

POURQUOI L'ACTION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE CONTRE GOOGLE

DEVRAIT INQUIÉTER LES EUROPÉENS

PLUS QUE LES RÉJOUIR ?

Avec l'exemple de Google, **Olivier Fréget** nous fait réfléchir sur le droit de la concurrence. Devenirait-il une machine produisant de l'arbitraire ?

De manière générale, la décision de la nouvelle Commissaire à la Concurrence d'adresser à Google une communication de griefs a été saluée comme le retour en force du droit de la concurrence européen.

Pour autant, voir le ou la Commissaire à la Concurrence, quel qu'il ou elle soit, cumuler la fonction de procureur avec celle de juge devrait continuer de surprendre. Un pas en outre est franchi lorsque la « procureur-juge » annonce publiquement l'envoi d'un acte d'accusation qu'elle a visé et approuvé, tout en prétendant que l'entreprise aura devant elle la possibilité de la convaincre qu'elle s'est éventuellement trompée. Difficile à croire. Personne n'accepte aisément de voir sa position remise en cause surtout lorsqu'elle a été rendue publique.

Sans même préjuger de ce que la Commission reproche à Google, cette mise en accusation publique interroge ainsi nécessairement au regard de nos principes les plus fondamentaux. Il n'en va pas seulement de la présomption d'innocence mais également du droit à un procès équitable et du respect du principe d'égalité des armes.

Par ailleurs, cette médiatisation après 5 années de négociations ne pose-t-elle pas un problème plus fondamental encore quant à la qualité du droit qui sortira de cette procédure ? La durée de cette instruction démontre la grande difficulté qu'a rencontrée la Commission à définir une « théorie du dommage » convaincante alors pourtant qu'il s'agit d'un droit répressif. Si l'infraction était évidente, il lui aurait suffi d'envoyer l'acte

Olivier Fréget



Avocat au Barreau de Paris
Maître de conférence à l'Institut
d'Études Politiques de Paris



d'accusation bien avant. Si elle ne l'est pas, le doute devrait profiter à l'accusé.

Cette médiatisation participe ainsi d'une stratégie d'intimidation à l'égard de l'entreprise américaine. Mais si Google finalement « transige », la décision qui sortira de ce compromis sera forcément imparfaite : elle produira une « norme » imprécise, essentiellement politique, donc difficilement transposable et ayant intégralement échappé au débat judiciaire. À l'inverse, si Google « ne transige pas », la possibilité d'obtenir un renversement de la décision de la Commission sur le fond devant les juridictions de l'Union sera affectée par l'acharnement

de la Commission à défendre l'engagement politique de sa Commissaire.

Est-ce faire en outre injure au tribunal et à la Cour que de constater que le contrôle qu'ils exercent habituellement porte peu sur la plasticité dont peut faire preuve le droit de la concurrence en matière d'article 102, voire pas du tout, sur l'adéquation des injonctions ou engagements à la réalité d'un problème de concurrence ? En sera-t-il différemment dans une affaire dans laquelle la Commission s'est ainsi mise en scène ?

Dans les deux cas, le droit de la concurrence n'en sortira pas gagnant et pas

d'avantage le fonctionnement du marché. Celui-ci a besoin de normes claires préexistant à la condamnation, pas de suivre une vindicte, fut-elle relayée par des députés. Cette affaire rappelle ainsi l'importance qu'il y aurait à ce qu'avant que toute décision de concurrence – engagement ou sanction – ne soit rendue, elle soit revue par un corps indépendant du Commissaire à la Concurrence qui s'interdirait par ailleurs toute communication sur la décision. La qualité du droit s'en trouverait nécessairement améliorée et la publicité d'une mise en accusation pourrait alors apparaître acceptable. Pas en pleine confusion des pouvoirs. ■