



Bruno Lasserre
Président de l'Autorité de la concurrence

**« La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence,
clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace »***

Introduction : la réforme de la régulation de la concurrence, une priorité politique menée tambour battant

1. Une priorité politique

La stimulation de la concurrence figure en bonne place parmi les 300 propositions conçues par la Commission pour la libération de la croissance française (« CLCF »), installée par le Président de la République en août 2007, sous la présidence de Jacques Attali, dans le but de réfléchir aux moyens de dynamiser l'économie française, en levant les contraintes pesant sur sa productivité, sur sa compétitivité et, en définitive, sur sa capacité à créer de la richesse et des emplois.

La concurrence n'est pas, en effet, un objectif en soi, et encore moins un dogme, mais tout simplement un outil permettant à l'Etat d'inciter les entreprises à la vertu, en donnant le meilleur d'elles-mêmes, sous la forme de biens et de services plus variés et de meilleure qualité au meilleur prix. La régulation de la concurrence ne consiste donc en aucun cas à bénir la loi de la jungle, mais au contraire à garantir que la liberté d'entreprendre joue au bénéfice des consommateurs. Il faut par conséquent que l'autorité chargée de cette mission soit forte et efficace.

C'est pourquoi les préconisations de la CLCF ne se sont pas limitées aux moyens de rendre les marchés plus libres. Elles ont aussi visé à mieux les réguler, en rénovant en profondeur un système institutionnel remontant à plus de vingt ans, et caractérisé par une dispersion des compétences et des moyens de plus en plus singulière en Europe, voire dans le monde, que les derniers présidents du Conseil de la concurrence avaient appelé à repenser¹. La recherche d'une plus grande efficacité administrative l'a conduite à proposer quatre axes de réforme, destinés à donner naissance à une autorité indépendante renforcée, constituée autour du Conseil de la concurrence : le transfert du contrôle concurrentiel des concentrations à cette

* Ce texte constitue une mise à jour de celui publié au n° 61 du *Journal des sociétés*

¹ Voir Marie-Dominique Hagelsteen, « *L'organisation française de la concurrence : un modèle qui pourrait être revu* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 1, novembre 2004 / janvier 2005, et Bruno Lasserre, discours prononcé lors du colloque organisé pour le vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 par l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC), « *Vingt ans après* », Paris, 1^{er} décembre 2006

autorité indépendante ; l'intégration en son sein des enquêteurs antitrust ; la création, à son profit, d'une faculté de rendre de sa propre initiative des avis publics sur des questions générales de concurrence et d'adresser des recommandations au Gouvernement ; la possibilité de concentrer ses moyens sur les affaires de pratiques anticoncurrentielles les plus importantes, c'est-à-dire les plus structurantes pour l'économie et les plus préjudiciables aux consommateurs.

2. Une réforme menée tambour battant

a) Une réforme portée par le Président de la République, le Parlement et le Gouvernement

La CLCF a remis son rapport au Président de la République à la fin du mois de janvier 2008². Celui-ci a immédiatement annoncé son accord avec une vaste série de mesures, parmi lesquelles figuraient la modernisation du système institutionnel de régulation de la concurrence et la transformation du Conseil en Autorité de la concurrence dotée d'attributions élargies et de moyens renforcés.

La publication, dans les jours suivants, d'un rapport de l'UFC-Que Choisir faisant état de hausses de prix significatives, en particulier dans le secteur de la distribution, a conduit le Premier Ministre et la ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, Christine Lagarde, à annoncer, dès le 1^{er} février 2008, que cette réforme figurerait au cœur d'un projet de loi de modernisation de l'économie destiné à stimuler la croissance, le pouvoir d'achat et l'emploi, grâce à un vaste ensemble de mesures visant l'aménagement commercial, les rapports entre l'industrie et le commerce, la levée des barrières à l'entrée dans des secteurs tels que la téléphonie mobile, les soldes, etc.

Dans un contexte marqué par le besoin de créer les conditions d'une économie plus créatrice de valeur et d'emplois, la création d'une autorité de la concurrence plus forte et plus efficace est, en définitive, apparue nécessaire pour veiller au respect des nouvelles règles et garantir que la plus grande liberté donnée aux acteurs économiques soit équilibrée par une meilleure régulation, au service des consommateurs. Clef de voûte de l'ordre public économique, comme l'était déjà le Conseil, la nouvelle Autorité a ainsi été conçue pour veiller à ce que la liberté d'entreprendre ne se traduise pas par des abus de marché, mais joue au contraire au bénéfice de la collectivité toute entière.

b) La loi de modernisation de l'économie

Ces annonces ont été concrétisées, dans le projet de loi de modernisation de l'économie (« LME ») déposé aux assemblées dans les semaines suivantes, en vue d'une adoption avant l'été, par une disposition prévoyant d'habiliter le Gouvernement à instaurer une Autorité de la concurrence possédant ses propres moyens d'enquête et habilitée à contrôler les concentrations économiques, ainsi qu'à donner de sa propre initiative des avis sur des

² Voir CLCF, « *Premières propositions sur le pouvoir d'achat* », présentées le 11 octobre 2007, et « *300 décisions pour changer la France* », rapport remis au Président de la République le 23 janvier 2008

questions générales de concurrence. On reconnaît là trois des quatre propositions de la CLCF. La quatrième proposition, qui consistait à permettre à cette Autorité, dotée de moyens humains et budgétaires limités, à se concentrer sur les dossiers d'importance majeure pour l'économie et les consommateurs, n'a en revanche pas été retenue.

Ce texte, pour lequel le Gouvernement a obtenu l'urgence, a été voté en très peu de temps, puisque six mois à peine se sont écoulés entre sa présentation en Conseil des ministres et sa publication au *Journal officiel* de la République française, le 4 août 2008³, alors même que le Parlement en a radicalement changé l'économie. A l'initiative de la commission spéciale de modernisation de l'économie constituée par le Sénat sous la présidence de Gérard Larcher, de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale, présidée par Patrick Ollier, et des rapporteurs des deux assemblées, le député Jean-Paul Charié et la sénatrice Elisabeth Lamure, les parlementaires ont en effet décidé d'intégrer dans la loi elle-même les deux mesures phares de la réforme : la transformation du Conseil en Autorité renforcée et le transfert à cette institution indépendante du contrôle des concentrations économiques. Cette nouvelle ligne de partage entre la loi et l'ordonnance, imposée à leurs yeux par les liens naturels entre les volets institutionnels et matériels de la réforme, a reçu l'accord du Gouvernement, puisque la rédaction des nouvelles dispositions était déjà largement avancée.

Il faut la saluer, car elle a abouti à souligner l'importance politique de la réforme et à en accroître la visibilité. Mais cette initiative a aussi aidé à séquencer la réécriture du livre IV du code de commerce, en sécurisant dans un premier temps le « design » institutionnel de la nouvelle Autorité et la nouvelle architecture du contrôle des concentrations. Cela a permis au Gouvernement de se concentrer, tout au long des mois suivants, sur la modernisation du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. D'un point de vue technique, cette question était en effet particulièrement délicate, puisque le maintien d'un guichet ministériel chargé d'animer la concurrence dans les territoires et de faire un premier tri parmi les indices de pratiques anticoncurrentielles détectés au niveau local imposait de prévoir de nouveaux mécanismes d'articulation avec l'Autorité investie de la mission de réguler la concurrence au niveau national.

c) L'ordonnance de modernisation de la régulation de la concurrence et les décrets d'application

Les autres étapes de la réforme ont été menées à bien tout aussi rapidement. L'ordonnance portant modernisation de la régulation de la concurrence a été publiée au *Journal officiel* le 14 novembre 2008⁴, au terme d'un processus marqué notamment par la consultation du Conseil de la concurrence⁵, en avril 2008, puis de la place juridique, à l'été.

³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

⁴ Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence

⁵ Avis n° 08-A-05 du Conseil de la concurrence du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence

Les grands équilibres de ce texte, présenté en Conseil des ministres le 12 novembre par le secrétaire d'Etat chargé de l'Industrie et de la Consommation, porte-parole du Gouvernement, Luc Chatel, ont ensuite été dévoilés par Christine Lagarde au public lors de la journée européenne de la concurrence, organisée dans le cadre de la Présidence française du Conseil de l'Union européenne au Musée du Louvre, le 17 novembre 2008.

La ministre a confirmé, à cette occasion, que tous les projets de décrets prévus par la LME – sur la représentation en justice de l'Autorité par son président ou sur les modalités d'intervention de son conseiller auditeur notamment – et par l'ordonnance – sur la prise en charge des enquêtes de concurrence ministérielles par le rapporteur général de l'Autorité, sur le secret des affaires, sur les modalités de publication des décisions, etc. – seraient transmis au Conseil d'Etat pour examen avant la fin de l'année.

d) Le renforcement des moyens de l'Autorité

Cet ensemble de textes, à présent en cours de finalisation, n'est qu'un des aspects d'une réforme qui en comprend beaucoup d'autres. Comme l'ont relevé les parlementaires, au premier chef les rapporteurs de l'Assemblée nationale et du Sénat – le député Jean-Paul Charié et la sénatrice Elisabeth Lamure –, la mise en place d'une régulation de la concurrence plus moderne, plus forte et plus efficace serait restée lettre morte si les moyens de la concrétiser n'avaient pas été assurés à l'Autorité de la concurrence.

Or, les comparaisons internationales pouvant être faites indiquaient que le Conseil était doté d'effectifs et de moyens très inférieurs à ceux des autorités de la concurrence appelées à surveiller des marchés comparables au nôtre, en termes d'étendue géographique, de tissu économique et de population (Allemagne, Espagne, Grande-Bretagne, Italie, etc.). Le transfert de compétences antérieurement exercées par les services du ministre chargé de l'économie (concentrations économiques, enquêtes nationales de concurrence) et la création d'attributions nouvelles (avis d'initiative, contrôle des concentrations renforcé dans le secteur du commerce de détail et dans les départements d'outre-mer, etc.) auraient encore aggravé cette situation.

Ce constat a conduit le Gouvernement et le Parlement à renforcer sensiblement les moyens de l'Autorité, en les rapprochant de ceux des institutions étrangères comparables. Ce sont en définitive 60 nouveaux emplois à temps plein qui devraient lui être transférés en année pleine – et 48 pendant l'année de transition que constitue 2009⁶. L'effectif total s'établira donc autour de 190 emplois.

Le budget affecté à la régulation de la concurrence a pour sa part été rapproché de celui des autorités de régulation sectorielles (l'ARCEP, la CRE, etc.), tout en demeurant plus modeste, en dépit du caractère transversal de la mission de l'Autorité, en raison du contexte budgétaire extrêmement serré. Cette évolution marque elle aussi la priorité accordée par l'ensemble des pouvoirs publics à la mise en œuvre rapide et effective de la réforme.

⁶ Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009

e) L'installation de l'Autorité et l'entrée en vigueur de la réforme

L'installation de l'Autorité par Christine Lagarde, en présence de la place juridique et économique toute entière, a été fixée au 13 janvier 2009, soit moins d'un an après le lancement de la réforme.

Comme prévu par l'ordonnance⁷, c'est à la date de la première réunion du collège, qui demeure composé de 17 membres mais comptera un vice-président supplémentaire, qu'ont été fixés à la fois le transfert de compétences à l'Autorité, mais aussi la ligne de partage des eaux entre l'application de l'ordre juridique issu de la réforme et le régime antérieur. Le transfert effectif de compétences entre le Conseil et le ministre chargé de l'économie d'une part, et l'Autorité d'autre part, a donc été retardé par rapport à ce qu'avait initialement prévu le Parlement, qui l'avait fixé au 1^{er} janvier 2009 au plus tard⁸. Ce point n'a pas posé de difficultés juridiques particulières, puisque le Gouvernement, habilité par le Parlement à intervenir par ordonnance dans le domaine de la loi elle-même, n'a manifestement pas entendu revenir sur ce qu'avait décidé la représentation nationale, mais seulement assurer la continuité institutionnelle jusqu'à ce que les étapes ultérieures du processus – finalisation des décrets et des nominations – aient été réglés.

S'agissant de l'application des nouvelles dispositions aux affaires en cours, il a été prévu⁹ que le ministre chargé de l'économie assurerait jusqu'à son terme l'examen de l'ensemble des opérations de concentration déjà notifiées à la date de la première réunion de l'Autorité, les notifications postérieures étant en revanche à adresser à cette dernière. En matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité s'est substituée au Conseil pour examiner, selon les règles antérieures à la réforme, les affaires dont l'instruction contradictoire avait déjà été lancée, par l'envoi d'une notification de griefs, à la date de sa première réunion, les autres affaires basculant en revanche dans le nouveau régime.

C'est donc, dans les deux cas, le choix, simple et logique, de l'unité de traitement qui a prévalu. Cette organisation étant expressément limitée aux règles d'examen des affaires, elle ne vaut pas pour des règles telles que celles permettant à l'Autorité de se pourvoir en cassation, qui ont vocation à s'appliquer immédiatement à toutes les affaires, ou des nouvelles dispositions de fond ou de procédure, par exemple en matière de prescription, dont l'application est encadrée par les principes généraux du droit.

I. La transformation du Conseil en Autorité : vers une autorité indépendante plus visible, plus forte et plus efficace

La réforme est fondée sur le renforcement de l'Autorité chargée d'assurer la régulation concurrentielle des marchés, en veillant au respect du droit de la concurrence sur l'ensemble

⁷ Article 5 de l'ordonnance

⁸ Articles 95 et 96 de la LME

⁹ III de l'article 5 de l'ordonnance

du territoire et en définissant une véritable politique de mise en œuvre (1), ainsi que sur le renforcement de l'équilibre prévu pour assurer les droits des entreprises (2).

1. Une autorité indépendante renforcée

La réforme procède à un quadruple renforcement de l'Autorité. Elle reprend à cette fin des solutions dégagées par la jurisprudence intervenue depuis la création du Conseil ainsi, par une sorte de clin d'œil historique, que des propositions qui figuraient déjà dans le rapport que le groupe de travail présidé par Jean Donnedieu de Vabres avait remis à Edouard Balladur dans le cadre de la préparation de l'ordonnance de 1986¹⁰. En outre, elle fait fruit de solutions retenues depuis 1986 par le législateur pour d'autres autorités de régulation économique.

a) La clarification de la nature et du statut de l'Autorité

En premier lieu, la LME intègre au livre IV du code de commerce la jurisprudence – du Conseil constitutionnel d'abord, de la cour d'appel de Paris ensuite – qui avait tranché le débat sur la nature juridique du Conseil, en rappelant que l'Autorité est une autorité administrative, d'une part, et indépendante, d'autre part¹¹.

Cette consécration ne modifie naturellement rien au fait que certains aspects fondamentaux du fonctionnement de cette autorité, lorsqu'elle se trouve conduite à intervenir dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur le prononcé de sanctions à l'encontre d'entreprises, en raison d'infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles, sont marqués au coin des principes du procès équitable.

Simplement, le code de commerce rappelle que ces garanties n'aboutissent nullement à en faire une juridiction, ou, pour reprendre un terme fréquemment employé, mais rarement expliqué, une « quasi-juridiction ». Il faut au contraire se souvenir que le législateur a fait le choix, en 1986, de dépenaliser très largement le droit de la concurrence et d'en confier la surveillance à une autorité administrative indépendante spécialisée, à laquelle il a confié de nombreuses attributions, qui incluent effectivement la sanction, mais ne s'y limitent pas.

La LME marque d'ailleurs l'aboutissement de ce processus. Elle complète en effet la « boîte à outils » de l'Autorité, qui avait déjà été élargie à plusieurs reprises – en dernier lieu avec la faculté d'accepter et de rendre obligatoires des engagements volontairement présentés par des entreprises à la suite d'une évaluation préliminaire de l'Autorité. Le contrôle préalable des projets de concentrations économiques¹² et la faculté de prendre l'initiative de publier des avis publics sur des questions générales de concurrence ou de formuler des recommandations au

¹⁰ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, codifiée aux articles L. 410-1 à L. 470-7 du code de commerce

¹¹ I de l'article L. 461-1 du code de commerce

¹² Articles L. 430-1 à L. 430-10 du code de commerce

Gouvernement sur le fonctionnement concurrentiel des marchés¹³ sont les plus visibles d'entre ces nouvelles attributions, mais la LME en compte bien d'autres : pouvoir de traiter les cas d'abus de position dominante rattachables à une concentration¹⁴, devoir de veiller à l'exécution de ses décisions¹⁵, faculté de poursuivre une instruction d'office en cas de désistement du plaignant¹⁶, possibilité de traiter les cas d'obstruction à l'instruction¹⁷, etc.

b) La consécration de la mission de l'Autorité

En deuxième lieu, le livre IV du code de commerce fait désormais explicitement état de la mission confiée à l'Autorité¹⁸. Naturellement, il tire aussi les conséquences de l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003¹⁹, en faisant référence au concours apporté par l'Autorité au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international. Cette formule, calquée sur celles retenues pour d'autres autorités administratives, doit s'entendre comme couvrant à la fois la participation de l'Autorité au REC, en tant qu'ANC française, et ses autres activités internationales, qu'il s'agisse de contribuer aux travaux de l'OCDE ou du réseau international de la concurrence (« ICN »), ou de mener des coopérations bilatérales.

Elle se traduit, en pratique, par un renforcement des attributions de l'Autorité en matière de coopération européenne et internationale : à la faculté de conclure des accords et d'appliquer le droit communautaire dans l'hypothèse où des pratiques anticoncurrentielles affectent les échanges entre les Etats membres de l'Union européenne²⁰ s'ajoute ainsi, notamment, le pouvoir d'assister la Commission européenne²¹ dans le cadre d'enquêtes effectuées sur le territoire national en vertu du règlement n° 1/2003.

c) L'insertion de l'Autorité dans le paysage institutionnel

En troisième lieu, la LME prévoit un ensemble de mécanismes destinés à assurer un dialogue plus régulier et plus riche entre l'Autorité et la représentation nationale. Cette évolution, que le Conseil avait souhaitée dans le cadre du débat relatif à la LME, est extrêmement bienvenue, dans la mesure où la responsabilité (« *accountability* ») est la contrepartie naturelle de l'indépendance.

¹³ Article L. 430-9 du code de commerce

¹⁴ Article L. 462-4 du code de commerce

¹⁵ Article L. 464-8 du code de commerce

¹⁶ Article L. 462-8 du code de commerce

¹⁷ V de l'article L. 464-2 du code de commerce

¹⁸ I de l'article L. 461-1 du code de commerce

¹⁹ Règlement n° 1/2003 du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE

²⁰ Article L. 470-6 du code de commerce

²¹ I de l'article L. 450-1 du code de commerce

D'abord, comme cela avait déjà été évoqué²², et par anticipation sur la récente réforme constitutionnelle, la procédure de nomination du président de l'Autorité, choisi pour ses compétences juridiques et économiques, prévoit désormais l'intervention des deux assemblées, sous la forme d'un avis public rendu par les commissions compétentes en matière de concurrence au terme d'une audition du candidat proposé par le Gouvernement²³.

Ensuite, l'Autorité présentera désormais son rapport annuel au Parlement et au Gouvernement – et non plus au seul ministre chargé de l'économie²⁴.

Enfin, elle pourra aussi dialoguer avec les commissions parlementaires compétentes en matière de concurrence²⁵ et présenter son bilan et ses perspectives au Parlement chaque année²⁶, mécanismes qui lui permettront de « porter » les messages de la politique de la concurrence au cœur du débat législatif.

d) L'achèvement de la séparation des fonctions d'instruction et de décision

En quatrième et dernier lieu, la LME parachève, de deux manières, la séparation des fonctions d'instruction et de décision assurée, dans le cadre des procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de déboucher sur des sanctions, depuis la loi relatives aux nouvelles régulations économiques de 2001²⁷.

D'abord, elle formalise l'existence des services d'instruction de l'Autorité, placés sous la direction du rapporteur général²⁸. Ensuite, elle transfère à celui-ci une série de tâches qui étaient restées entre les mains du collège ou du président en 2001, mais dont le rattachement à la conduite de la procédure d'instruction pouvait aussi être envisagé (demandes de saisine d'office²⁹, gestion des secrets d'affaires³⁰, prorogation des délais impartis pour répondre à la notification des griefs ou au rapport³¹, déclenchement de la procédure simplifiée³², etc.).

Il faut se féliciter que le législateur ait optimisé cet équilibre, qui s'inspire des principes énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés

²² Voir Bruno Lasserre, « *Quel statut et quels moyens pour l'autorité de la concurrence ? L'âge des projets* », discours prononcé lors de la journée organisée par La Lettre des juristes d'affaires et la Revue Lamy de la Concurrence à l'occasion du 20^{ème} anniversaire du Conseil de la concurrence, Paris, 15 mars 2007

²³ II de l'article L. 461-1 du code de commerce

²⁴ Article L. 461-5 du code de commerce

²⁵ Article L. 461-5 du code de commerce

²⁶ Article L. 461-5 du code de commerce

²⁷ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

²⁸ Article L. 461-4 du code de commerce

²⁹ III de l'article L. 462-5 du code de commerce

³⁰ Article L. 463-4 du code de commerce

³¹ Article L. 463-2 du code de commerce

³² Article L. 463-3 du code de commerce

fondamentales (« CEDH ») à propos de l'organisation des tribunaux judiciaires, et qui est également pratiquée par quelques unes – finalement assez rares – des vingt-sept autres autorités nationales de la concurrence (« ANC ») membres du réseau européen de la concurrence (« REC »). En effet, la séparation fonctionnelle assurée entre les pouvoirs administratifs d'instruction et de décision a beaucoup contribué à asseoir la légitimité et la qualité des décisions de sanction prononcées par le Conseil, en garantissant systématiquement aux entreprises le bénéfice d'un système de « *checks and balances* » internes et en assurant une dialectique fructueuse entre les services d'instruction et le collège.

2. Un renforcement institutionnel équilibré par un renforcement des droits des entreprises

a) Le maintien de l'équilibre atteint entre l'efficacité administrative et la garantie des droits des entreprises

Le renforcement de l'efficacité de l'action de l'Etat en matière de régulation de la concurrence a pour pendant un renforcement des droits des entreprises. Ce renforcement n'est pas destiné à pallier une quelconque insuffisance du système issu de l'ordonnance de 1986, mais se fonde sur la volonté de préserver, dans le nouveau schéma institutionnel, l'équilibre réalisé dans le cadre de l'organisation antérieure.

Celle-ci se caractérisait déjà, on le sait, par un degré de sophistication sans égal, comme en atteste une comparaison avec les schémas en vigueur dans les pays comparables.

D'une part, comme évoqué précédemment, le principe de séparation des fonctions administratives d'instruction et de décision, dégagé par la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris, constituait depuis 2001 la pierre angulaire de l'organisation et du fonctionnement du Conseil dans tous les cas où celui-ci était amené à incriminer et à sanctionner une entreprise ayant participé à une pratique anticoncurrentielle. Les services d'instruction, placés sous la direction du rapporteur général, ne participaient ni même n'assistaient en aucun cas au délibéré³³, tandis que le collège, qui n'intervenait à aucun titre dans l'instruction, se prononçait en toute indépendance sur les griefs imputés aux entreprises mises en cause.

Ce double regard, qui ne se retrouve dans aucune des principales autorités nationales de la concurrence européennes (*Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato* italienne, *BundesKartellamt* allemand, *Office of Fair Trading* britannique, etc.), à l'exception notable de la *Comision Nacional de la Competencia* espagnole (elle-même issue d'une précédente autorité très inspirée du Conseil français...), se manifestait de manière extrêmement tangible. Les statistiques récentes indiquent en effet que, pendant les dernières années du Conseil, le collège s'est séparé de l'analyse des services d'instruction, que ce soit en totalité ou en partie (sur la réalité d'un grief, sur son imputation à une entreprise, etc.), dans environ 45 % des affaires portées devant lui.

D'autre part, la procédure de contrôle des pratiques anticoncurrentielles se caractérisait, de façon systématique, par un double degré de contradictoire écrit, les entreprises mises en cause et les plaignants ayant chacun la possibilité de faire valoir leurs observations sur les griefs

³³ Article L. 463-7 du code de commerce

notifiés aussi bien que sur le rapport³⁴, et par un contradictoire oral à l'occasion d'une séance permettant à toutes les parties de faire valoir leurs arguments devant le collège³⁵. Cet ensemble de garanties procédurales n'a, on s'en souvient, pas empêché le Conseil d'organiser une concertation de grande ampleur avec les avocats du barreau spécialisé, afin de réfléchir en commun aux points sur lesquels il était possible de convenir de bonnes pratiques destinées à assurer, au-delà du code de commerce lui-même, davantage de lisibilité et de prévisibilité sur certains aspects concrets du déroulement de la procédure d'instruction.

Cette organisation et ce fonctionnement ont parfaitement fait leurs preuves. Ils n'ont en effet fait l'objet d'aucune critique sérieuse, la cour d'appel de Paris n'ayant jamais retenu le moindre moyen tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité depuis la mise en place de la séparation des fonctions en 2001, et n'ayant relevé qu'à une seule reprise un manquement au principe du contradictoire, engendré par la rédaction insuffisamment précise d'un grief.

L'organisation et le fonctionnement de l'Autorité sont donc naturellement calqués sur ceux du Conseil, sous réserve des adaptations destinées à tirer les conséquences du rapprochement entre les activités d'enquête et d'instruction, d'une part, et d'un nombre limité de points sur lesquels une modernisation est apparue opportune, d'autre part.

b) La création d'un conseiller auditeur

Dans ces conditions, c'est par la création d'un conseiller auditeur³⁶ qu'a été parachevé l'équilibre entre les pouvoirs conférés à l'Autorité et les droits reconnus aux entreprises. La LME avait initialement prévu, conformément à l'avis du Conseil de la concurrence du 18 avril 2008, que cette fonction serait exercée par une personne ayant le statut de magistrat³⁷, afin de garantir à la fois l'expertise du conseiller auditeur, à condition bien sûr que la personne nommée possède une expérience solide du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, et surtout son indépendance, vis-à-vis, bien entendu, du collège et des services d'instruction, mais aussi des entreprises et de leurs conseils. Néanmoins, cette exigence a été supprimée par un amendement parlementaire déposé à la faveur du projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, et voté en urgence par l'Assemblée nationale dans la nuit du 8 janvier 2009. Ce texte doit à présent être transmis au Sénat, où il sera discuté d'ici la fin du mois de janvier.

Sur le fond, en dépit d'un intitulé identique à celui retenu par le droit communautaire, la fonction assurée par le conseiller auditeur de l'Autorité est appelée à être sensiblement différente de celle du conseiller auditeur de la Commission européenne. En effet, la séparation des fonctions d'instruction et de décision fait du collège de l'Autorité le juge naturel de la régularité du déroulement de la procédure d'instruction. Dans ces conditions, le conseiller auditeur ne pouvait pas être doté d'un pouvoir de décision individuel indépendant, car celui-ci

³⁴ Articles L. 463-1 et L. 463-2 du code de commerce

³⁵ Article L. 463-7 du code de commerce

³⁶ Article L. 461-4 du code de commerce

³⁷ III de l'article 95 de la LME, modifiant l'article L. 461-4 du code de commerce

aurait constitué une régression pour les entreprises, auxquelles est actuellement garanti le contrôle collégial de la section chargée de traiter l'affaire.

De ce fait, son positionnement est celui d'un expert procédural, accessible aux entreprises mises en cause ou saisissantes en cas de contestations relatives au déroulement de la procédure d'instruction contradictoire prévue par les articles L. 463-1 à L. 463-4 du code de commerce, et disponible pour aider à désamorcer ou à résoudre d'éventuelles difficultés « au fil de l'eau ». Sa création vise donc à aider à remédier à d'éventuels problèmes en amont, sans avoir à attendre la séance, à l'issue de laquelle le collège n'a pas d'autre choix que de valider la procédure ou de sanctionner une irrégularité, selon le cas, par la mise hors de cause d'une entreprise, par le renvoi total ou partiel du dossier à l'instruction ou par le non lieu total ou partiel.

L'intervention du conseiller auditeur donnera lieu, au terme de l'instruction, à un rapport adressé au président de l'Autorité et destiné à permettre à la section appelée à trancher l'affaire de disposer d'un point de vue autonome sur le déroulement de la procédure, à charge pour elle d'en apprécier la régularité et de se prononcer collégalement à cet égard.

c) La réforme du contentieux des opérations de visites et de saisies

La réforme a également donné l'occasion de rénover le régime du contentieux des opérations de visites et de saisies à la lumière du jugement porté par la Cour européenne des droits de l'Homme sur la conformité du contentieux des visites domiciliaires prévues par le droit français en matière fiscale³⁸. En effet, bien que le régime mis en place par le livre IV du code de commerce soit assez différent de celui prévu en ce domaine et que ses fondements n'aient jamais été remis en cause, le Gouvernement a jugé opportun de mener une réflexion globale sur la modernisation des différents régimes de perquisitions administratives.

En vertu des nouvelles dispositions³⁹, les contestations relatives aux ordonnances par lesquelles le juge des libertés et de la détention autorise de telles opérations pourront désormais être portées devant le premier président de la cour d'appel territorialement compétente, puis soumises éventuellement à la Cour de cassation. Pour leur part, les contestations concernant le déroulement de ces opérations pourront donner lieu à un recours, également porté devant le premier président de la cour d'appel, avant de pouvoir être soumises au juge suprême.

Cette réforme aboutit par conséquent à soumettre le contentieux des opérations de visites et de saisies intervenant en matière de concurrence à un système de voies de recours *sui generis*, en remplacement de celui prévu en matière pénale, comme c'est déjà le cas pour le contentieux des décisions rendues à l'issue de la procédure par l'Autorité de la concurrence, qui est porté en première instance devant la cour d'appel de Paris, puis devant la Cour de cassation. Elle permettra aux entreprises d'accéder à un juge compétent pour se prononcer sur le fond, et non

³⁸ Arrêt de la CEDH du 21 février 2008, Ravon e.a. / France

³⁹ Article L. 450-4 du code de commerce

plus seulement sur les questions de droit soulevées par l'autorisation ou le déroulement des perquisitions.

En revanche, la réforme ne modifie pas le référentiel des perquisitions, qui demeure le code de procédure pénale. Ce choix, différent de celui effectué par le législateur en matière fiscale et douanière, se conçoit dans la mesure où le caractère répressif du droit de la concurrence est nettement plus marqué que ces matières.

Enfin, l'équilibre entre les impératifs liés à la détection des infractions au droit de la concurrence et les droits des entreprises susceptibles d'être poursuivies est renforcé, la faculté des entreprises de faire appel à un conseil pendant le déroulement des opérations étant expressément garantie par le livre IV du code de commerce⁴⁰.

II. Le nouveau contrôle des concentrations

Mis bout à bout, les changements institutionnels et de fond résultant de la LME et de l'ordonnance modifient sensiblement le visage de l'Autorité par rapport à celui du Conseil. Mais l'élément emblématique de la réforme est bien la transformation de fond en comble intervenue en matière de contrôle des concentrations économiques.

L'axe de cette transformation est la recherche d'un meilleur partage des rôles entre l'autorité indépendante spécialisée dans la régulation de la concurrence et le pouvoir exécutif, qui détient la maîtrise de toute la palette des politiques publiques et garantit en définitive l'intérêt général. La nouvelle ligne de partage s'inspire de celle proposée au politique par la CLCF en vue de rapprocher la France du standard international, tel qu'il est synthétisé par l'OCDE et pratiqué, sous des modalités naturellement susceptibles de varier, par nombre d'Etats membres de l'Union européenne (Espagne, Pays-Bas, Portugal, Royaume Uni, etc.) : c'est à l'autorité indépendante de la concurrence que revient la mission d'effectuer le contrôle concurrentiel de l'ensemble des opérations de concentration notifiables, tandis que le représentant du pouvoir exécutif peut « reprendre la main » dans les cas stratégiques, en prenant une décision fondée sur des considérations d'intérêt général extérieures à la concurrence⁴¹.

La création d'un guichet unique chargé du contrôle des concentrations (1) s'accompagne donc de la mise en place d'un dispositif permettant au politique d'intervenir en cas de fusion stratégique (2)

1. Un guichet unique pour le contrôle des concentrations économiques

⁴⁰ Article L. 450-4 du code de commerce

⁴¹ Voir Fabien Zivy, « *Quel système institutionnel pour la régulation de la concurrence ? Un portrait de famille européen* », *Concurrences*, n° 4-2007, novembre 2007

Les dispositions issues de la LME prévoient un traitement intégré de A à Z, avec un interlocuteur unique pour les entreprises, du contrôle concurrentiel des concentrations.

a) L'intégration des deux temps de la procédure de contrôle

En premier lieu, l'équilibre antérieur entre les deux temps de la procédure de contrôle (dits phase 1 et phase 2) est intégralement préservé. Le président est habilité à statuer seul sur les opérations ne posant pas de difficultés de concurrence impossibles à résoudre dans le cadre d'un examen rapide⁴², au besoin en convenant d'engagements avec les entreprises concernées⁴³. Cette faculté n'exclut naturellement pas une certaine forme de collégialité : l'Autorité de la concurrence étant une autorité administrative indépendante, et non une juridiction, on peut tout à fait concevoir que la décision soit précédée par un partage de diagnostics avec d'autres membres du collège, comme indiqué précédemment⁴⁴.

Pour leur part, les opérations soulevant des difficultés ne pouvant être résolues dans ce cadre allégé continueront, comme par le passé et conformément aux meilleures pratiques internationales, à donner lieu à l'ouverture d'une phase d'examen approfondi⁴⁵, dans le cours de laquelle les parties pourront faire valoir leurs arguments non seulement devant les services, mais aussi directement devant la formation collégiale appelée à décider⁴⁶.

Enfin, il est à relever que le ministre chargé de l'économie dispose désormais de la faculté de demander à l'Autorité d'ouvrir une phase 2 dans un délai de 5 jours ouvrables à compter de la date à laquelle il a reçu notification de la décision autorisant une opération de concentration avec ou sans engagements au terme de la phase 1⁴⁷. Naturellement, la loi n'impose pas à l'Autorité de réserver une suite favorable à cette demande, dans la mesure où une telle exigence aurait été manifestement incompatible avec l'indépendance garantie par le code de commerce.

b) La restructuration intégrale de la phase d'examen approfondi

En deuxième lieu, la phase 2 est restructurée de fond en comble, tout en préservant les aspects de l'ancien système qui avaient fait leurs preuves, à commencer par une procédure assurant un échange contradictoire par écrit avec les services d'instruction, puis une discussion en séance devant le collège.

⁴² Articles L. 430-5 et L. 461-3 du code de commerce

⁴³ II de l'article L. 430-5 du code de commerce

⁴⁴ Voir Bruno Lasserre, « *Vers un contrôle indépendant des concentrations économiques* », Revue Lamy de la Concurrence, n° 17, octobre / décembre 2008

⁴⁵ III de l'article L. 430-5 et article L. 430-6 du code de commerce

⁴⁶ Article L. 430-6 du code de commerce

⁴⁷ I de l'article L. 430-7-1 du code de commerce

C'est donc essentiellement la disparition de ce que de nombreux praticiens décrivaient comme une véritable « phase 3 » qui doit retenir l'attention. Les entreprises n'auront désormais plus qu'un seul effort de conviction à faire, en discutant avec l'Autorité de la concurrence de l'impact concurrentiel du projet de concentration en cause. Cet échange devra naturellement porter sur tous les aspects de l'affaire, y compris les remèdes éventuellement envisagés.

Compte tenu des gains d'efficacité permis par cette intégration, le délai d'examen imparté à l'Autorité est réduit à 65 jours ouvrables⁴⁸ à compter de l'ouverture de la phase 2, à comparer aux quatre mois (soit environ 90 jours ouvrables) prévus par le système antérieur.

c) Le recentrage du contrôle sur l'impact concurrentiel des opérations de concentration

En troisième lieu, le traitement des cas devient plus homogène et plus cohérent, pour deux raisons.

D'une part, le test à effectuer par l'Autorité dans le cadre de son examen approfondi gagne en unité, puisque les éléments d'appréciation extérieurs à l'analyse concurrentielle en sont expurgés pour être transférés vers l'éventuelle phase d'intérêt général susceptible d'être déclenchée par le ministre chargé de l'économie⁴⁹.

D'autre part, l'obligation de vérifier si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser (le cas échéant) l'atteinte causée à la concurrence a été maintenue⁵⁰, à la différence de la référence au progrès social qui figurait antérieurement dans le texte. Délestée de ce second volet, la notion de contribution au progrès économique est à rapprocher de la notion analogue figurant, notamment, dans le texte de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE. On sait que cette notion, autrefois fort largement interprétée, est à présent recentrée sur les gains d'efficacité, comme en attestent l'analyse qu'en fait la Commission européenne⁵¹ ou la jurisprudence récente des cours européennes⁵². On peut donc y voir, en droit français des concentrations, une incitation faite par le législateur à l'Autorité à ne pas hésiter à s'engager encore davantage dans l'examen des gains d'efficacité lorsque les parties à un projet de concentration en font état, éléments de démonstration convaincants à l'appui.

Pour cette raison notamment, l'analyse économique et économétrique sera au cœur du travail de l'Autorité – ce qui est naturel, dans un domaine dont le standard ultime est le bien-être des

⁴⁸ I de l'article L. 430-7 du code de commerce

⁴⁹ II de l'article L. 430-7-1 du code de commerce

⁵⁰ Article L. 430-6 du code de commerce

⁵¹ Communication de la Commission européenne n° 2004/C 101/08 du 27 avril 2004 portant lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE

⁵² Arrêt du Tribunal de première instance du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services / Commission, aff. T-168/01

consommateurs⁵³ ! Les services d'instruction devraient donc comprendre une équipe dédiée aux concentrations, qui sera affectée aux procédures de bout en bout, mais pourra bénéficier du renfort possible de rapporteurs issus des services antitrust pour les phases 2. En effet, celles-ci sont par nature plus lourdes et leur l'analyse peut gagner à intégrer des regards plus horizontaux ou, au contraire, plus au fait du secteur économique en cause. L'équipe du chef économiste aura naturellement vocation, en ce domaine comme en d'autres, à participer elle aussi à cet échange de diagnostics dont la solidité et la cohérence de la décision finale sortiront évidemment gagnantes.

d) La recherche de gains d'efficacité procédurales

Au-delà des progrès assurés par le nouveau dispositif et par la nouvelle organisation de l'Autorité qu'il appelle, l'intégration des équipes au sein d'une autorité unique devrait aider à concrétiser davantage les bénéfices inhérents à la procédure en deux temps prévue par le livre IV du code de commerce. Celle-ci pourra, au premier chef, être utilisée plus clairement comme un moyen de différencier les affaires, en autorisant encore plus rapidement tout ce qui peut l'être, par exemple en faisant des décisions plus ciblées, et en n'ouvrant la phase 2 que quand c'est la meilleure solution.

Cela suppose, naturellement, que les entreprises acceptent la contrepartie inhérente à cette valorisation du facteur temps : l'acceptation rapide de l'opération ne permet a priori pas d'avoir une décision aussi longuement motivée sur la définition du marché pertinent, sur les risques de chevauchements, sur les raisons pour lesquelles il n'y a en fin de compte pas de risque d'atteinte à la concurrence, etc. que dans l'hypothèse d'une décision prise au terme d'un examen approfondi. Les décisions ayant valeur de précédent devraient donc, dans l'intérêt des entreprises notifiantes et de l'efficacité administrative, être réservées aux affaires dans lesquelles elles sont vraiment nécessaires. Des autorisations rédigées de façon plus ramassée, mais bien entendu expresses, sauf circonstances particulières, pourraient donc être envisagées plus fréquemment.

Il faut cependant se garder de conclure que l'existence d'un problème de concurrence entraînera en soi l'ouverture d'une phase d'examen approfondi. La nouvelle rédaction du code de commerce continue au contraire à permettre aux entreprises de proposer des engagements dès le premier jour de la phase 1⁵⁴, et les aide à les négocier en leur permettant notamment de demander une suspension du délai d'examen, pour une période d'une durée maximale de 15 jours, mais susceptible d'être fractionnée, afin de les finaliser⁵⁵. On ne peut qu'inciter les entreprises à faire fruit des potentialités nouvelles que leur offre le code de commerce. Il pourrait paraître tentant, à première vue, de continuer à opter pour une tactique consistant à proposer « trop peu, trop tard ». Mais si une telle démarche débouche en définitive sur l'ouverture de la phase d'examen approfondi parce que le délai imparti par l'article L. 430-5 du code de commerce n'a pas permis à l'Autorité de lever l'ensemble des doutes sérieux

⁵³ Voir Bruno Lasserre, « *Le bien-être des consommateurs et l'efficacité économique, nouveaux principes directeurs de la politique de la concurrence* », discours prononcé lors de la 13^{ème} conférence internationale sur la concurrence et de la 14^{ème} journée européenne de la concurrence, Munich, 25-27 mars 2007

⁵⁴ II de l'article L. 430-5 du code de commerce

⁵⁵ II de l'article L. 430-5 du code de commerce

d'atteinte à la concurrence soulevés par le projet, l'objectif de la loi, qui consistait à créer des mécanismes permettant d'accélérer les procédures dans l'intérêt de la vie des affaires et de l'efficacité administrative, ne sera pas atteint. Le mécanisme d'arrêt des pendules à l'initiative des parties, prévu en phase 1⁵⁶ aussi bien qu'en phase 2⁵⁷, s'inscrit dans le même esprit, à la différence de celui pouvant être activé par l'Autorité en cas d'absence de coopération des parties à la notification.

2. Un espace stratégique retrouvé pour le politique

a) La faculté d'évocation ministérielle en cas de concentration stratégique pour le pays

Par rapport au système antérieur, qui conduisait les services du ministre chargé de l'économie à refaire le bilan concurrentiel préalablement effectué par l'autorité spécialisée, d'une part, et les empêchait d'assurer la conciliation entre l'objectif de protection de la concurrence et d'autres considérations d'intérêt général, d'autre part, l'architecture issue de la LME a gagné en clarté. A l'issue du bilan concurrentiel effectué par l'Autorité au terme de la phase 2, le ministre pourra en effet, dans un délai global ne pouvant excéder 25 jours ouvrables⁵⁸, décider d'évoquer l'affaire et de statuer sur une opération de concentration pour des motifs d'intérêt général extérieurs à la concurrence.

Cette phase d'intérêt général susceptible de se greffer sur la procédure de contrôle des concentrations ne doit pas être considérée comme une nouvelle forme de phase 3, et cela pour plus plusieurs raisons.

Tout d'abord, elle devrait être extrêmement rare. Les parlementaires ont en effet rappelé, pendant les débats relatifs au projet de LME⁵⁹, qu'elle était conçue comme un dispositif d'exception, ayant vocation à être mis en œuvre dans les cas – par nature peu fréquents – où un projet de concentration a des implications stratégiques pour le pays. Christine Lagarde a également confirmé que ce pouvoir d'évocation devrait être limité à des hypothèses vraiment exceptionnelles.

Ensuite, et sans doute cet élément qualitatif est-il plus déterminant encore, la LME prévoit expressément que cette intervention ne peut pas conduire le ministre à revenir sur l'analyse concurrentielle effectuée par l'Autorité. En effet, les motifs d'intérêt général qui lui permettent « d'évoquer l'affaire et de statuer sur l'opération en cause » excluent expressément le maintien de la concurrence. Autrement dit, l'analyse concurrentielle ne peut ni justifier l'évocation de l'affaire, ni surtout fonder la décision du ministre. Sous réserve de cette exclusion, ces motifs ne sont pas limités à ceux qu'énumère la loi (le développement industriel, la compétitivité des entreprises et le maintien ou le développement de l'emploi). La référence à ces considérations d'intérêt général, qui reprennent celles de la rédaction

⁵⁶ II de l'article L. 430-5 du code de commerce

⁵⁷ II de l'article L. 430-7 du code de commerce

⁵⁸ II de l'article L. 430-7-1 du code de commerce

⁵⁹ Rapport n° 413 du Sénat du 24 juin 2008, fait par M. Laurent Béteille, Mme Elisabeth Lamure et M. Philippe Marini au nom de la commission spéciale de modernisation de l'économie

antérieure du livre IV du code de commerce, s'explique sans doute par le fait qu'elles sont celles auxquelles on peut le plus spontanément penser. Mais d'autres hypothèses sont réservées par l'emploi du terme « notamment ». Cette précaution peut se concevoir, puisque le dispositif d'évocation dans l'intérêt général est destiné à trouver application dans des circonstances exceptionnelles et que le propre de celles-ci est précisément d'être difficiles à anticiper.

b) La portée du bilan ministériel d'intérêt général

Une question reste posée. Dans quel sens ce bilan d'intérêt général jouera-t-il ? Dans son avis du 18 avril 2008, le Conseil de la concurrence avait recommandé de restreindre la faculté d'évocation ministérielle aux seuls cas dans lesquels la décision de l'Autorité est préjudiciable aux entreprises, catégorie incluant à la fois les décisions d'interdiction pure et simple et les décisions d'autorisation sous injonction. En d'autres termes, l'intervention du ministre aurait eu vocation à substituer au « non » ou au « oui mais » de l'Autorité un « oui mais » ou un « oui », et donc à jouer dans un sens favorable aux entreprises, en faisant primer des considérations d'intérêt général telles que la restructuration de l'outil industriel ou l'emploi sur le maintien de la concurrence.

Cette recommandation se fondait sur plusieurs raisons. Tout d'abord, il apparaissait intellectuellement très paradoxal de tenter de greffer sur le contrôle des concentrations, qui s'analyse comme un système d'autorisation préalable exclusivement destiné à vérifier que les projets de fusion ne portent pas atteinte à la concurrence, un dispositif permettant d'interdire une opération qui ne cause en définitive pas préjudice à la concurrence et que l'Autorité a donc, conformément à l'obligation qui pèse sur elle en pareil cas, décidé d'autoriser, au besoin moyennant la prise d'engagements par les entreprises concernées. Ensuite, la possibilité d'interdire des projets de concentration ne comportant aucune espèce de risque pour la concurrence apparaissait difficilement acceptable pour le monde des affaires, et cela d'autant moins que des instruments beaucoup plus drastiques, rapides et efficaces pour l'Exécutif, par exemple le contrôle des investissements étrangers prévu par le code monétaire et financier⁶⁰, existent déjà pour traiter les cas dans lesquels des opérations de concentration sont de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, tels que la sécurité publique ou l'ordre public. Enfin, il apparaissait à tout le moins nécessaire de s'assurer au préalable de la compatibilité du dispositif envisagé avec le droit communautaire, qui ne permet de faire obstacle aux libertés garanties par le traité CE que dans des cas précis, pour des motifs de nature non économique, dans le cadre de dispositions objectives et prévisibles, et de manière proportionnée.

Le texte retenu en définitive permet théoriquement, comme l'ont relevé les parlementaires, au dispositif d'intérêt général de fonctionner dans les deux sens. Ainsi, une opération de concentration interdite par l'Autorité au motif qu'elle porte une atteinte irrémédiable à la concurrence pourra être autorisée par le ministre chargé de l'économie parce qu'il est dans l'intérêt de l'emploi qu'elle le soit, comme c'est possible dans d'autres Etats membres de l'Union européenne. Mais, contrairement à ce qui est le cas dans ces pays, une opération

⁶⁰ Articles L. 151-2 à L. 151-4 du code monétaire et financier

autorisée par l’Autorité sous engagements, voire sans conditions, pourrait aussi être interdite au motif qu’elle est contraire à l’intérêt du pays.

En pratique, il faut toutefois insister sur le fait que le ministre a à sa disposition d’autres outils, mieux ciblés, plus rapides et plus radicaux que celui prévu par l’article L. 430-7-1 du code de commerce, pour prévenir la réalisation d’une fusion portant atteinte aux intérêts essentiels du pays.

Indépendamment de tous ces aspects, ce qu’il faut retenir de la réforme, c’est aussi que le fait de placer le contrôle des concentrations économiques et celui des pratiques anticoncurrentielles sous un seul et même toit permettra à l’Autorité d’avoir une approche cohérente du contrôle des structures et du contrôle des comportements. La pratique suivie dans ces deux domaines devrait donc témoigner d’une unité intellectuelle à tous les stades du raisonnement, de l’analyse des problèmes de concurrence à la détermination des remèdes et au suivi de la décision.

III. Le nouveau contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles est rassemblé sous un même toit (1) et très largement modernisé (2), même si la réforme reste sans doute à parfaire sur certains points, ne serait-ce que pour assurer la pleine lisibilité du nouveau dispositif. La réforme, qui se voulait délibérément et exclusivement politique, n’a en effet pas permis de simplifier la structure du livre IV du code de commerce, qui reste celle issue de la codification de l’ordonnance de 1986 et ne reflète donc pas parfaitement l’unification du système.

1. Un contrôle unifié

Bien que la question de la séparation artificielle des pouvoirs d’enquête et d’instruction ait souvent été mise en avant, il faut se souvenir que la dispersion des compétences organisée par le livre IV du code de commerce en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles affectait bien plus que le seul pouvoir d’investigation. En particulier, le pouvoir décisionnel en cas d’abus rattaché à une concentration et le pouvoir de contrôler la bonne exécution des décisions du Conseil de la concurrence revenaient aux services du ministre chargé de l’économie. Tout cela disparaît avec la première réunion de l’Autorité, l’ensemble des compétences étant intégré dans une même institution afin d’assurer l’efficacité de la régulation de la concurrence.

a) L’intégration des activités d’enquête et d’instruction

C'est donc, en premier lieu, le pouvoir d'effectuer des enquêtes relatives à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles⁶¹ qui est largement transféré à l'Autorité, afin d'intégrer toutes les fonctions au sein d'une chaîne de responsabilité continue et homogène, de la détection des comportements et de la collecte des preuves matérielles sur le terrain à la décision finale et à son suivi.

Cette intégration devrait permettre à l'Autorité d'être informée plus en amont et plus complètement de la matière première des dossiers de pratiques anticoncurrentielles, et donc de construire une stratégie de traitement plus fine des cas.

Les gains d'efficacité attendus de ce changement devraient se concrétiser de deux manières. D'un côté, cela aidera à opter beaucoup plus vite pour des engagements quand le comportement en cause n'a pas encore porté une atteinte significative à la concurrence et que l'entreprise concernée fait des propositions d'engagements pertinentes, crédibles et vérifiables, de nature à répondre aux préoccupations de l'Autorité. De l'autre, dans les hypothèses où le comportement anticoncurrentiel est grave, où la sanction ne peut être évitée, mais où l'accélération de la procédure permettrait d'éviter de prolonger l'incertitude, cela incitera les entreprises à opter plus rapidement pour une stratégie consistant à « tourner la page », en particulier en renonçant à contester les griefs.

b) L'unification du contrôle des pratiques unilatérales

En deuxième lieu, le transfert du pouvoir de traiter les abus liés à une opération de concentration⁶² à l'autorité indépendante obéit à la même logique de cohérence et d'efficacité, puisqu'aucune raison ne justifiait de séparer de façon étanche le traitement de ce type de pratiques et celui des autres abus de position dominante ou de dépendance économique. C'est donc désormais l'Autorité qui statuera sur ces affaires et prendra, s'il y a lieu, la décision d'imposer des remèdes pouvant aller jusqu'à la déconcentration de l'entreprise ayant abusé de sa position dominante, au terme de la procédure d'instruction contradictoire. C'est également elle qui gèrera le contentieux « accessoire » des concentrations, relatif aux cas d'omission de notification, de non respect de l'obligation de suspension, etc., de non respect d'engagements, etc. dans un cadre procédural modernisé et plus soucieux de sécurité juridique, le montant des astreintes étant notamment aligné sur celui des astreintes prévues en droit des pratiques anticoncurrentielles⁶³.

Sans doute la logique de réunification n'a-t-elle cependant pas été menée jusqu'à son terme. On aurait pu imaginer que la réflexion relative au rapprochement des compétences et des outils conduise à supprimer les dispositions spécifiques de l'article L. 430-9 du code de commerce et à clarifier l'article L. 464-2 du même code, en précisant que les injonctions « particulières » pouvant être imposées par l'Autorité, dans le respect du principe de proportionnalité, comprennent aussi bien des mesures de nature conjoncturelle que, quand c'est nécessaire et approprié pour rétablir l'ordre public concurrentiel, des remèdes

⁶¹ I et III de l'article L. 450-1 du code de commerce

⁶² Article L. 430-9 du code de commerce

⁶³ Article L. 430-8 du code de commerce

structurels, à l'image de ce que prévoit le règlement n° 1/2003⁶⁴. La portée de cet éclatement des outils est cependant à relativiser, l'essentiel étant leur réunion dans une seule et même main.

c) L'unification du contrôle et du suivi des décisions

En troisième et dernier lieu, le transfert du contrôle de l'exécution des décisions⁶⁵ est fondamental, puisque l'une des caractéristiques essentielles des ANC, à la différence des juges, c'est qu'elles ne sont pas là pour trancher des cas, mais pour faire fonctionner la concurrence sur les marchés. Leur mission ne cesse pas une fois qu'elles ont qualifié les faits et apporté une réponse au problème en cause. Elles sont aussi compétentes pour effectuer le suivi de l'exécution des injonctions ou des engagements attachés à leurs décisions et, en définitive, pour s'assurer que les solutions pour lesquelles elles ont opté ont eu les conséquences escomptées sur le marché. Le Conseil avait commencé à défricher ce terrain avec son communiqué de procédure sur les engagements⁶⁶, mais l'ordonnance donne à l'Autorité les moyens de s'engager plus largement dans cette voie.

2. *Un contrôle modernisé*

La LME et l'ordonnance ont, sur de nombreux points, cherché à accroître l'efficacité et la transparence des règles prévues par le livre IV du code de commerce.

a) Les lignes directrices de la réforme

Cette recherche s'est traduite, notamment, par une codification des solutions jurisprudentielles dégagées au cours des 22 années de mise en œuvre de l'ordonnance de 1986, par exemple sur l'absence d'effet du désistement d'un plaignant sur la possibilité pour l'Autorité de poursuivre la procédure⁶⁷ ou sur l'interaction entre la prescription pénale et celle prévue en droit de la concurrence⁶⁸.

Mais les enseignements tirés de l'expérience pratique du Conseil ont aussi conduit à moderniser la procédure, à la simplifier, par exemple sur les modalités de déclenchement de la procédure simplifiée⁶⁹ ou sur le traitement des secrets d'affaires⁷⁰, ou à lui donner davantage

⁶⁴ Article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003

⁶⁵ Article L. 464-8 du code de commerce

⁶⁶ Communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 3 avril 2008 relatif aux engagements en matière de concurrence

⁶⁷ Article L. 462-8 du code de commerce

⁶⁸ Article L. 462-7 du code de commerce

⁶⁹ Article L. 463-3 du code de commerce

⁷⁰ Article L. 463-4 du code de commerce

de fluidité, par exemple en rendant l'offre d'engagements facultative pour les entreprises qui renoncent à contester les griefs notifiés par les services d'instruction de l'Autorité⁷¹.

Dans certains cas, les solutions retenues sont assez proches de certaines préconisations faites par le groupe d'experts présidé par Jean Donnedieu de Vabres en 1986, mais non retenues à l'époque. Par exemple, l'ambiguïté sur le champ d'application des pouvoirs d'enquête de l'Autorité est levée, puisqu'il est prévu que les services d'instruction pourront en faire usage non seulement en antitrust, mais aussi, s'il le faut, dans le cadre du contrôle des concentrations, dès lors qu'ils sont autorisés à effectuer « toute enquête nécessaire à l'application des titres II et III du livre IV » du code de commerce⁷². De même – mais c'est la conséquence naturelle du transfert du pouvoir d'enquête des services du ministre chargé de l'économie vers ceux du rapporteur général – l'Autorité pourra lancer ses enquêtes en amont de l'ouverture formelle d'un cas contentieux, puisqu'il résulte des termes mêmes de cette nouvelle rédaction qu'une telle faculté n'est plus limitée aux « affaires dont l'institution est saisie » (ou s'est auto-saisie), comme dans le système antérieur. En pratique, cela permettra au rapporteur général d'intervenir comme pouvaient déjà le faire les services ministériels⁷³, en effectuant des mesures d'investigation sans nécessairement que celles-ci débouchent en fin de compte sur une saisine de l'Autorité.

Au delà, la réforme s'inspire, sur de nombreux points, des dispositifs déjà en place dans d'autres systèmes juridiques ainsi que des meilleures pratiques définies au sein d'organisations telles que l'OCDE ou l'ICN, qu'elle adapte au contexte ou au cadre juridique français. Le règlement n° 1/2003, qui avait codifié en son temps la pratique décisionnelle et la jurisprudence communautaires relatives à la procédure de concurrence, tout en comportant par ailleurs des avancées significatives, a manifestement servi de standard. Par exemple, le dispositif prévu pour permettre un traitement administratif⁷⁴, et non plus nécessairement pénal⁷⁵, des cas d'obstruction, qui met l'Autorité en mesure d'opter pour une solution proportionnée et gradué dans chaque cas, s'inspire visiblement des dispositions prévues par ce règlement⁷⁶. C'est également le cas pour la prescription absolue de dix ans courant à compter de la cessation d'une pratique anticoncurrentielle⁷⁷.

Mais d'autres corpus juridiques, à commencer par ceux applicables aux autorités administratives indépendantes de régulation économique telles que l'AMF, l'ARCEP, le CSA ou la CRE, ont apporté leur pierre à ce grand chantier législatif et réglementaire.

Quels sont les résultats de cette entreprise ? Il faut distinguer, parmi les principaux changements, ceux qui concernent la phase d'instruction et ceux qui concernent la phase de décision.

⁷¹ III de l'article L. 464-2 du code de commerce

⁷² I de l'article L. 450-1 du code de commerce

⁷³ II de l'article L. 450-1 du code de commerce

⁷⁴ V de l'article L. 464-2 du code de commerce

⁷⁵ II de l'article L. 450-8 du code de commerce

⁷⁶ Articles 23, paragraphe 1, et 24 du règlement n° 1/2003

⁷⁷ Article 25 du règlement n° 1/2003

b) Les services d'instruction, piliers de la surveillance concurrentielle des marchés

Contrairement à ce qui a pu être dit, la réforme ne crée pas, au bénéfice des services d'instruction, un pouvoir d'enquête dont ils auraient été jusqu'à présent démunis, mais rend ce pouvoir plus visible et, surtout, l'étoffe de façon significative.

Les services d'instruction pouvaient en effet d'ores et déjà procéder à des enquêtes, bien que cette possibilité leur soit donnée dans le cadre inutilement rigide d'« affaires » préalablement ouvertes par le biais de saisines apportées par des entreprises, associations, etc. ou d'auto-saisines déclenchées par le collège. Comme indiqué précédemment, ils pourront désormais effectuer toute enquête nécessaire à la mise en œuvre des règles de concurrence⁷⁸, quitte à ne pas demander d'auto-saisine si le dossier s'avère trop maigre. L'ouverture d'une « affaire », c'est-à-dire l'inscription d'un cas contentieux au rôle du collège de l'Autorité, n'interviendra donc plus que dans l'hypothèse où le rapporteur général décide, au vu des résultats des mesures d'enquêtes effectuées par les services d'instruction, de demander au collège de se saisir d'office et où ce dernier décide de réserver une suite favorable à cette demande.

Les services d'instruction disposent donc désormais d'une opportunité « active » des poursuites, c'est-à-dire du droit de récolter des éléments de preuve sur le terrain, de réaliser des mesures d'enquête, etc., afin d'assurer une véritable surveillance de l'état concurrentiel des marchés et d'effectuer le suivi des décisions de l'Autorité. C'est cette révolution qui a entraîné le transfert au rapporteur général de la faculté de déclencher les saisines d'office⁷⁹, en lui permettant d'en demander l'ouverture au collège lorsqu'il estime qu'il est nécessaire de s'orienter vers l'ouverture de la procédure d'instruction prévue aux articles L. 463-1 et suivants du code de commerce.

Cette opportunité d'intervenir d'office ne s'accompagne en revanche pas d'une faculté pour l'Autorité de classer les plaintes dépourvues de tout intérêt pour les consommateurs, comme l'avait préconisé la CLCF et comme peuvent le faire la grande majorité des autres autorités de la concurrence. Cette situation pourrait s'avérer préoccupante si les tendances récemment observées – recrudescence des saisines, en particulier des saisines en urgence – se confirmaient. Elle pourrait en effet empêcher l'Autorité de concentrer ses moyens humains sur les affaires les plus problématiques pour les consommateurs, et surtout de les traiter dans des délais records, comme l'ont souhaité les parlementaires. En fonction de l'évolution observée dans les mois à venir, il pourra donc s'avérer nécessaire de réfléchir à l'opportunité d'un mécanisme de filtrage, assorti de conditions suffisantes pour permettre de concilier l'intérêt général et les intérêts des plaignants, dont certains pourraient par exemple être réorientés vers les juridictions spécialisés en matière de concurrence.

Par ailleurs, les services d'instruction bénéficieront de pouvoirs d'enquête plus complets, incluant par exemple celui d'auditionner les entreprises pendant les opérations de visites et de saisies⁸⁰. Ils pourront également conserver les pièces saisies pendant qu'un contentieux relatif

⁷⁸ I de l'article L. 450-1 du code de commerce

⁷⁹ Article L. 462-5 du code de commerce

⁸⁰ Huitième alinéa de l'article L. 450-4 du code de commerce

au déroulement de telles opérations sera en cours, puisque l'appel n'est pas suspensif et que la conservation des pièces est expressément prévue en cas de pourvoi en cassation⁸¹.

Enfin, les services d'instruction auront à leur disposition une panoplie d'outils procéduraux plus efficace et plus complète. Par exemple, le recours à la procédure simplifiée se fera en même temps que la notification de griefs⁸², et non à la suite de celle-ci, l'expérience ayant montré qu'une stratégie bien conçue devait en principe mettre les services en mesure d'opter rapidement pour la procédure simplifiée. Ce choix est naturellement sans préjudice de la décision du collège à cet égard. Comme l'indique désormais le livre IV du code de commerce, le rapporteur général se voit en effet confier le pouvoir de décider que l'affaire sera « examinée » et non plus « jugée » dans le cadre d'une procédure simplifiée : l'ajustement terminologique reflète certes la nature administrative et non juridictionnelle de l'Autorité, mais aussi le fait que cette décision n'interdit pas au collège, s'il l'estime opportun, de décider, par exemple, d'un renvoi à l'instruction.

De même, les entreprises auxquelles des griefs ont été notifiés auront désormais l'obligation d'informer le rapporteur de toute modification subséquente de leur situation juridique susceptible d'avoir une incidence sur l'imputation des pratiques anticoncurrentielles, à peine d'irrecevabilité des arguments invoqués ultérieurement en matière d'imputabilité⁸³. Cette mesure devrait faciliter l'imputation des griefs aux bonnes entreprises, même en cas de modifications sociales en cours de procédure, mais aussi dissuader les entreprises mises en cause de garder de telles informations par-devers elles à seule fin de s'en prévaloir ultérieurement devant le collège. Les comportements d'obstruction, quels qu'ils soient, pourront quant à eux conduire le rapporteur général à demander au collège de prononcer une injonction assortie d'une astreinte, lorsqu'il s'agit d'un comportement encore en cours (par exemple un refus de déférer à une demande de communication de pièces adressée par le rapporteur au titre de l'article L. 450-3 du code de commerce ou le refus de le laisser accéder aux locaux de l'entreprise visée par une opération de visite et de saisie ordonnée au titre de l'article L. 450-4 du même code), aussi bien que d'une amende, plus adaptée aux comportements passés (par exemple une communication de pièces dénaturées).

En contrepartie de cette efficacité accrue, les pouvoirs des services d'instruction seront mieux encadrés dans le temps. En particulier, une date couperet de prescription de dix ans à compter du moment où la pratique examinée a pris fin est intégrée aux prescriptions du livre IV du code de commerce, sur le modèle retenu par le droit communautaire⁸⁴.

c) L'articulation avec les services départementaux et régionaux

Le pouvoir d'effectuer les enquêtes de concurrence n'a pas été totalement transféré à l'Autorité, comme le préconisait la CLCF et comme l'avait recommandé le Conseil de la concurrence dans son avis du 18 avril 2008. Cette logique aurait eu le mérite d'établir un

⁸¹ Sixième et douzième alinéas de l'article L. 450-4 du code de commerce

⁸² Article L. 463-3 du code de commerce

⁸³ Article L. 463-2 du code de commerce

⁸⁴ Article L. 462-7 du code de commerce

partage clair des rôles. Les services ministériels auraient pu cibler leur activité sur la protection du marché dans tous ses aspects (sécurité des produits, fraudes, consommation, etc.) et auraient conservé, à cette fin, le pouvoir d'effectuer des enquêtes de consommation ainsi que des enquêtes relatives aux pratiques commerciales déloyales⁸⁵. Pour sa part, l'Autorité aurait axé son intervention sur les pratiques anticoncurrentielles⁸⁶. Un tel schéma aurait également garanti une plus grande prévisibilité pour les entreprises, assurées de n'avoir à traiter qu'avec un seul interlocuteur. En outre, il aurait permis de simplifier plus radicalement l'architecture institutionnelle, en supprimant « à la source » le besoin de prévoir des mécanismes d'articulation entre l'Autorité et les services ministériels, et, sans doute, en nécessitant moins de moyens humains et budgétaires. Enfin, il aurait été cohérent avec le choix de ne pas donner à l'Autorité la faculté de classer les affaires d'importance mineure, comme l'avait proposé la CLCF. En effet, cet arbitrage aboutit à demander à l'Autorité, comme au Conseil avant elle, de traiter au fond toutes les affaires dont elle est saisie, à moins qu'elles ne soient irrecevables ou manifestement dépourvues d'éléments probants, et à adopter dans tous les cas une décision motivée, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris.

Compte tenu du maintien de cette forme atténuée de dualisme, il a fallu prévoir des mécanismes permettant d'articuler le travail de surveillance locale effectué par les services départementaux et régionaux, d'une part, et celui assuré à l'échelon national par les services d'instruction de l'Autorité, d'autre part.

La logique qui les fonde est celle d'une répartition des rôles destinée à éviter les redondances, aussi bien que les conflits de compétences négatifs. En substance, le maillage territorial aura vocation à faire remonter des indices de pratiques anticoncurrentielles aux services du ministre, qui auront l'obligation d'informer préalablement le rapporteur général des enquêtes de concurrence qu'ils envisagent de réaliser, afin de permettre à celui-ci de décider, soit d'en prendre la direction, soit de laisser ces services les réaliser eux-mêmes⁸⁷. Dans la seconde hypothèse, les services du ministre auront, au terme de leur enquête, l'obligation d'en communiquer les résultats – c'est-à-dire, concrètement, de transmettre le dossier constitué par les pièces saisies – au rapporteur général, à charge pour ce dernier de décider, soit de demander que l'Autorité s'en saisisse d'office, soit de laisser les services ministériels les traiter à leur niveau⁸⁸, par le biais d'un rappel de réglementation ou d'une transaction⁸⁹.

On le comprend, ce système est destiné à permettre d'aiguiller les affaires revêtant de l'importance – compte tenu de leur champ géographique, du secteur affecté, du dommage potentiel pour les consommateurs, des pratiques en cause, de l'enjeu économique ou juridique, etc. – vers l'Autorité, tout en permettant aux services du ministre de traiter les dossiers de portée purement locale ou d'importance mineure.

Ce dispositif est complété par la possibilité donnée au rapporteur général de demander au ministre chargé de l'économie de lui prêter son concours pour effectuer des opérations de visites et de saisies (autrement dit des « enquêtes lourdes » réalisées au titre de l'article

⁸⁵ Titre IV du livre IV du code de commerce

⁸⁶ Titre IV du livre IV du code de commerce

⁸⁷ Premier alinéa de l'article L. 450-5 du code de commerce

⁸⁸ Second alinéa de l'article L. 450-5 du code de commerce

⁸⁹ Article L. 464-9 du code de commerce

L. 450-4 du code de commerce)⁹⁰. En pareil cas, le ministre sera tenu, contrairement à ce qui était le cas dans le système antérieur, de faire droit à sa demande en déléguant des agents de ses services à cet effet, en nombre et pour la durée précisés par le rapporteur général – cette dernière ne pouvant cependant excéder celle nécessaire à la réalisation de la perquisition.

Ce schéma s'explique par le choix fait par le Gouvernement et le Parlement de préserver la nature de l'Autorité de la concurrence, autorité de mission, « modeste et agile », comme l'ont décrite les parlementaires dans le cadre des débats relatifs au projet de loi de finances pour 2009. Plutôt que de la doter d'effectifs pléthoriques ou de lui adjoindre des antennes territoriales – comme c'est le cas dans certains autres pays –, le choix consistant à mobiliser le maillage territorial des services ministériels a donc été privilégié.

En revanche – et c'est sans doute une lacune qu'on peut regretter – le concours des agents ministériels n'est pas prévu pour la réalisation d'opérations d'enquête simples – relevé de prix dans des linéaires de grands magasins, etc. –, alors qu'il aurait indéniablement présenté un intérêt. Il faut sans doute voir dans cette lacune une conséquence de la rapidité avec laquelle la réforme a été conduite. Sans doute pourrait-elle être comblée lorsque le moment sera venu, après un temps d'expérimentation suffisant, de faire un premier bilan de la réforme et de la parachever.

d) Le collège, garant de la régulation concurrentielle des marchés

Le collège, qui exerce les attributions confiées à l'Autorité⁹¹, bénéficie lui aussi d'un ajustement et d'un renforcement de ses outils, destiné à assurer davantage de flexibilité et d'efficacité à la régulation de la concurrence.

Est à ranger dans la catégorie des gains d'efficacité, tout d'abord, la clarification de la nature non incriminatoire de la procédure d'engagements⁹² : le texte antérieur permettait bien au collège de rendre des engagements obligatoires au terme d'une évaluation préliminaire, nécessairement préalable à toute notification de griefs et à plus forte raison à tout constat d'infraction, mais il indiquait que ces engagements devaient être de nature à mettre fin « aux pratiques anticoncurrentielles [en cause] », alors que les faits n'avaient par hypothèse pas fait l'objet d'une appréciation et d'une qualification juridique définitives. L'ordonnance a permis de mettre les différents éléments du dispositif en cohérence : le code de commerce énonce désormais que les engagements doivent être de nature à mettre fin aux préoccupations que l'Autorité entretient en raison de faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles.

Il s'en déduit clairement, d'une part, que la procédure d'engagements ne constitue pas une démarche susceptible de déboucher sur des poursuites ni, a fortiori, sur une incrimination, ce qui est conforme à la jurisprudence, qui y voit un outil de régulation de la concurrence placé

⁹⁰ Article L. 450-6 du code de commerce

⁹¹ II de l'article L. 461-12 du code de commerce

⁹² I de l'article L. 464-2 du code de commerce

en dehors du champ de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH⁹³. La terminologie retenue clarifie, d'autre part, que les engagements doivent viser à mettre fin à des préoccupations relatives à l'état concurrentiel du marché, ce qui reflète la pratique décisionnelle antérieure, qui s'est toujours fondée sur une analyse concurrentielle, la mission de l'Autorité consistant à faire fonctionner la concurrence sur les marchés, à la préserver et à la rétablir au besoin, et en aucun cas à construire le marché comme peuvent être appelées à le faire les autorités de régulation sectorielle.

Pour sa part, l'économie de la procédure de non contestation des griefs fait l'objet d'une évolution plus significative. Comme l'avait demandé le Conseil, la présentation d'engagements, qui était jusqu'ici obligatoire pour les entreprises qui envisageaient de renoncer à contester la réalité et l'imputation des griefs notifiés, est désormais facultative⁹⁴. Lorsque les entreprises choisiront de faire usage de cette faculté additionnelle, celle-ci leur ouvrira la perspective d'une réduction d'amende complémentaire⁹⁵, à condition naturellement que les engagements proposés répondent aux standards posés par la pratique décisionnelle. La procédure gagne donc en flexibilité. Cette réforme permet d'envisager dans un avenir proche la publication d'un projet de communiqué de procédure destiné à synthétiser la pratique décisionnelle et l'expérience acquise depuis 2001, ainsi qu'à concrétiser les réflexions engagées avec la place juridique au cours des deux dernières années⁹⁶.

Mais un nouvel instrument fait son apparition dans la panoplie, avec la faculté donnée à l'Autorité d'imposer des injonctions structurelles propres au secteur de la distribution quand les autres outils disponibles (injonction, amende) ont échoué à assurer le rétablissement de l'ordre concurrentiel⁹⁷. Cette faculté, dont avait souhaité disposer le Conseil⁹⁸, a été voulue par les parlementaires, compte tenu de la situation spécifique dans laquelle se trouve ce secteur. Parallèlement à l'abaissement des seuils de notification⁹⁹, qui permettra d'assurer un contrôle des concentrations plus vigilant pour l'avenir, elle fournit un outil permettant de traiter les cas dans lesquels seront caractérisés des abus de positions dominantes acquises dans le passé, que ce soit par le biais d'une concentration, d'une ouverture d'enseigne, etc.

Enfin, mais ce n'est certainement pas le moindre des apports de la réforme, l'ordonnance donne à l'Autorité la possibilité de rendre de sa propre initiative des avis publics et de faire des recommandations¹⁰⁰. Cet outil est volontairement conçu pour être à géométrie variable. Il offre d'abord à l'Autorité la faculté de s'exprimer sur des questions générales de concurrence, afin de donner des signaux plus complets et plus pédagogiques au monde des affaires ou aux

⁹³ Arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2008, GIE Les Indépendants

⁹⁴ III de l'article L. 464-2 du code de commerce

⁹⁵ III de l'article L. 464-2 du code de commerce

⁹⁶ Voir Bruno Lasserre, « *La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : bilan et perspectives d'un outil pionnier* », discours prononcé devant l'assemblée générale de l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC), Paris, 10 avril 2008

⁹⁷ Article L. 752-26 du code de commerce

⁹⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation sur l'équipement commercial

⁹⁹ II de l'article L. 430-2 du code de commerce

¹⁰⁰ Article L. 462-4 du code de commerce

pouvoirs publics que ne le permettrait une intervention contentieuse, même lorsqu'il s'agit de saisines d'office qui peuvent, on le sait, avoir un champ relativement large. Ensuite, il permet à l'Autorité de faire le bilan concurrentiel de législations ou de réglementations en vigueur ou en projet, voire de prendre l'initiative de recommander des réformes, comme le peuvent déjà l'ARCEP ou la CRE. Enfin, il fonde la possibilité de faire des enquêtes sectorielles, susceptibles de renseigner sur l'état concurrentiel d'un marché, de recueillir une matière première permettant de mieux comprendre le fonctionnement d'un secteur, de nourrir une politique d'auto-saisine, etc.

Mais ce n'est là qu'un des aspects de la fonction de pédagogie de l'Autorité, qui, comme le Conseil avant elle, la mettra au cœur de ses priorités, en recourant plus largement aux communiqués de procédure, en reprenant dans un premier temps les acquis, qu'il s'agisse du communiqué de procédure du Conseil sur le programme de clémence français¹⁰¹ ou des lignes directrices de la DGCCRF sur les concentrations¹⁰².

Par ailleurs, le chantier de la défense des décisions en justice, ouvert avec la possibilité d'être présent devant la cour d'appel de Paris, est poursuivi avec la possibilité donnée à l'Autorité de se pourvoir en cassation au cas où la cour d'appel annulerait ou réformerait une de ses décisions¹⁰³. Cette faculté, demandée par le Conseil, sur le modèle de l'AMF ou d'autres ANC, assure la cohérence entre les différentes phases de la procédure contentieuse (recours et pourvoi) et permet de rétablir l'égalité des armes entre l'auteur de l'acte attaqué et ses destinataires, qui disposaient seuls du droit d'accéder à la juridiction suprême dans le système antérieur.

Conclusion

Que retenir de cette réforme ambitieuse ? L'enseignement que tout est toujours possible, pour peu qu'on ait l'énergie – et peut-être le zeste d'idéalisme – qu'il faut pour proposer d'avancer, de se remettre en cause, de faire mieux. Mais aussi l'espoir que la réforme a été faite pour 20 ans, comme la précédente – ce qui n'interdit pas, bien sûr, de faire, d'ici quelques temps, le bilan du fonctionnement des nouveaux textes et, si besoin est, d'effectuer quelques ajustements, que ce soit sur la régulation de la concurrence proprement dite ou sur son articulation avec le juge pénal, avec les juridictions civiles, avec les régulateurs sectoriels, etc.

D'ici-là, il revient à l'Autorité de se mettre en place, d'abord, et de faire vivre les nouveaux textes, ensuite. Je suis certain que l'ensemble de ses membres et de ses agents, qui se sont tant mobilisés au cours des cinq dernières années, et en particulier l'année dernière, malgré les incertitudes inhérentes à tout processus de réforme, feront preuve d'enthousiasme et de détermination au cours des mois à venir. Il faudra accueillir les nouveaux venus, les intégrer à

¹⁰¹ Communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 17 avril 2007 sur le programme de clémence français

¹⁰² Lignes directrices de la DGCCRF du 30 avril 2007 relatives au contrôle des concentrations

¹⁰³ Article L. 464-8 du code de commerce

la nouvelle entité et marier grâce à eux le meilleur de deux traditions – celles du Conseil et celles de la DGCCRF, celles de l'enquête et celles de l'instruction, celles de l'antitrust et celles des concentrations. Il faudra aussi faire fruit de l'expérience acquise, tout en maîtrisant de nouveaux réflexes, de nouveaux instruments et de nouveaux horizons.

Dans le même temps, il faudra, bien sûr, rester à la recherche de nouvelles marges de progrès, de nouveaux gains d'efficacité, pour l'institution elle-même mais aussi, et surtout, pour les entreprises et les consommateurs, qui, comme les élus, ont placé en nous des espoirs et sont en droit d'attendre de nous des résultats.

* * *