abuses of a dominant market position that affect competition within the UK will continue to be prohibited* »²⁸. Tout au plus, c'est la section 10 relative aux « *parallel exemptions* » qui devra être modifiée afin de tenir compte de la fin de la primauté du droit de l'Union en droit anglais²⁹. Le futur droit interne devrait néanmoins tenir compte des exemptions européennes qui bénéficient actuellement aux entreprises britanniques en vertu des « *parallel exemptions* » et qui permettent, de ce fait, de ne pas tomber sous le coup des prohibitions du *Competition Act*³⁰. Il en va ainsi du domaine des accords de distribution et de licences

« Examen du droit et de la politique de la concurrence au Royaume-Uni », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence* 2003, n° 5, p. 67.

²⁴ B. Delaunay, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 1^{ère} éd., 2015, p. 177. V. aussi A. Antoine, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Bibl. dr. pub., t. 261, 2009, pp. 247-249. Il s'agit d'un bilan économique (Pour un résumé des différentes approches critiques de ce bilan : A. Antoine, *ibid*, p. 247, note 115).

²⁵ « *This section applies to any agreement which : (a) contributes to : (i) improving production or distribution, or (ii) promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit ; but (b) does not : (i) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of those objectives; or (ii) afford the undertakings concerned the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question* ».

²⁶ I. Lianos *e. a.*, « Brexit and Competition Law », *CLES Policy Paper Series* 2017/2, § 10.

²⁷ Rapport HL préc., § 82.

²⁸ <https://www.gov.uk/government/publications/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brexiteal/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brexiteal>

²⁹ I. Lianos *e. a.*, *ibid*.

³⁰ Rapport HL préc., § 83.

technologiques couvert par le règlement UE n° 316/2014³¹ et qui ne connaît pas d'équivalent en droit interne britannique³². La volonté du Gouvernement va bien en ce sens³³.

En revanche, les autorités britanniques pourront parfaitement faire évoluer leurs politiques d'exemption dans une direction opposée à celles du droit de l'Union³⁴. En particulier, le secteur du transport maritime pourrait en constituer une remarquable illustration. À ce jour, après avoir exempté les conférences maritimes de 1986 à 2008³⁵, le droit de l'Union accorde une exemption uniquement pour les consortiums, et ce jusqu'en 2020³⁶. La principale différence entre les conférences et les consortiums réside dans les finalités assignées à ces deux formes de rapprochement. Tandis que l'objectif des conférences est de fixer les taux de fret et les capacités de transport, les consortiums sont des instruments organisationnels traduisant une coopération de plusieurs compagnies maritimes afin de fournir en commun des services de transports maritimes de marchandises (coordination des horaires et des itinéraires, recours accrus aux conteneurs, optimisation des capacités des navires...) permettant l'accès au marché à de petits armateurs³⁷. Nous comprenons donc pourquoi, dans la poursuite de l'objectif d'établissement d'un marché commun, le droit de l'Union a mis fin à l'exemption des conférences maritimes. À la suite du Brexit, il n'est pas exclu que des armateurs britanniques souhaitent obtenir une exemption en droit anglais afin de permettre la constitution de conférences maritimes³⁸. En effet, comme le rappelle la *UK Chamber of Shipping* dans le cadre de sa consultation par la *House of Lords*, délié de toute obligation envers le droit de l'Union, le Royaume-Uni pourrait

³¹ Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 *relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie*.

³² J. Flynn QC, Ch. Thomas, « Chapter 13 : United Kingdom », in Th. Vinje, *The intellectual property and Antitrust Review*, Law Business Research Ltd, London, 2016, p. 142.

³³ <https://www.gov.uk/government/publications/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brexit-deal/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brexit-deal>

³⁴ F. Souty, « L'impact du Brexit sur le droit et la politique de la concurrence britannique », *Concurrence Consommation* 2017, étude 3.

³⁵ Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 *déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes* ; Règlement (CE) n° 1419/2006 du Conseil du 25 septembre 2006 *abrogeant le règlement (CEE) n° 4056/86 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, et modifiant le règlement (CE) n° 1/2003 de manière à étendre son champ d'application au cabotage et aux services internationaux de tramp*. Sur la fin de cette exemption V. M. Besançon et L. Fedi, « La fin du régime des conférences maritimes », *DMF* 2008, p. 791.

³⁶ Règlement (CE) n° 870/95 de la Commission, du 20 avril 1995, *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortia) en vertu du règlement (CEE) n° 479/92 du Conseil* ; Règlement (CE) n° 906/2009 de la Commission du 28 septembre 2009 *concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortiums)* ; Règlement (UE) n° 697/2014 de la Commission du 24 juin 2014 *modifiant le règlement (CE) n° 906/2009 en ce qui concerne sa durée d'application*.

³⁷ Sur ces sujets V. par ex. D. Bosco, « Transports maritimes : les consortiums exemptés jusqu'en 2015 », *Contrats-Concurrence-Consommation* 2009, comm. 292 ; L. Gard, « La réforme des règles de concurrence applicables au transport maritime se poursuit avec les consortiums maritimes », *Rev. droit des transports* 2009, comm. 213 ; F. Riem, « La concurrence dans le secteur des transports maritimes. Le marché entre concentration et complaisance », *RDIE* 2012, n° 1, p. 120.

³⁸ F. Souty, « L'impact du Brexit sur le droit et la politique de la concurrence britannique », *loc. cit.*

très bien adopter une approche libérale en autorisant ces ententes³⁹. Cela lui permettrait notamment de se rapprocher des droits étrangers jugés plus libéraux que le droit de l'Union. Il en va ainsi du droit de la concurrence de Singapour⁴⁰ ou du droit américain qui accorde une telle exemption à la législation antitrust aux conférences maritimes depuis le *Merchant Marine Act* de 1920, confirmé depuis par le *Shipping Act* de 1984. Une telle orientation marquerait aussi le retour du Royaume-Uni à son histoire, il était en effet à l'origine de la première conférence maritime en 1875 pour la liaison Londres - Calcutta⁴¹.

7. Le retour du critère du « Public interest » en matière de concentration ? – Ce critère est apparu avec le *Monopolies Restrictives (Inquiry and Control) Act* de 1948 et confirmé par le *Monopolies and Mergers Act* de 1965 et le *Fair Trading Act* de 1973. Il permettait au Ministre, après avis de l'autorité indépendante chargée de la concurrence, de prendre les mesures nécessaires pour empêcher une opération de concentration susceptible de porter atteinte au *Public interest*⁴². Or, ce critère a fait l'objet de nombreuses critiques car il n'était pas défini et reposait donc sur l'appréciation discrétionnaire du Ministre compétent. De ce fait, les concentrations au Royaume-Uni étaient sujettes à une forte instabilité décisionnelle puisque selon les Ministres en place, une approche souple ou rigide du *Public interest* pouvait être adoptée. Bien que Lord Ebbitt avait décidé d'abandonner, en 1984 lorsqu'il était Ministre du Commerce et de l'Industrie, le *Public interest* au profit d'une seule analyse économique des effets-concurrentiels des concentrations⁴³, ce critère allait toujours pouvoir être invoqué dans des circonstances exceptionnelles et sa seule présence en droit positif était de nature à dissuader des opérations de concentration qui auraient profité à l'économie. Dès lors, et en conformité avec le droit de l'Union, l'*Enterprise Act* de 2002 (Section 22) a intégré en droit positif le bilan concurrentiel (c'est-à-dire un bilan des effets économiques) devant être effectué par l'autorité chargée de l'examen de l'opération. Et même si le critère du *Public interest* subsiste, il reste cantonné aux opérations intéressant la sécurité nationale, le pluralisme des médias et la stabilité financière⁴⁴. Or, ce régime du contrôle des concentrations est critiqué depuis un certain nombre d'années, en témoigne le rachat, en 2010, de l'entreprise Cadbury par la société Kraft Foods ayant entraîné la fermeture de l'usine de Somerdale et la perte de 400 emplois⁴⁵. C'est alors que ressurgit le critère du *Public interest* dans le débat public⁴⁶. L'objectif de ses partisans est de permettre un contrôle plus strict des rachats de sociétés britanniques par des compagnies

³⁹ UK Chamber of Shipping – Written evidence (CMP0015) : http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/brexit-competition/written/70134.html#_ftn2.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Le système des conférences maritimes. Rapport du Secrétariat de la CNUCED*, New York 1970, TD/B/C.4/62/Rev. 1, p. 3.

⁴² Sur ce critère et son histoire V. not. B. Lyons, D. Reader, A. Stephan, « UK Competition Policy Post-Brexit : In the Public interest ? », *CCP Working Papers* 16-12, UEA, 2016.

⁴³ HC Deb 5 July 1984, vol 63, cols 213-14W.

⁴⁴ (Section 58). Avec la possibilité pour l'Exécutif de rajouter de nouvelles considérations à la liste, après approbation du Parlement.

⁴⁵ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8507066.stm>

⁴⁶ H.C., *Mergers, acquisitions and takeovers: the takeover of Cadbury by Kraft*, 30 march 2010, spé. p. 25 et s.

étrangères au nom du *Public interest*⁴⁷. Cette idée fut rejetée par le Ministre du Commerce de l'époque, Lord Mandelson, pour qui un tel contrôle politique des concentrations entraînerait la mise en œuvre d'une politique protectionniste contraire à l'intérêt du pays⁴⁸. De plus, un tel contrôle se heurterait au droit de l'Union, tout d'abord au nom du principe de libre circulation des capitaux entre États Membres et entre États membres et pays tiers⁴⁹ et ensuite, mais surtout, au regard de la procédure de contrôle des concentrations par la Commission. Cette dernière est la seule compétente pour se prononcer sur les opérations transfrontalières les plus importantes⁵⁰ au regard d'un critère d'analyse unique : l'atteinte ou non à la concurrence effective⁵¹. Certes, les possibilités d'invoquer un intérêt public pour un État membre dans le cadre du contrôle européen, existent quand même, mais sont logiquement très restreintes⁵². Or, cette problématique est réapparue récemment suite à la tentative de rachat de la société Britannique Astra Zeneca par le laboratoire américain Pfizer ; les autorités craignant la potentielle fermeture d'unités R&D sur le sol britannique⁵³.

Le Brexit pourrait donc conduire le Royaume-Uni à envisager un retour du *Public interest* notamment dans le contrôle des investissements étrangers⁵⁴. Néanmoins, les autorités devront être à l'écoute des nombreux observateurs opposés à une telle réforme. Il est notamment avancé que le renforcement du *Public interest* – au détriment d'une analyse économique sur des règles prévisibles, connues à l'avance et donc sécurisante pour les opérateurs économiques – devra être fondé sur des critères exhaustifs définis en amont et qui ne pourront être mobilisés que pour des justifications légitimes tout en évitant leur manipulation pour des objectifs politiques à courts termes⁵⁵. Cette remarque est parfaitement compréhensible car une politique de la concurrence est déterminée, en partie, par la mise en place de règles générales *ex ante* faisant obstacle à l'arbitraire politique⁵⁶ et destinées à produire des effets sur le long terme⁵⁷.

Mais si ces mises en garde n'étaient pas suivies, le retour du *Public interest*, notamment dans le but d'empêcher des unités de R&D de quitter le territoire et de créer des champions nationaux face à la concurrence internationale, pourrait déplacer le débat sur le terrain de la

⁴⁷ *Ibid.* Cette conception protectionniste de l'économie nationale n'est pas nouvelle puisque déjà au début des années 90, le Ministre du Commerce Peter Lilley avait décidé que les opérations de rachats par des sociétés étatiques étrangères devraient être scrupuleusement contrôlées (*Lilley Doctrine*).

⁴⁸ <https://www.theguardian.com/business/2010/mar/01/lord-mandelson-mansion-house-keynote>

⁴⁹ Art. 63 TFUE. On peut se reporter aux affaires relatives aux golden shares : C.J.U.E., 8 juill. 2010, *Commission c. Portugal*, aff. C-171/08.

⁵⁰ Au terme du mécanisme du « *one stop shop* ». Nous reviendrons sur ce point plus loin.

⁵¹ Art. 2 (du règlement (CE) n° 139/2004.

⁵² Art. 21 (4) du règlement (CE) n° 139/2004. V. sur ce point P. Gonzalez Pérez, « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », *Research Papers in Law*, 06/2013.

⁵³ H.C., *Contested mergers and takeovers*, Briefing paper, n° 5374, 17 octobre 2018, p. 31.

⁵⁴ H.L, rapport préc., § 167.

⁵⁵ B. Lyons, D. Reader, A. Stephan, « UK Competition Policy Post-Brexit : In the Public interest ? », *op. cit.*, p. 11 ; I. Lianos *e. a.*, « Brexit and Competition Law », *op. cit.*, § 23 (ces auteurs proposent d'insérer des considérations liées à l'économie verte et/ou solidaire).

⁵⁶ F. Marty, « Concurrence et politique industrielle: analyse de logiques distinctes » in V. de Beaufort (dir.), *Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. XX.

⁵⁷ J. Drexler, « La constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE* 2011, n° 4, p. 438.

politique industrielle et non plus de la concurrence⁵⁸. Or, c'est là le point de friction entre ces deux catégories de politiques économiques puisque l'objet de la première est de protéger des firmes nationales d'importance majeure contre la concurrence⁵⁹. On pourra d'ailleurs s'en étonner, car le Royaume-Uni avait fortement influencé la politique de la concurrence européenne notamment sur l'infléchissement d'une conception ordolibérale par trop formaliste de l'analyse des atteintes à la concurrence au profit d'une analyse économique (par les effets) héritée de l'école de Chicago⁶⁰.

8. La confirmation de l'émergence d'une politique industrielle à travers le futur régime des aides d'États. – D'ores et déjà, le Gouvernement s'est engagé à transposer la législation européenne en droit interne, qu'il s'agisse du principe de prohibition ou des exemptions accordées (agriculture, pêches, etc.)⁶¹. Néanmoins, et à l'instar des concentrations, il pourrait y avoir des pressions pour que la législation britannique mette en place de nouvelles exemptions dans certains secteurs de l'industrie⁶². Notons que Theresa May envisageait en 2016 la mise en place d'une véritable politique industrielle en matière de R&D : subventions directes, incitations fiscales, etc. pour un coût estimé à 2 milliards de Livres sterling par an⁶³. Une telle politique apparaîtrait dès lors contraire au droit européen des aides d'État et notamment à l'article 107 TFUE⁶⁴ puisqu'elle conduirait à encourager des distorsions de concurrence entre entreprises et entre États membres « *pouvant conduire à des mécanismes de course à la subvention, préjudiciables en terme de bien-être collectif* »⁶⁵.

Mais cette incompatibilité peut être relativisée. De manière générale, l'article 179 TFUE promeut la recherche, le développement et l'innovation en tant qu'objectif de l'Union. Surtout, les aides en matière de R&D peuvent être parfaitement compatibles avec le droit des aides si elles rentrent dans les seuils de *minimis* (200 000 euros sur 3 exercices fiscaux) ou du RGEC

⁵⁸ Pour une analyse approfondie des différences et des liens entre elles : F. Marty, « Concurrence et politique industrielle: analyse de logiques distinctes », *ibid.*, pp. 131-153.

⁵⁹ J. Drexler, « La constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *op. cit.*, p. 438.

⁶⁰ Ce qui a caractérisé l'évolution du droit interne britannique de la concurrence comme nous l'avons expliqué plus haut. V. en ce sens F. Marty, « Le Brexit et les politiques de concurrence britannique et européenne », *loc. cit.* Raisonnablement parfaitement transposable au contrôle des abus de position dominante. En effet, en matière d'abus de position dominante, il suffit simplement de démontrer que cette pratique a un effet restrictif sur la concurrence et non sur l'économie de manière générale. Cette inclinaison ordolibérale de la politique de la concurrence européenne est d'ailleurs contraire à celle retenue par la législation antitrust américaine qui considère qu'une entreprise peut parfaitement tirer profit de ses stratégies d'investissement en dominant un marché tout en jouant le jeu de la concurrence. Sur ce point V. les solutions contradictoires des juridictions européennes et américaines dans l'affaire *British Airways* : F. Marty, J. Pillot, « Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspectives », *Revue économique et sociale* 2004, n° 4, p. 65.

⁶¹ Lettre d'Andrew Griffith du 28 mars 2018 : <https://www.parliament.uk/documents/lords-committees/eu-internal-market-subcommittee/brexit-competition/Letter-Andrew-Griffiths-to-Rt-Hon-Lord-Whitty-State-aid.pdf>. Sur cette question V. aussi M. Lahouazi, « Droit des aides d'État et Brexit : de la continuité dans la rupture. À propos de la lettre du Gouvernement du 28 mars 2018 », *L'Observatoire du Brexit*, 26 avril 2018 (https://brexit.hypotheses.org/1366#_ftnref7).

⁶² H. L. Rapport préc., § 216.

⁶³ F. Souty, « L'impact du Brexit sur le droit et la politique de la concurrence britannique », *loc. cit.*

⁶⁴ Il y aurait aussi un changement de politique radicale de la part du Royaume-Uni qui habituellement limite l'octroi de subventions : P.-A. Bigues, « La politique industrielle en Europe », *Reflets et perspectives de la vie économique* 2012, n° 1, p. 70.

⁶⁵ F. Marty, « Concurrence et politique industrielle: analyse de logiques distinctes », *loc. cit.*, p. XX.

qui exemptent de notification les aides inférieures à un certain seuil⁶⁶. Au-delà de ces seuils, à l'inverse, les aides sont soumises au contrôle de la Commission qui effectue un bilan effets positifs (réponse à une défaillance du marché, l'effet incitatif, etc.) /effets négatifs (création de pouvoir de marché, maintien de structures de marché inefficaces, etc.) de l'aide⁶⁷. Dès lors, délié de toute obligation européenne, le Royaume-Uni pourrait aller plus loin que les seuils de *minimis* ou du RGEC sans être inquiété d'un quelconque contrôle de la Commission.

Pour autant, il ne semble pas que le futur droit des aides d'État britannique adoptera une position radicalement différente de celle du droit de l'Union. Premièrement, il y a une limite extérieure au droit britannique puisque le Royaume-Uni demeurera soumis aux règles de l'Organisation Mondiale du Commerce au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires dès lors que les aides nationales accordées affecteront le commerce international⁶⁸. Secondement, les autorités ont voulu se montrer rassurantes dans leurs futures relations commerciales avec l'Union européenne, comme l'indique le discours de Florence de Theresa May : « *Trying to beat other countries' industries by unfairly subsidising one's own is a serious mistake* »⁶⁹.

9. Mais qu'importe que la future réglementation de la concurrence au Royaume-Uni adopte une approche économique radicalement différente de celle de l'UE (par la substitution par exemple d'une politique industrielle à une politique de la concurrence) ou s'inscrive dans sa lignée, il sera nécessaire de donner les moyens aux autorités de régulation nationales d'appliquer cette nouvelle réglementation.

B. Le renforcement de l'office des autorités de régulation et des juridictions nationales

10. Le Brexit va aussi avoir un impact en terme institutionnel⁷⁰. En effet, la Commission européenne n'aura désormais plus prise sur l'application du droit de la concurrence sur le territoire du Royaume-Uni⁷¹. Les responsabilités des autorités nationales (Competition and Market Authority, Competition Appeal Tribunal, autorités sectorielles telles que l'ORR ou l'OFCOM) vont donc s'accroître de manière considérable.

11. Pour l'heure, en application du règlement n° 1/2003, c'est la Commission qui est, en principe, compétente pour se prononcer de manière exclusive sur les violations des articles 101 et 102 TFUE (ententes et abus de position dominante). Il en va de même pour les concentrations avec le mécanisme du « *one-stop-shop* » (ou du guichet unique) du règlement

⁶⁶ Les aides en matière de recherche, de développement et d'innovation sont comprises dans le RGEC : Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (not. art. 25 à 30).

⁶⁷ Sur ce point, se reporter à la Communication de la Commission : *Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation* (2014/C 198/01).

⁶⁸ Mais les règles demeurent beaucoup moins contraignantes que le droit de l'Union : Rapport HL, préc., § 216. Par ex. les prescriptions en matière de subventions ne s'appliquent qu'aux biens (les services sont exclus) et n'ont pas vocation dès lors que seul le marché britannique est concerné.

⁶⁹ *Ibid.*, § 212.

⁷⁰ H.L., Rapport préc., § 221 et s.

⁷¹ A nuancer avec l'application de la théorie des effets. V. *infra* p. 12 et s.

n° 139/2004. Après la réalisation effective du Brexit, et si aucun accord n'est trouvé, ce sont bien les autorités nationales britanniques qui seront chargées d'enquêter, de prévenir et/ou de sanctionner les atteintes à la concurrence à l'intérieur des frontières du royaume⁷². Elles seront ainsi chargées d'appliquer les programmes de clémence en matière d'ententes, de sanctionner les entreprises coupables d'abus de position dominante ou de se prononcer sur la compatibilité d'une concentration d'entreprises au regard du critère du *Public interest*, si ce dernier est effectivement remis au goût du jour.

12. Au-delà de cet aspect purement procédural, il sera mis fin à toute référence au droit de l'Union en droit interne⁷³. Dès lors, les autorités nationales ne seront plus tenues de se conformer au droit de la concurrence de l'Union ou à la pratique de la CJUE et de la Commission en la matière⁷⁴. Cette liberté d'action retrouvée sera aussi renforcée par la fin de l'obligation de poser une question préjudicielle à la CJUE au titre de l'article 267 § 3 TFUE⁷⁵, surtout lorsque l'on sait que la violation de cette obligation peut conduire à un recours en manquement contre l'État membre dont émane la juridiction⁷⁶, sinon à un engagement de sa responsabilité⁷⁷. De plus, bien que le projet de modification de la section 60 *Competition Act* prévoit que les autorités britanniques devront veiller à ce qu'il n'y ait pas d'incompatibilité entre l'application du droit national de la concurrence et la jurisprudence de la Cour de justice antérieure au Brexit, de multiples exceptions sont prévues et sont relatives notamment à des circonstances particulières, à des incompatibilités entre le nouveau droit national et le droit de l'Union ou encore en raison de la pratique des autorités nationales en matière d'analyse concurrentielle...

13. De plus, la CMA se substituera à la Commission européenne en tant qu'organe de contrôle du respect du droit des aides d'État. Ce choix, confirmé récemment⁷⁸, est justifié par l'expérience de la CMA en droit de la concurrence et son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif (l'institution étant un *non-ministerial government department*)⁷⁹. À ce titre, les autorités publiques britanniques désireuses d'accorder des subventions devront les notifier à la CMA et les notifications qui auront été effectuées à la Commission avant le 29 mars 2019 mais

⁷² <https://www.gov.uk/government/publications/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brexite-deal/merger-review-and-anti-competitive-activity-if-theres-no-brexite-deal>

⁷³ Par exemple, il y aura bien une modification en ce sens de la section 60 du *Competition Act* : *ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Sur les raisons de l'importance de cette obligation, V. le point 176 de l'avis 2/13, du 18 décembre 2014, de l'assemblée plénière de la CJUE relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH : « *En particulier, la clef de voute du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt van Gend & Loos, EU:C:1963:1, p. 23), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités* ».

⁷⁶ V. récemment CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c./ France*, aff. C-416/17.

⁷⁷ CJCE, 30 sept. 2003, *Kobler*, aff. C-224/01 ; CJUE, 9 sept. 2015, *Ferreira Da Silva c. Portugal*, aff. C-160/14.

⁷⁸ Dans la notice du 23 août 2018 du gouvernement relative aux problématiques liées aux aides d'État en cas d'absence d'accord : <https://www.gov.uk/government/publications/state-aid-if-theres-no-brexite-deal/state-aid-if-theres-no-brexite-deal>

⁷⁹ Lette d'Andrew Griffith du 28 mars 2018, préc., § 6. Et bien que le rapport de la House of Lords ait mis en garde contre le manque d'expérience de la CMA spécifiquement en droit des aides d'État : Rapport préc., § 218.

non encore examinées devront être transmises à la CMA. Par ailleurs, afin de saisir de tout son rôle, la CMA publiera début 2019 ses lignes directrices détaillant le futur fonctionnement de ses nouvelles compétences de régulation.

14. Dans l'optique d'une renationalisation efficace du droit de la concurrence et de sa régulation, une évolution des conditions matérielles des autorités nationales doit être absolument envisagée. En effet, le droit de la concurrence britannique a pu être critiqué pour le manque de moyens dont disposent les autorités pour réellement mettre en œuvre les prescriptions de ce droit⁸⁰. Dès lors, eu égard à l'accroissement des responsabilités de la CMA (et même du CAT), il est impératif d'augmenter leurs forces humaines et financières. À ce titre, il ressort plusieurs éléments éclairants du rapport de la House of Lords suite à consultation de la CMA. En matière de concentration, il a pu être relevé une augmentation de 30 à 50 dossiers en phase I (ce qui pourrait représenter une hausse de 100 %) et d'une demi-douzaine de dossiers en phase II (ce qui représenterait environ 50% de dossiers supplémentaires)⁸¹. De même, la CMA sera confrontée à des cas beaucoup plus complexes, car une concentration qui avait auparavant un impact transfrontalier relevait du ressort exclusif de la Commission⁸². De son côté, la CAT ne sera pas épargnée non plus. De son propre aveu, il sera saisi de nombreux recours juridictionnels (*judicial review*) à l'encontre des décisions de la CMA dans le cadre d'importantes et complexes pratiques anticoncurrentielles ou d'opérations de concentration⁸³. Cela nécessitera par suite un recrutement de spécialistes hautement qualifiés provenant tant du secteur public que privé et un développement d'une politique salariale attractive⁸⁴.

Les moyens d'intervention des autorités de régulations britanniques dépendent aussi de leur présence et participation dans des réseaux de concurrence. Et si la CMA sera exclue du *European Competition Network* (ECN)⁸⁵, elle fera toujours partie de l'*International Competition Network* (ICN)⁸⁶. Et même si le Royaume-Uni n'aura certainement plus le même poids dans l'ICN du fait de sa sortie de l'Union européenne⁸⁷, il n'est pas impossible qu'il continue de peser, à travers des rapprochements avec les autorités américaines par exemple, sur la convergence des droits de la concurrence étrangers vers sa propre conception de la concurrence⁸⁸.

II. Les limites à la renationalisation du droit de la concurrence britannique

15. En réalité, et quand bien même un accord de libre échange sur les modèles Suisse ou Canadien serait adopté, le droit de l'Union européenne ne cessera pas de produire ses effets

⁸⁰ Notamment à l'époque de l'Office of Fair Trading : V. par ex. B. Morris, « La régulation de la concurrence au Royaume-Uni. De la flexibilité administrative à la juridification », *loc. cit.*, p. 318.

⁸¹ Rapport H.L., préc., §73.

⁸² *Ibid.*, § 74.

⁸³ *Ibid.*, § 227.

⁸⁴ *Ibid.*, § 226.

⁸⁵ Nous verrons les conséquences plus loin.

⁸⁶ Sur le rôle de l'ICN V. par ex. F. Daudret-John et F. Souty, « International Competition Network, convergence et divergences », *Concurrences* 2010, n° 3, p. 182.

⁸⁷ F. Marty, « Le Brexit et les politiques de concurrence britannique et européenne », *loc. cit.*

⁸⁸ L'inverse est également envisageable, c'est-à-dire que la CMA pourra conserver une approche parallèle à celle du droit de l'Union en raison de l'influence des autorités de régulation européennes au sein de l'ICN : F. Souty, « L'impact du Brexit sur le droit et la politique de la concurrence britannique », *loc. cit.*

sur les opérateurs britanniques, dès lors que ces derniers adopteront un comportement anticoncurrentiel perturbant le marché européen. De cette application découleront des difficultés procédurales de coordination des législations et des pratiques (A.) nécessitant – et c’est là l’expression d’un fort paradoxe – une indispensable coopération entre le Royaume-Uni et l’Union européenne (B.).

A. Les difficultés procédurales d’une superposition des droits de la concurrence

16. Comme cela a pu se passer pour des opérateurs américains, la législation antitrust européenne aura vocation à s’appliquer, en sus du droit anglais de la concurrence, aux entreprises anglaises qui, par leurs comportements, entraveront le marché intérieur⁸⁹. Cette solution n’est pas unique puisque le droit américain prévoit tant dans le *Sherman Act* (titre 15) que dans le *Restatement of the Law (Third) Foreign Relations Law of United States* (§ 415) l’application du droit de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles d’opérateurs de pays tiers qui affecteraient le marché américain. Pour ce faire, le droit américain se fonde sur la théorie des effets, issue du droit international public et plus particulièrement de l’affaire *Lotus*, comme le relève l’opinion du Juge Learned Hand dans l’affaire *Alcoa vs Aluminium Co of America* de 1945 : *C’est une règle établie... que tout État peut imposer des obligations, même à des personnes qui ne sont pas dans son allégeance, pour des actes accomplis en dehors de ses frontières qui ont des conséquences à l’intérieur de celles-ci* »⁹⁰.

17. L’adoption de critères alternatifs à la théorie des effets par la Cour de justice relatif à l’unité économique ou à la mise en œuvre effective des pratiques dans le marché intérieur⁹¹, a souvent permis l’application du droit européen de la concurrence et fondé la compétence de la Commission pour enquêter sur des pratiques contraires à ce droit⁹². Désormais, la théorie des effets est consacrée à l’échelle européenne⁹³. Par suite, les opérateurs britanniques pourront parfaitement voir leurs pratiques commerciales contrôlées tant par les autorités nationales britanniques que par la Commission européenne en application du droit de l’Union dès lors qu’elles produiront leurs effets au sein du marché intérieur.

⁸⁹ F. Souty, *ibid.* Comme le démontre la récente affaire d’abus de position dominante de la société américaine *Intel* sur le marché des processeurs x86 : C.J.U.E., 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, aff. C-413/14 P.

⁹⁰ Cité in B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l’application extraterritoriale du droit », *AFDI* 1986, vol. 32, p. 31.

⁹¹ V. les affaires suivantes : CJCE, 25 nov. 1971, *Béguelin Import c/ G.L. Import Export*, aff. 22/71 ; CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, *ICI c/ Commission*, dit « *Matières colorantes* », aff. 48/69 ; CJCE, 27 sept. 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c./Commission*, dit « *Pâte de bois* », aff. 89/85 e. a.

⁹² Sur les origines, l’évolution et l’application de cette théorie en droit européen de la concurrence, V. not. M. Cardon, « *« Intel missa est » Soixante ans de discussions inutiles autour du titre de compétence de la Commission en droit de la concurrence : le critère des effets qualifiés* », *RTD eur.* 2018, p. 115. V. aussi J.-M. Bischoff et R. Kovar, « L’application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l’extérieur de la Communauté », *JDI*, 1975, p. 657 ; F. Martucci, « L’extraterritorialité en droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 2018, n° 4, dossier 29. Pour une application de la théorie des effets par le régulateur français de la concurrence V. Cons. Conc., 21 déc. 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes*, décision n° 04-D-74.

⁹³ C.J.U.E., 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission*, préc.

18. En premier lieu, c'est au niveau des demandes de clémence que l'application parallèle des législations causera des difficultés. En effet, pour l'heure, une demande de clémence adressée à la Commission permet d'obtenir une immunité totale ou partielle sur tout le territoire européen⁹⁴. Désormais, les opérateurs britanniques intéressés devront présenter une telle demande tant devant la Commission que devant l'autorité nationale de la concurrence britannique⁹⁵. En deuxième lieu, c'est en matière de sanction des abus de position dominante que des difficultés procédurales vont apparaître puisque des opérateurs britanniques pourront faire l'objet de poursuites, et *in fine*, de sanctions parallèles au sein des deux juridictions⁹⁶. En troisième et dernier lieu, c'est le contrôle des concentrations qui sera impacté par l'application de législations parallèles puisqu'il va être mis fin à la procédure du « *one stop shop* » qui donnait compétence exclusive à la Commission pour se prononcer sur les fusions les plus importantes ; les autorités britanniques recouvreront donc leur compétence en la matière⁹⁷.

Cela signifie, en pratique, qu'à compter du 30 mars 2019 (ou du 1^{er} janvier 2021 si l'on prend en considération la possibilité d'une signature de l'accord de retrait), et ce quand bien même la Commission enquêterait déjà sur des pratiques anticoncurrentielles ou sur une opération de concentration notifiée antérieurement⁹⁸, la CMA pourra se prononcer sur ces mêmes points au regard de leur impact sur le marché britannique⁹⁹.

19. Par conséquent, et comme l'a très logiquement relevé un auteur, les opérateurs britanniques supporteront inévitablement une augmentation des coûts de procédures (puisque la procédure de contrôle sera double) de même qu'ils seront potentiellement sujets à une insécurité juridique. Alors certes, sur ce point, le Gouvernement se veut rassurant en indiquant par exemple, dans le cadre des opérations de concentration, que les règles nationales ne différeront pas des règles européennes¹⁰⁰. Il en va de même pour le contrôle des pratiques anticoncurrentielles puisque, comme nous l'avons vu précédemment, le projet de modification de la section 60 du *Competition Act* prévoit des exceptions à la nouvelle règle imposant une compatibilité entre l'application du droit national de la concurrence et les principes dégagés

⁹⁴ Communication de la Commission *sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, 2006/C 298/11. En ce sens V. F. Marty, « Le Brexit et les politiques de concurrence britannique et européenne », *loc. cit.* ; I. Lianos *e. a.*, « Brexit and Competition Law », *loc. cit.*, § 133. Pour une analyse juridique et économique des programmes de clémence V. not. P. Desbrosses, « Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés », *RDIE* 20110, n° 2, p. 211 ; F. Marchal, « L'évolution des procédures de clémence », *Revue française d'économie* 2013, n° 3, p. 71.

⁹⁵ Cela a été confirmé par la CMA dans ses lignes directrices du 30 octobre 2018 : <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexit-deal/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexit-deal>. Pour la réglementation des demandes de clémence V. <https://www.gov.uk/guidance/cartels-confess-and-apply-for-leniency>

⁹⁶ F. Marty, « Le Brexit et les politiques de concurrence britannique et européenne », *loc. cit.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Il ne faut simplement pas que la Commission ait rendue une décision (qui tout du moins n'aurait pas été annulée) avant le 29 mars 2019.

⁹⁹ Pour les pratiques anticoncurrentielles : <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexit-deal/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexit-deal> ; Pour les fusions : <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-role-in-mergers-if-theres-no-brexit-deal/cmas-role-in-mergers-if-theres-no-brexit-deal>.

¹⁰⁰ C'est ce qu'il ressort de son memorandum sur le projet de modification du *Competition Act* : § 7.5 : http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/9780111173930/pdfs/ukdsiem_9780111173930_en.pdf.

par la Cour de justice antérieurement à la réalisation effective du Brexit. Ces exceptions, liées notamment aux différences entre le marché britannique et le marché de l'Union ou aux différences de méthode dans l'analyse de la concurrence, prouvent parfaitement que le risque d'insécurité juridique n'est pas anodin.

20. Enfin, les effets négatifs de la superposition des droits de la concurrence ne se concentreront pas uniquement sur le *public enforcement* ; le *private enforcement* sera lui aussi impacté. Le Royaume-Uni est actuellement l'une des places privilégiées (avec l'Allemagne et les Pays-Bas) en matière d'actions de *follow-on* (ou actions de suite)¹⁰¹. Encadrées par le droit de l'Union européenne, notamment par une directive de 2014¹⁰², ces actions permettent à des consommateurs ou des concurrents d'obtenir une indemnisation de leur préjudice causé par une entente ou un abus de position dominante. L'application du droit de l'Union a un effet particulièrement positif puisqu'il prévoit, à l'article 9 de la directive, qu'une décision constatant une infraction au droit de l'Union de la concurrence prise par une autorité nationale de la concurrence établie dans un Etat membre doit être regardée comme une preuve *prima facie* dans les autres Etats membres dans le cadre des actions de *follow-on*. Aussi, il découle de l'interprétation de l'article 16 du règlement 1/2003, qu'une décision de la Commission statuant sur des violations des articles 101 et 102 TFUE constitue une preuve irréfutable de cette pratique dans les États membres.

Une fois sortie de l'Union, ces prescriptions n'auront plus d'effet en droit interne britannique. De ce fait, devant les juridictions britanniques, les victimes « privées » des pratiques anticoncurrentielles ne devront pas se contenter d'apporter la preuve d'un préjudice, elles devront, en amont, démontrer une nouvelle fois une violation du droit de la concurrence ; qu'importe que le résultat d'une action de *public enforcement* au niveau de l'Union ou dans un autre État membre¹⁰³.

21. Nous voyons donc bien que sur le long terme, une coopération entre le Royaume-Uni et l'Union européenne est impérative.

B. La nécessaire coopération dans la régulation de la concurrence

22. Afin de répondre à la sortie et du Royaume-Uni de l'ECN et aux difficultés énumérées, la coopération entre les deux « ex » partenaires devra prévoir une coopération dans le domaine des échanges d'informations¹⁰⁴. Il convient tout d'abord d'écarter la coopération informelle¹⁰⁵, non pas parce qu'elle ne serait pas utile (au contraire, de nombreuses autorités de la concurrence coopèrent dans le monde lorsqu'elles sont amenées à se prononcer sur une même

¹⁰¹ Sur la compétence des juridictions britanniques pour connaître du recours en indemnisation de victimes allemandes d'une entente qui avait produit ses effets en dehors du Royaume-Uni : High Court, 6 mai 2003, *Provimis*, 2003 EW HC 961 Comm.

¹⁰² V. not. la Directive 2014/104/UE « relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne ».

¹⁰³ Confirmé par le Gouvernement ; V. le memorandum sur le projet de modification du *Competition Act*, préc., § 2.15.

¹⁰⁴ I. Lianos *e. a.*, « Brexit and Competition Law », *loc. cit.*, § 3.

¹⁰⁵ Rapport HL, préc., § 158.

opération ou pratique), mais bien parce que la confidentialité de certaines informations empêchera légalement tout échange¹⁰⁶.

23. C'est donc une coopération formelle qui devra être privilégiée par un accord international permettant notamment, l'échange d'informations confidentielles, la notification et la coordination des enquêtes ou encore l'application des mesures d'enquêtes et des sanctions mises en œuvre à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles ou d'opérations de concentration dans les territoires respectifs¹⁰⁷. Cette coopération permettra aussi, par une meilleure organisation du traitement des échanges d'informations, d'éviter les difficultés liées à l'application de la procédure de *discovery* qui autorise les juridictions britanniques d'enjoindre un opérateur étranger la communication de documents en lien direct ou indirect à une pratique anticoncurrentielle qui produit ses effets en dehors du Royaume-Uni¹⁰⁸.

De même, l'appartenance au réseau ECN permettait à l'autorité britannique de la concurrence d'obtenir des informations sur les demandes de clémence effectuées par un opérateur à la Commission ou à d'autres autorités nationales¹⁰⁹. En quittant ce réseau, la CMA perdra cette prérogative. La future coopération devra régler ce point.

Enfin, l'accord de coopération devra contenir des dispositions sur la reconnaissance des décisions de la Commission ou des autorités de la concurrence des Etats membres sanctionnant une pratique anticoncurrentielle, afin de leur reconnaître, si ce n'est le caractère d'une preuve irréfragable, au moins celui d'une preuve *prima facie* dans le cadre des actions de *follow-on*.

24. Pour cela, plusieurs modèles d'accords ont été envisagés par la House of Lords dans son rapport de février 2018¹¹⁰. Sont évoqués des accords dits de première génération à l'instar de ceux que l'Union a conclus avec les Etats-Unis ou le Japon. Cependant, même si ces accords organisent une certaine coopération en matière de droit de la concurrence, ils autorisent l'échange d'informations entre autorités uniquement en cas de renonciation par l'opérateur au privilège de confidentialité. L'hypothèse d'accords de seconde génération (tels que ceux unissant l'Union à la Suisse, en complément de l'accord sur le libre-échange de 1972). Ces accords un échange d'informations même confidentielles dans le cadre d'enquête sur des pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, l'usage de ces informations est soumis à des conditions très strictes. Ainsi, les autorités de la concurrence ne peuvent se fonder sur ces informations pour sanctionner les entreprises¹¹¹ et les informations relatives aux procédures de clémence ne peuvent être communiquées qu'après accord express de l'opérateur à la source des informations¹¹². Par conséquent, et afin de résoudre les difficultés créées par le Brexit, le

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 159.

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 151.

¹⁰⁸ Pour un exemple d'application de cette procédure (et des difficultés par rapport aux droits étrangers sanctionnant la divulgation de documents confidentiels) dans le cadre d'une action de *follow-on* suite à une violation des règles européennes de concurrence : High Court, 11 avril 2013, *National Grid Electricity Transmission Plc*, (2013) EWHC 822 (Ch).

¹⁰⁹ En application de l'article 12 du règlement 1/2003.

¹¹⁰ Rapport HL, préc., § 153-157.

¹¹¹ Art. 8 de l'Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence du 17 mai 2013.

¹¹² Art. 7.

Royaume-Uni devra impérativement négocier un accord d'une nouvelle nature et inédit avec l'Union européenne.

25. Conclusion. En définitive, et à condition que des moyens conséquents soient alloués à cet effet, la souveraineté institutionnelle retrouvée permettra aux autorités nationales chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence, d'appliquer la politique de la concurrence (voire la politique industrielle dans des secteurs déterminés), définie par les autorités politiques. À ce titre, il est tout à fait envisageable que les autorités nationales puissent s'écarter de la conception formaliste européenne du droit de la concurrence (bien que cela ait tout de même évolué sous l'influence britannique) pour se recentrer davantage sur une approche par les effets¹¹³.

Néanmoins, la proximité géographique et les réalités économiques qui en découlent ne permettront pas une application cloisonnée des droits de la concurrence. Le droit de la concurrence de l'Union continuera de s'appliquer, parallèlement au droit britannique, aux opérateurs britanniques intervenant dans le marché intérieur. Le risque des pratiques divergentes, l'allongement des délais et des coûts de procédure implique nécessairement que la mise en œuvre du « nouveau » droit de la concurrence britannique s'opère impérativement à la lumière d'une coopération étroite – ce qui est assez paradoxal avec l'idée même du Brexit – entre l'Union européenne et le Royaume-Uni.

¹¹³ Rapport H.L., préc., § 132 ; I. Lianos *e. a.*, « Brexit and Competition Law », *loc. cit.*, § 28 ; F. Souty, « L'impact du Brexit sur le droit et la politique de la concurrence britannique », *loc. cit.*