

# Rapport d'activité





# Rapport d'activité

<b>Actualité institutionnelle et législative : la réforme de la régulation de la concurrence</b>	9
<b>Introduction : une priorité politique</b>	9
<b>Une réforme menée tambour battant</b>	10
Le lancement politique	10
La loi de modernisation de l'économie	11
L'ordonnance de modernisation de la régulation de la concurrence et les décrets d'application	11
Le renforcement des moyens humains et budgétaires de l'Autorité	12
La mise en place de la réforme	14
<b>La transformation du Conseil en Autorité</b>	17
Une autorité indépendante renforcée	18
Un renforcement institutionnel équilibré par un renforcement des droits des entreprises	21
<b>Le nouveau contrôle des concentrations</b>	25
Un guichet unique pour le contrôle des concentrations	26
Un espace stratégique retrouvé pour le politique	31
<b>Le nouveau contrôle des pratiques anticoncurrentielles</b>	33
Un contrôle unifié	34
Un contrôle modernisé	36
<b>Conclusion</b>	45
<b>Activité en 2008</b>	46
<b>Flux et stock d'affaires</b>	46
Saisines nouvelles	46
Affaires terminées	47
État du stock des affaires en instance	48
<b>Délibérations du Conseil</b>	50

<b>Activité du collège</b>	50
Analyse des saisines	50
Affaires traitées	51
Les sanctions pécuniaires	54
La clémence	55
Les procédures négociées	56
<b>Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence</b>	56
Taux de recours	56
Bilan qualitatif	57
Les sanctions <i>ex post</i>	57

## **Organisation et fonctionnement**

<b>Actualité du collège</b>	59
<b>Évolution de l'organisation</b>	59
<b>Effectifs</b>	61
La répartition des effectifs en 2008	61
Projection pour 2009	61
<b>Budget</b>	62
<b>Recouvrement des sanctions</b>	62

## **L'Autorité française de la concurrence dans le Réseau européen de la concurrence**

<b>Activité générale</b>	63
Bilan et perspectives des travaux réalisés pendant la présidence française de l'Union européenne	63
Les réunions au sein du REC	64
Développement sectoriel	68
<b>Activité relative à l'instruction des cas</b>	72
Activité liée aux cas instruits par le Conseil	72
Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne	76

# Rapport d'activité

## Du Conseil à l'Autorité de la concurrence

### Actualité institutionnelle et législative : la réforme de la régulation de la concurrence

#### Introduction : 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 (ci-après la « 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, notamment 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.

Les préconisations de la CLCF ne se sont pas limitées aux moyens de rendre les marchés plus libres et plus efficaces. Elles ont aussi visé à moderniser la régulation de la concurrence, 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 (ci-après le « Conseil ») avaient appelé à repenser<sup>1</sup>.

Cette recherche d'une plus grande efficacité administrative a conduit la CLCF à proposer quatre axes de réforme, destinés à donner naissance à une autorité indépendante unifiée et renforcée, constituée autour du Conseil : le transfert du contrôle concurrentiel des concentrations à cette autorité indépendante ; l'intégration en son sein des enquêteurs antitrust ; la création, à son profit, d'une faculté

1. V. 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<sup>er</sup> décembre 1986 par l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC), *Vingt ans après*, Paris, 1<sup>er</sup> décembre 2006 ([http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention\\_lasserre\\_2006\\_12\\_01\\_afec.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_lasserre_2006_12_01_afec.pdf)).

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.

Cette réforme, menée tambour battant, s'est traduite par la transformation du Conseil en Autorité indépendante plus visible, plus forte et plus efficace et par la modernisation en profondeur du contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles.

## Une réforme menée tambour battant

### *Le lancement politique*

Au terme de près de cinq mois de travaux, la CLCF a remis son rapport au Président de la République le 23 janvier 2008<sup>2</sup>. Celui-ci a immédiatement annoncé son accord avec une vaste série de mesures, dont la modernisation du système français 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 qui ont suivi, 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'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Christine Lagarde, à annoncer dès le 1<sup>er</sup> février 2008 que cette réforme figurerait au cœur d'un projet de loi de modernisation de l'économie (ci-après la « *LME* ») 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 favoriser les conditions d'une économie plus génératrice de valeur et d'emplois, la création d'une autorité de la concurrence plus forte et plus efficace est apparue nécessaire pour veiller au respect des nouvelles règles de fond et, en définitive, pour garantir que la plus grande liberté donnée aux acteurs économiques serait 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 donc 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 tout entière. La concurrence n'est en effet pas un objectif en soi, et encore moins un dogme, mais tout simplement un outil permettant à l'État 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, dans l'intérêt des consommateurs.

2. V. CLCF, *300 décisions pour changer la France*, rapport remis au Président de la République le 23 janvier 2008 (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000041/0000.pdf>).

## *La loi de modernisation de l'économie*

Ces annonces ont été concrétisées, dans le projet de LME déposé au Parlement dans les semaines suivantes, par une disposition prévoyant d'habiliter le Gouvernement à instaurer une Autorité de la concurrence (ci-après l'«*Autorité*») possédant ses propres moyens d'enquête, habilitée à contrôler les concentrations économiques et ayant la faculté de rendre de sa propre initiative des avis sur des questions générales de concurrence. La quatrième proposition de la CLCF, qui consistait à permettre à cette Autorité, dotée de moyens humains et budgétaires limités, de se concentrer sur les dossiers d'importance majeure pour l'économie et les consommateurs, n'a donc 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 promulgation, le 4 août 2008<sup>3</sup>, alors même que le Parlement en a radicalement changé l'économie. À 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 Élisabeth 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 et le transfert à cette institution indépendante rénovée 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, la rédaction des nouvelles dispositions étant d'ores et 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 l'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, question rendue particulièrement délicate par la nécessité de prévoir de nouveaux mécanismes d'articulation entre l'Autorité et le réseau d'enquêteurs territoriaux relevant du ministre de l'Économie chargés, notamment, de faire un premier tri parmi les indices de pratiques anticoncurrentielles détectés au niveau local.

## *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

3. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, publiée au *JORF* n° 0181 du 5 août 2008, pp. 12471 et s., texte n° 1 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

signée le 13 novembre 2008<sup>4</sup>, au terme d'un processus marqué notamment par la consultation du Conseil<sup>5</sup>, en avril 2008, puis de la place juridique, au début de l'été.

Les grands équilibres de ce texte, présenté en Conseil des ministres le 12 novembre par le secrétaire d'État chargé de l'Industrie et de la Consommation, porte-parole du Gouvernement, Luc Chatel, ont été rendus publics sans attendre par Christine Lagarde, à l'occasion 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 18 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 traitement des secrets d'affaires, sur les modalités de publication des décisions, etc. – seraient transmis au Conseil d'État pour examen avant la fin de l'année.

Ces textes ont effectivement fait l'objet d'un examen prioritaire par le Conseil d'État – entre le 15 décembre 2008 et le 13 janvier 2009 – avant d'être adoptés en février par le Gouvernement, en vue d'une entrée en vigueur en même temps que les articles 95 et 96 de la LME, ainsi que de l'ordonnance<sup>6</sup>.

### ***Le renforcement des moyens humains et budgétaires de l'Autorité***

Cet important ensemble de textes – une loi, une ordonnance et neuf décrets – n'est qu'un des aspects de la réforme. Comme l'ont relevé les parlementaires, au premier chef les rapporteurs de la LME à l'Assemblée nationale et au Sénat, le député Jean-Paul Charié et la sénatrice Élisabeth Lamure, ainsi que le Conseil dans son avis du 18 avril 2008<sup>7</sup> et de nombreux observateurs, leur entrée en vigueur serait restée lettre morte si les moyens de concrétiser la réforme n'avaient pas été assurés à l'Autorité.

4. Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, publiée au *JORF* n° 0265 du 14 novembre 2008, pp. 17391 et s., textes n°s 7 et 8 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

5. Avis 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 (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=08-A-05>).

6. Décrets n° 2009-139 du 10 février 2009 modifiant la partie réglementaire du livre IV du Code de commerce, n° 2009-140 du 10 février 2009 pris pour l'application de l'article L. 464-9 du Code de commerce, n° 2009-141 du 10 février 2009 relatif à la représentation de l'Autorité de la concurrence par son président, et n° 2009-142 du 10 février 2009 pris en application de l'article L. 463-4 du Code de commerce et relatif à la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence, publiés au *JORF* n° 0035 du 11 février 2009, pp. 2427 et s., textes n°s 42 à 45; décrets n° 2009-185 du 17 février 2009 relatif à la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles et n° 2009-186 du 17 février 2009 relatif aux décisions en matière de concentration devant être rendues publiques, publiés au *JORF* n° 0042 du 19 février 2009, pp. 2909 et s., textes n°s 8 et 9; décrets n° 2009-311 du 20 mars 2009 relatif aux délais dont dispose l'Autorité de la concurrence pour prendre la direction des investigations souhaitées par le ministre chargé de l'Économie et se saisir du résultat de ces investigations et n° 2009-312 du 20 mars 2009 relatif à la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, publiés au *JORF* n° 0069 du 22 mars 2009, pp. 5187 ss., textes n° 9 et 10; et décret n° 2009-335 du 26 mars 2009 relatif aux modalités d'intervention du conseiller auditeur auprès de l'Autorité concurrence, publié au *JORF* n° 0074 du 28 mars 2009, p. 5510, texte n° 8 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

7. Avis 08-A-05 du Conseil, précité, points 31 et 38.



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 marché français, en termes notamment d'étendue géographique, de tissu économique et de population (Allemagne, Espagne, Grande-Bretagne, Italie, etc.). Le transfert de compétences antérieurement exercées par le ministre chargé de l'Économie (contrôle des concentrations économiques, réalisation d'enquêtes nationales de concurrence, suivi de l'exécution des décisions) 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.

### *L'évolution des effectifs de l'Autorité*

Ce sont en définitive 60 nouveaux emplois à temps plein qui lui ont été transférés en année pleine – et 48 pendant l'année de transition que constitue 2009<sup>8</sup>. Cette augmentation se fait exclusivement par transferts de postes budgétaires en provenance d'autres administrations et n'implique donc aucune charge budgétaire nouvelle, ce sur quoi l'Autorité a beaucoup insisté compte tenu du contexte budgétaire extrêmement serré. L'effectif total s'établira donc autour de 190 emplois, contre 130 aujourd'hui.

Cette évolution est satisfaisante à court terme, même si l'effectif global reste modeste par rapport à ceux des autorités nationales de la concurrence («ANC») comparables (Autorita Garante della concorrenza e del Mercato italienne, BundesKartellamt allemand, Office of Fair Trading britannique, etc.) ou encore à ceux des autorités de régulation sectorielle françaises.

À plus long terme, il faut néanmoins être prudent pour deux raisons. D'une part, l'Autorité n'a pas l'opportunité des poursuites, contrairement à la plupart des autres ANC, de sorte que son succès repose sur sa capacité à traiter toutes les affaires qui lui sont soumises dans des délais rapides. Or, elle attire à elle un nombre croissant de saisines (près de 20 % de saisines supplémentaires en 2008 par rapport aux cinq années précédentes) et, surtout, un nombre croissant d'affaires urgentes à traiter en trois ou quatre mois (21 demandes de mesures conservatoires et 45 demandes d'avis ayant été enregistrées en 2008). D'autre part, le choix d'augmenter les moyens humains de l'Autorité de façon modérée est lié au choix de lui permettre de bénéficier de l'assistance des enquêteurs territoriaux relevant du ministre chargé de l'Économie pour les mesures nécessitant la mobilisation d'effectifs importants, à commencer par les opérations de visites et de saisies effectuées à l'initiative du rapporteur général ou pour aider la Commission européenne. Il faut donc voir comment évolueront les saisines à moyen terme, et surtout comment fonctionnera en pratique l'articulation avec les administrations

8. Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, publiée au *JORF* n° 0302 du 28 décembre 2008, pp. 20224 et s., texte n° 1 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

régionales et locales de l'État, pour pouvoir faire un diagnostic fiable sur l'adéquation des moyens et des missions de l'Autorité.

### *L'évolution du budget de l'Autorité*

Le budget affecté à la régulation de la concurrence a pour sa part été rapproché de celui des autorités de régulation sectorielles – l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ou la Commission de régulation de l'énergie (CRE) par exemple – tout en demeurant plus modeste, en dépit du caractère transversal de la mission de l'Autorité, en raison du contexte budgétaire extrêmement serré. Il se situe à présent au-dessus de 19 millions d'euros, contre 13 millions d'euros l'année dernière.

### *La mise en place de la réforme*

#### *Le lancement de l'Autorité*

Le lancement de l'Autorité par Christine Lagarde, en présence de son président et de la place juridique et économique tout entière, a été fixé au 13 janvier 2009, soit moins d'un an après le lancement de la réforme. La cérémonie s'est, très symboliquement, déroulée à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, en présence de Mario Monti, président de l'université Luigi Bocconi de Milan et ancien commissaire européen à la concurrence, qui a joué un rôle important sur ces questions en contribuant à expliquer les enjeux et les bénéfices de la réforme au sein de la CLCF.

Elle a permis à la ministre de rappeler les principaux bénéfices attendus de la réforme par le Gouvernement<sup>9</sup> : un partage des rôles cohérent et transparent entre l'Autorité, seule chargée de la régulation concurrentielle des marchés, et le pouvoir exécutif, garant de l'intérêt général ; des procédures de contrôle rapides et efficaces ; une régulation indépendante à haute valeur ajoutée, axée sur une culture de résultat.

#### *La ratification de l'ordonnance*

La ratification de l'ordonnance, enclenchée dans la foulée, afin de sécuriser la nouvelle architecture<sup>10</sup>, a abouti le 12 mai 2009 par le vote de la loi n° 2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. Le texte, initialement limité à ce seul objet<sup>11</sup>, a finalement conduit les parlementaires à préciser la LME et l'ordonnance sur trois points importants, au-delà de leur caractère technique.

9. V. Christine Lagarde, *Jardiniers de la concurrence*, allocution prononcée lors de l'installation de l'Autorité de la concurrence, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 13 janvier 2009 (publiée aux *Annonces de la Seine*, 15 janvier 2009).

10. Rapport n° 167 du Sénat, du 14 janvier 2009, fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi de relance par M<sup>me</sup> Élisabeth Lamure, p. 94 (<http://www.senat.fr/rap/108-167/108-1671.pdf>).

11. Projet de loi n° 1455 ratifiant l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl1455.asp>) et 12° du I de l'article 139 de la proposition de loi n° 62 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, votée par le Sénat le 25 mars 2009 ([http://ameli.senat.fr/publication\\_pl/2008-2009/210.html](http://ameli.senat.fr/publication_pl/2008-2009/210.html)) et, en des termes conformes, par l'Assemblée nationale le 28 avril 2009.

La première de ces modifications<sup>12</sup> vise à rectifier une erreur matérielle de l'ordonnance, qui avait maintenu le « référentiel » intellectuel du contentieux des opérations de visites et de saisies – à savoir les règles du Code de procédure pénale –, tout en omettant de faire référence à ces dispositions dans le cas où une partie introduit un pourvoi en cassation contre l'ordonnance du premier président de la cour d'appel ayant statué sur son appel contre l'ordonnance d'autorisation initiale du juge des libertés et de la détention<sup>13</sup>. Le choix de ce référentiel, par opposition au Code de procédure civile dans d'autres cas où la loi confie le pouvoir d'effectuer des visites domiciliaires à l'administration<sup>14</sup>, remonte à 1986. Il s'explique par la nécessité d'assurer un haut degré de protection des libertés individuelles dans une matière comportant une dimension répressive marquée, ce qui ne peut être fait, comme l'ont bien vu les rédacteurs de l'ordonnance sur la liberté des prix et de la concurrence, qu'en reprenant le standard assuré par la procédure pénale<sup>15</sup>. La précision apportée par la loi de relance vise donc, comme l'a dit la rapporteure de la commission des Affaires économiques du Sénat, la sénatrice Élisabeth Lamure, à mettre en cohérence le système de voies de recours<sup>16</sup>.

La deuxième modification<sup>17</sup> consiste à revenir au texte initial de la LME, qui donnait au président ou à un vice-président délégué par lui la faculté de prendre seul une série de décisions<sup>18</sup>, mais dont le champ avait été réduit par l'ordonnance<sup>19</sup>. En définitive, cette possibilité, qui concerne exclusivement la prise de décision et ne modifie donc en rien l'économie générale de la procédure qui la précède, comme l'ont souligné les parlementaires<sup>20</sup>, est donc prévue dans trois hypothèses : lorsque l'Autorité prend une des décisions de procédure énumérées à l'article L. 462-8 du Code de commerce ; lorsqu'elle est amenée à statuer sur une saisine du ministre chargé de l'Économie faisant suite à une transaction au titre de l'article L. 464-9 de ce code ; et, enfin, lorsqu'il faut prendre une décision au terme de la « phase 1 » de la procédure de contrôle des concentrations en vertu de l'article L. 430-5 du même code.

La troisième précision technique<sup>21</sup> porte sur le conseiller auditeur. Dans son avis du 18 avril 2008, le Conseil avait préconisé de confier cette fonction à un magistrat<sup>22</sup>, afin d'en garantir l'indépendance et l'expertise. Le Gouvernement et le

12. 1° du VII de l'article 139 de la proposition de loi de simplification et de clarification du droit.

13. Alinéa f du 3° de l'article 1° de l'ordonnance.

14. Tels qu'ils sont organisés par l'article 164 de la LME, le contentieux relatif aux visites domiciliaires prévues en matière fiscale et douanière, notamment, obéit aux règles du Code de procédure civile, même si c'est bien de l'article 28 du Code de procédure pénale que les administrations concernées tiennent en définitive leur pouvoir de visite.

15. Rapport du groupe de travail présidé par M. Jean Donnedieu de Vabres au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, du 31 juillet 1986, sur le projet d'ordonnance relatif à la liberté des prix et de la concurrence, p. 21.

16. Rapport n° 617 du Sénat, précité, p. 97.

17. 2° du VII de l'article 139 de la proposition de loi de simplification et de clarification du droit.

18. 2° du I de l'article 95 de la LME, modifiant le quatrième alinéa de l'article L. 461-3 du Code de commerce.

19. I de l'article 2 de l'ordonnance, modifiant le quatrième alinéa de l'article L. 461-3 du Code de commerce.

20. Rapport n° 1062 de l'Assemblée nationale et n° 476 du Sénat, du 17 juillet 2008, fait au nom de la commission mixte paritaire sur le projet de LME par Jean-Paul Charié et Élisabeth Lamure (<http://www.senat.fr/rap/107-476/107-4761.pdf>), p. 23, et rapport n° 617 du Sénat, précité, pp. 97-99.

21. 3° du VII de l'article 139 de la proposition de loi de simplification et de clarification du droit.

22. Avis 08-A-05 du Conseil, précité, points 55 et 56.

Parlement avaient repris cette proposition, qui avait donc été intégrée dans la LME<sup>23</sup>. Dans le cadre du vote de la loi de relance, cette précision a cependant été supprimée au motif qu'elle constituait une source inutile de « rigidité », en empêchant de recruter le conseiller auditeur dans d'autres viviers<sup>24</sup>. Le Sénat a néanmoins constaté que cette suppression aboutissait malencontreusement à éliminer du même coup les garanties destinées à encadrer la nomination du conseiller auditeur. Or, a-t-il noté, il faut assurer l'indépendance de celui-ci « *vis-à-vis non seulement du collège et des services d'instruction de l'Autorité, mais aussi des parties et de leurs conseils. Il semble donc particulièrement regrettable, voire dangereux, de revenir sur cette garantie : le conseiller auditeur ne doit en effet donner prise à aucun soupçon relatif à son indépendance, ni courir le risque de se trouver confronté à des accusations de partialité ou de conflit d'intérêt. Prévue pour aider au règlement des difficultés de procédure, l'intervention du conseiller auditeur pourrait même jouer "à rebours" et être contre-productive en donnant elle-même lieu à des accusations de la part de certaines parties* »<sup>25</sup>. C'est finalement une solution en forme d'alternative qui a été retenue : à défaut d'être choisi dans la magistrature, le conseiller auditeur devra présenter des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes.

### *L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions*

Comme prévu par l'ordonnance<sup>26</sup>, c'est à la date de la première réunion du collège, qui demeure composé de 17 membres mais compte 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 décalé dans le temps par rapport à ce qu'avait initialement prévu le Parlement, qui l'avait fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2009 au plus tard<sup>27</sup>. 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 réglées.

Cette première réunion, qui s'est tenue le 2 mars 2009<sup>28</sup>, a permis au collège de prendre une première série de décisions visant à assurer la transition vers le nouveau régime (reprise des communiqués de procédure du Conseil sur le programme de

23. 2<sup>e</sup> du I de l'article 95 de la LME, modifiant le quatrième alinéa de l'article L. 461-4 du Code de commerce.

24. Rapport n° 167 du Sénat, précité, p. 94.

25. Rapport n° 167 du Sénat, précité, pp. 99-100.

26. Article 5 de l'ordonnance.

27. Articles 95 et 96 de la LME.

28. Avis relatif à la première réunion de l'Autorité, publié au *JORF* n° du 3 mars 2009, texte n° 50 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

clémence français<sup>29</sup> et sur les engagements en matière de concurrence<sup>30</sup>; adoption d'une décision fixant les règles de quorum applicables aux différentes formations du collège jusqu'à l'adoption du règlement intérieur de l'Autorité<sup>31</sup>), et à lancer un premier ensemble de chantiers (projets de règlement intérieur, de charte de déontologie et de communiqué de procédure relatif au contrôle des concentrations<sup>32</sup>). Le collège a également donné un avis favorable sur la candidate proposée par la ministre de l'Économie pour occuper les fonctions de rapporteur général<sup>33</sup>, après avoir auditionné l'intéressée, qui a pris ses fonctions<sup>34</sup> et nommé ses principaux collaborateurs dans la foulée<sup>35</sup>, permettant à l'Autorité d'être en ordre de marche. Enfin, le président a affecté les membres aux différentes formations du collège<sup>36</sup>.

S'agissant de l'application des nouvelles dispositions aux affaires en cours, il a été prévu<sup>37</sup> 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 des affaires qui a prévalu. Cette organisation, expressément limitée aux règles d'examen des affaires, 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.

## La transformation du Conseil en Autorité

La réforme renforce très sensiblement l'Autorité chargée d'assurer la régulation concurrentielle des marchés, tout en préservant l'équilibre entre l'efficacité administrative et la protection des droits des entreprises.

29. Communiqué de procédure du 2 mars 2009 sur le programme de clémence français ([http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cpro\\_autorite\\_2mars2009\\_clemence.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_clemence.pdf)).

30. Communiqué de procédure du 2 mars 2009 sur les engagements en matière de concurrence ([http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cpro\\_autorite\\_2mars2009\\_engagements\\_antitrust.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagements_antitrust.pdf)).

31. Décision du 2 mars 2009 portant fixation des règles de quorum applicables aux différentes formations du collège ([http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/decision\\_2mars2009\\_fixation\\_regles\\_quorum.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/decision_2mars2009_fixation_regles_quorum.pdf)).

32. [http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=325](http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=325).

33. Avis 09-A-05 du 2 mars 2009 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de rapporteur général (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/09a05.pdf>).

34. Arrêté du 3 mars 2009 portant nomination du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, publié au *JORF* n° 54 du 5 mars 2009, page 4130, texte n° 70 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

35. Communiqué de presse sur [http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=305&cid\\_article=1097](http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=305&cid_article=1097).

36. Décision [http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/decision\\_2mars2009\\_formationen\\_college\\_.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/decision_2mars2009_formationen_college_.pdf).

37. III de l'article 5 de l'ordonnance.

## *Une autorité indépendante renforcée*

La réforme procède à un quadruple renforcement de l'Autorité, en innovant mais aussi en confirmant des apports dégagés par la jurisprudence, en faisant fruit de solutions retenues par le législateur dans le cas d'autorités administratives indépendantes (ci-après « *AAI* ») postérieurement au Conseil et, par une sorte de clin d'œil historique, en intégrant des propositions qui figuraient déjà dans le rapport que le groupe de travail présidé par Jean Donnedieu de Vabres avait remis à Édouard Balladur dans le cadre de la préparation de l'ordonnance de 1986<sup>38</sup>.

### *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 part<sup>39</sup>.

Cette qualification 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, sont marqués au coin des principes du procès équitable.

Simplement, le Code de commerce rappelle que la mise en œuvre de ces principes n'aboutit pas à faire de l'Autorité une juridiction ou, pour reprendre un terme fréquemment employé mais rarement explicité, une « quasi-juridiction ». Il faut au contraire se souvenir que le législateur a fait, en 1986, le choix 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 conféré de nombreuses attributions, qui incluent effectivement la sanction, mais ne s'y limitent pas.

La LME marque au demeurant la poursuite 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 économiques<sup>40</sup> et la faculté de prendre l'initiative de publier des avis publics sur des questions générales de concurrence ou de formuler des recommandations au Gouvernement sur le fonctionnement concurrentiel des marchés<sup>41</sup> sont les plus visibles de ces nouveaux pouvoirs et de ces nouveaux outils, mais la LME en compte bien d'autres : pouvoir de traiter les cas d'abus de position dominante rattachables à une concentration<sup>42</sup>, devoir de veiller à l'exécution des décisions<sup>43</sup>,

38. Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, publiée au *JORF* du 9 décembre 1986, pp. 14773 et s., et codifiée aux articles L. 410-1 à L. 470-7 du Code de commerce (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

39. I de l'article L. 461-1 du Code de commerce.

40. Articles L. 430-1 à L. 430-10 du Code de commerce.

41. Article L. 462-4 du Code de commerce.

42. Article L. 430-9 du Code de commerce.

43. Article L. 464-8 du Code de commerce.

faculté de poursuivre une instruction d'office en cas de désistement du plaignant<sup>44</sup>, possibilité de traiter les cas d'obstruction à l'instruction<sup>45</sup>, etc.

### *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'Autorité<sup>46</sup>. Il tire aussi les conséquences de l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003<sup>47</sup>, 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 réseau européen de la concurrence (ci-après le «*REC*»), en tant qu'ANC française, et ses autres activités internationales, qu'il s'agisse de contribuer aux travaux des organisations multilatérales (OCDE, CNUCED, etc.) ou du réseau international de la concurrence («*ICN*»), ou encore de nouer des coopérations bilatérales.

Cette mission se traduit, en pratique, par un renforcement des attributions de l'Autorité en matière de coopération européenne et internationale : faculté de conclure des conventions, d'échanger des informations ou de conduire des enquêtes avec d'autres autorités<sup>48</sup>; pouvoir d'appliquer le droit communautaire dans l'hypothèse où des pratiques anticoncurrentielles affectent les échanges entre les États membres de l'Union européenne<sup>49</sup>; etc. Y figure en bonne place l'assistance à la Commission européenne dans le cadre d'enquêtes effectuées sur le territoire national en vertu du règlement n° 1/2003<sup>50</sup> : cette activité, qui était en pratique exercée uniquement par les services du ministre chargé de l'Économie dans le système antérieur, bien que les services d'instruction du Conseil aient aussi été compétents en la matière, est désormais du ressort exclusif des services d'instruction de l'Autorité<sup>51</sup>.

### *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.

44. Article L. 462-8 du Code de commerce.

45. V de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

46. I de l'article L. 461-1 du Code de commerce.

47. 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 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>).

48. Article L. 462-9 du Code de commerce.

49. Article L. 470-6 du Code de commerce.

50. I de l'article L. 450-1 du Code de commerce.

51. Article R. 450-1 du Code de commerce.



D'abord, comme cela avait déjà été évoqué<sup>52</sup>, 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 parlementaires compétentes en matière de concurrence au terme d'une audition du candidat proposé par le Gouvernement<sup>53</sup>. Cette procédure a été mise en œuvre dès janvier 2009<sup>54</sup>.

Ensuite, l'Autorité présentera désormais chaque année son rapport annuel au Parlement et au Gouvernement – et non plus au seul ministre chargé de l'Économie, comme dans le système antérieur<sup>55</sup>.

Enfin, elle pourra dialoguer plus régulièrement avec les commissions parlementaires compétentes en matière de concurrence<sup>56</sup> et présenter son bilan et ses perspectives au Parlement chaque année<sup>57</sup>, mécanismes qui lui permettront de « porter » les messages de la politique de la concurrence au cœur du débat législatif.

### *Achèvement de la séparation des fonctions d'instruction et de décision*

En quatrième et dernier lieu, la LME parachève, sur deux points, 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 relative aux nouvelles régulations économiques de 2001<sup>58</sup>.

D'abord, elle formalise l'existence des services d'instruction de l'Autorité, placés sous l'autorité du rapporteur général<sup>59</sup>. Ensuite, elle transfère à celui-ci une série de tâches qui étaient restées entre les mains du collègue ou du président en 2001, mais dont le rattachement à la conduite de la procédure d'instruction pouvait aussi être envisagé (gestion des secrets d'affaires<sup>60</sup>, prorogation des délais impartis pour répondre à la notification des griefs ou au rapport<sup>61</sup> et déclenchement de la procédure simplifiée<sup>62</sup>). Ces opérations se font désormais sous le regard du collègue, qui est le juge naturel de la régularité de la procédure d'instruction.

52. 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<sup>e</sup> anniversaire du Conseil de la concurrence, Paris, 15 mars 2007 ([http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention\\_lasserre\\_2007\\_03\\_15\\_lamy.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_lasserre_2007_03_15_lamy.pdf)).

53. II de l'article L. 461-1 du Code de commerce.

54. Compte rendu n° 27 de la commission des Affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale, du 7 janvier 2009 (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/cr-cpro/08-09/c0809027.pdf>) et bulletin de la commission des Affaires économiques du Sénat, du 7 janvier 2009 (<http://www.senat.fr/bulletin/20090105/eco.html#toc5>).

55. Article L. 461-5 du Code de commerce.

56. Article L. 461-5 du Code de commerce.

57. Article L. 461-5 du Code de commerce.

58. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, publiée au *JORF* n° 113 du 16 mai 2001, pp. 7776 et s., texte n° 2 (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

59. Article L. 461-4 du Code de commerce.

60. Article L. 463-4 du Code de commerce.

61. Article L. 463-2 du Code de commerce.

62. Article L. 463-3 du Code de commerce.



Dans le même temps, la LME manifeste, de façon on ne peut plus claire, le choix politique du Parlement et du Gouvernement, qui a consisté, après mûre réflexion, à abandonner notre vieux système dualiste au profit d'une autorité de la concurrence unifiée, dont les attributions sont exercées par un collège jouant le rôle de garant de la régulation concurrentielle des marchés et dont le président rend des comptes annuellement au Parlement.

Les textes mettent donc en place un équilibre très réfléchi, dans lequel les services d'instruction sont dotés de tous les moyens nécessaires pour exercer une véritable surveillance concurrentielle des marchés, afin de permettre au collège d'exercer sa mission de régulation de la concurrence. Ils sont coordonnés au sein d'une autorité unique, dont la culture est celle du résultat. Dans le cas particulier où l'outil choisi par celle-ci est le recours à la notification de griefs, qui ouvre la perspective d'une incrimination et d'une sanction, un système de « *checks and balances* » spécifique est prévu : la séparation des fonctions, qui assure aux entreprises le bénéfice systématique d'un double regard, celui des services instruisant à charge et à décharge, dans le respect du contradictoire, et celui du collège, qui ne joue aucun rôle dans l'instruction et se prononce dès lors en toute impartialité. Dans les autres cas (contrôle des concentrations et attributions consultatives), l'absence de toute perspective d'accusation et de sanction permet aux services et au collège de travailler en continuité, au bénéfice des opérateurs économiques.

### *Un renforcement institutionnel équilibré par un renforcement des droits des entreprises*

#### *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'État 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, 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 délibéré<sup>63</sup>, tandis que le collège, qui n'intervenait à

63. Article L. 463-7 du Code de commerce.

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 (BundesKartellamt allemand, Office of Fair Trading britannique, etc.), à l'exception notable de la Comisión 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 notifiés aussi bien que sur le rapport<sup>64</sup>, et par un contradictoire oral à l'occasion d'une séance permettant à toutes les parties de faire valoir leurs arguments devant le collège<sup>65</sup>. 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. Ensuite, l'expérience a montré que tout le monde en sortait gagnant : les entreprises poursuivies et saisissantes, parce que l'impartialité, le contradictoire et les droits de la défense sont garantis non seulement devant le juge, mais aussi en amont, devant l'autorité administrative ; et l'Autorité elle-même, parce que la totale liberté dont jouit le collège face aux propositions des services d'instruction est un gage de rigueur et de solidité des décisions prises.

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.

64. Articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce.

65. Article L. 463-7 du Code de commerce.

### *Création d'un conseiller auditeur*

Dans ces conditions, c'est par la création d'un conseiller auditeur<sup>66</sup> qu'a été parachevé l'équilibre entre les pouvoirs conférés à l'Autorité et les droits reconnus aux entreprises.

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. Le droit communautaire ne prévoit pas de séparation des fonctions d'instruction et de décision. La Commission européenne instruit et décide les affaires de pratiques anticoncurrentielles. Le conseiller auditeur a donc été créé pour permettre aux entreprises de faire trancher par un tiers certaines questions de procédure, par exemple l'accès au dossier. En droit français, la séparation des fonctions administratives d'instruction et de décision fait du collège de l'Autorité le juge naturel de la régularité du déroulement de la procédure d'instruction. Concrètement, les parties peuvent se tourner vers le collège pour contester tous les aspects du travail d'instruction effectué par les rapporteurs sous l'autorité du rapporteur général. Le collège doit alors examiner leurs critiques. S'il découvre des irrégularités, il peut les sanctionner de différentes manières, en fonction du problème constaté : en renvoyant tout ou partie du dossier à l'instruction, en mettant une entreprise hors de cause, ou encore en prononçant un non-lieu total ou partiel. Dans ce contexte, il aurait été paradoxal – et peu efficace – de soustraire certaines questions au contrôle du collège pour les faire trancher individuellement par le conseiller auditeur, dont les décisions auraient pu faire l'objet de recours autonomes, ce qui aurait encore accru la complexité et la durée des procédures.

C'est pourquoi le positionnement du conseiller auditeur est celui d'un expert procédural, disponible pour aider les entreprises mises en cause ou saisissantes à désamorcer d'éventuelles difficultés « au fil de l'eau », à tout moment du déroulement de la procédure d'instruction contradictoire écrite, comprise entre l'envoi de la notification de griefs prévue par l'article L. 463-1 du Code de commerce et la séance visée à l'article L. 463-4 du même code. Sa création vise, on le voit, à aider à remédier à d'éventuels problèmes en amont, sans avoir à attendre la séance, à l'issue de laquelle le collège n'aurait 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.

Conformément à l'équilibre voulu par le Gouvernement et le Parlement, son intervention est ciblée sur les affaires donnant lieu à une notification de griefs, c'est-à-dire les cas dans lesquels les services d'instruction de l'Autorité s'orientent vers la mise en cause d'une ou de plusieurs entreprises pour entente ou pour abus de position dominante. Dans toutes ces affaires, les entreprises mises en cause auront la possibilité de se tourner vers le conseiller auditeur lorsqu'elles estiment qu'un fait ou un acte intervenu à compter de la notification de griefs, et jusqu'à la

66. Articles L. 461-4 et R. 461-9 du Code de commerce.

réception de la convocation à la séance, pose une question relative au respect de leurs droits. À l'initiative du Conseil<sup>67</sup>, cette faculté a également été ouverte aux entreprises saisissantes, afin de ne pas rompre l'égalité des armes.

Les faits et les actes concernés pourront avoir trait, par exemple, au traitement du secret des affaires par le rapporteur général ou aux conditions de réalisation d'une mesure d'instruction ou d'investigation décidée par un rapporteur – à condition, on l'a vu, que cette mesure d'investigation soit postérieure à la notification de griefs, puisque la mise en place du conseiller auditeur répond à la volonté de fluidifier le déroulement de la procédure contradictoire ouverte par l'envoi d'une notification de griefs. Celui-ci n'a donc pas vocation à doubler le juge des libertés et de la détention, devant lequel peuvent être contestés l'autorisation et le déroulement des opérations de visites et de saisies ayant eu lieu avant la notification de griefs.

L'intervention du conseiller auditeur donnera lieu à la rédaction d'un rapport adressé au président de l'Autorité au plus tard dix jours ouvrés avant la séance et destiné à permettre à la formation 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 collégialement à cet égard.

### *Modernisation du régime applicable aux opérations de visites et de saisies*

La réforme a également conduit à modifier le régime des opérations de visites et de saisies, sous deux aspects.

#### *Autorisation et déroulement des opérations*

En premier lieu, le cadre dans lequel peuvent se dérouler des mesures d'enquête « lourdes », autrement dit des opérations de visites et de saisies pouvant être effectuées à l'initiative du rapporteur général de l'Autorité ou du ministre chargé de l'Économie, fait l'objet de trois précisions notables.

Tout d'abord, l'ordonnance par laquelle le juge des libertés et de la détention autorise une telle opération doit désormais comporter, outre l'indication des délais et des voies de recours dont dispose l'occupant des lieux ou son représentant<sup>68</sup>, la mention de la faculté donnée à ces derniers de faire appel à un conseil de leur choix<sup>69</sup>. L'exercice de cette faculté par l'intéressé n'entraîne pas, indique le texte, la suspension de l'opération. Ensuite, la réforme précise que l'occupant des lieux peut désigner un ou plusieurs représentants pour assister à la visite et signer le procès-verbal<sup>70</sup>. Enfin, le Code de commerce prévoit que les agents des services d'instruction de l'Autorité ainsi que ceux de la DGCCRF peuvent effectuer, en cours d'opération, des auditions de l'occupant des lieux et, le cas échéant, de son

67. Avis 08-A-05 du Conseil, précité, point 56.

68. Article R. 450-2 du Code de commerce.

69. Cinquième alinéa de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

70. Septième alinéa de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

ou de ses représentants, afin de recueillir de leur part toute information ou explication utile à l'enquête<sup>71</sup>.

### *Contrôle des opérations*

En second lieu, les règles encadrant le contentieux lié aux opérations de visites et de saisies ont été revues 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 fiscale<sup>72</sup>. En effet, bien que le régime mis en place par le livre IV du Code de commerce ne soit pas identique à 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 dispositions<sup>73</sup>, 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. L'appel, qui n'est pas suspensif, doit être formé dans un délai de quinze jours, identique au délai de pourvoi en 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. Les délais impartis pour ce recours et ce pourvoi sont eux aussi de quinze jours.

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

En revanche, on l'a vu, 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.

## Le nouveau contrôle des concentrations

Mis bout à bout, les changements institutionnels et de fond résultant de la LME et de l'ordonnance modifient très sensiblement le visage de l'Autorité par rapport à celui du Conseil. Mais l'élément emblématique de la réforme est sans conteste la

71. Huitième alinéa de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

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

73. Article L. 450-4 du Code de commerce.

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, selon des modalités naturellement variables, par nombre d'États 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, mais le représentant du pouvoir exécutif peut « reprendre la main » dans les cas stratégiques, au terme de la procédure de contrôle, en évoquant les aspects non concurrentiels de l'affaire<sup>74</sup>. La création d'un guichet unique chargé du contrôle des concentrations s'accompagne donc de la mise en place d'un dispositif permettant au politique d'intervenir en cas de fusion stratégique.

### *Un guichet unique pour le contrôle des concentrations*

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.

#### *Intégration des deux temps de la procédure de contrôle*

En premier lieu, les projets de concentrations sont désormais notifiés à l'Autorité<sup>75</sup>, qui gèrera donc l'ensemble des procédures jusqu'à la prise d'une décision finale et à son suivi.

L'équilibre antérieur entre les deux temps de la procédure de contrôle (dits phase 1 et 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 rapide<sup>76</sup>, au besoin en convenant d'engagements avec les entreprises concernées<sup>77</sup>.

Ce dispositif ne modifie en rien la procédure préalable à la prise de décision, qui reste celle prévue par les dispositions assez générales du Code de commerce, telles qu'explicitées par les lignes directrices sur le contrôle des concentrations<sup>78</sup>. Il ne concerne donc que la prise de décision proprement dite. Comme l'ont noté les

74. Voir Fabien Zivy, « Quel système institutionnel pour la régulation de la concurrence ? Un portrait de famille européen », *Concurrences*, n° 4-2007, novembre 2007 ([http://www.concurrences.com/IMG/pdf/09\\_doctrine\\_zivy\\_4\\_2007-2.pdf](http://www.concurrences.com/IMG/pdf/09_doctrine_zivy_4_2007-2.pdf)).

75. Article L. 430-3 du Code de commerce.

76. Articles L. 430-5 et L. 461-3 du Code de commerce.

77. II de l'article L. 430-5 du Code de commerce.

78. Lignes directrices du ministère de l'Économie (DGCCRF) du 30 avril 2007 relatives au contrôle des concentrations ([http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/lignesdirectrices\\_dgccrf\\_concen\\_07.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/lignesdirectrices_dgccrf_concen_07.pdf)), points 2.2-2.7.

parlementaires<sup>79</sup>, il s'inscrit dans la continuité de ce qui existait avant la réforme, tout en offrant davantage de flexibilité, dans l'intérêt des entreprises notifiantes. En effet, alors que le ministre chargé de l'Économie était tenu de prendre seul les décisions d'autorisation avec ou sans engagements au terme de la phase 1, le président de l'Autorité n'aura plus qu'une simple faculté de le faire. Cela permet de continuer à prendre ces décisions rapidement, dans l'intérêt de la vie des affaires, mais n'interdit pas à l'Autorité de se prononcer collégalement si cela peut aider, par exemple, à la réflexion sur d'éventuels engagements. Il faut cependant noter que, même dans l'hypothèse où la décision est prise par le président ou par un vice-président statuant seul, cela n'exclut pas un éventuel partage de diagnostic entre celui-ci et d'autres membres du collège, l'Autorité étant une autorité administrative indépendante et non une juridiction<sup>80</sup>.

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 approfondi<sup>81</sup>, pendant laquelle les parties pourront faire valoir leurs arguments non seulement devant les services, mais aussi devant la formation collégiale appelée à décider<sup>82</sup>.

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 cinq 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 1<sup>83</sup>. 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 – de même qu'il aurait été manifestement incompatible avec l'indépendance de l'Autorité, comme l'ont noté les parlementaires, que le ministre puisse lui demander d'effectuer des enquêtes pour son compte, ainsi que cela avait été initialement envisagé dans l'avant-projet d'ordonnance<sup>84</sup>.

Enfin, l'Autorité devient logiquement le guichet compétent pour traiter les cas de concentration renvoyés par la Commission européenne<sup>85</sup>.

### *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.

79. Rapport n° 167 du Sénat, précité, p. 98.

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

81. III de l'article L. 430-5 et article L. 430-6 du Code de commerce.

82. Article L. 430-6 du Code de commerce.

83. I de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce.

84. Rapport n° 167 du Sénat, précité, p. 96.

85. Articles L. 430-3 et R. 430-3 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 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 imparti à l'Autorité est réduit à 65 jours ouvrables<sup>86</sup> à compter de l'ouverture de la phase 2, à comparer aux quatre mois (soit environ 90 jours ouvrables) prévus par le système antérieur.

Le sens de la décision finale doit être rendu public selon des modalités qui ne diffèrent pas du régime antérieur<sup>87</sup>, si ce n'est que la publication au BOCCRF, dans son format « papier », est désormais remplacée par une mise en ligne sur le site Internet de l'Autorité. Cette mise en ligne fera courir le délai de recours à l'égard des tiers, dans la mesure où elle sera assurée dans des conditions garantissant pleinement la sécurité juridique.

Les décisions de l'Autorité peuvent, comme celles du ministre dans le régime antérieur, faire l'objet d'un recours en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État<sup>88</sup>.

### *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'Économie<sup>89</sup>.

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 maintenue<sup>90</sup>, 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 atteste l'analyse qu'en fait la Commission

86. I de l'article L. 430-7 du Code de commerce.

87. Articles L. 430-10 et R. 430-6, R. 430-7, D. 430-8 du Code de commerce.

88. Article R. 430-9 du Code de commerce.

89. II de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce.

90. Article L. 430-6 du Code de commerce.



européenne<sup>91</sup> ou la jurisprudence récente des cours européennes<sup>92</sup>. 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 consommateurs<sup>93</sup>. L'équipe dédiée aux concentrations pourra bénéficier du renfort possible des services antitrust pour les phases 2 – qui sont par nature plus lourdes et dont l'analyse peut gagner à intégrer le regard plus horizontal ou plus spécialisé de certains rapporteurs. L'équipe du chef économiste aura aussi vocation à participer à cet échange de diagnostics, dont la solidité et la cohérence de la décision finale sortiront évidemment gagnantes.

### *Recherche de gains d'efficacité procéduraux*

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 automatiquement l'ouverture d'une phase d'examen approfondi. La nouvelle rédaction du Code de commerce continue au contraire de permettre

91. Communication de la Commission européenne n° 2004/C 101/08 du 27 avril 2004 portant lignes directrices concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité CE ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/art81\\_3.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/art81_3.html)).

92. Arrêt du TPICE, 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services / Commission, aff. T-168/01.

93. 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<sup>e</sup> conférence internationale sur la concurrence et de la 14<sup>e</sup> journée européenne de la concurrence, Munich, 25 au 25 mars 2007 ([http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention\\_lasserre\\_2007\\_03\\_24\\_munich.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_lasserre_2007_03_24_munich.pdf)).

aux entreprises de proposer des engagements dès le premier jour de la phase 1<sup>94</sup>, 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 quinze jours, mais susceptible d'être fractionnée, afin de les finaliser<sup>95</sup>. On ne peut qu'inciter les entreprises à faire fruit de ces dispositions.

Le mécanisme d'arrêt des pendules à l'initiative des parties prévu en phase 2<sup>96</sup> 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. Ce dernier aurait plutôt vocation à s'appliquer, par exemple, dans l'hypothèse où une entreprise omettrait de fournir les informations demandées par les services de l'Autorité dans le délai imparti à cet effet, ou bien de porter à sa connaissance un élément ayant une incidence sur le diagnostic concurrentiel, mais dont l'Autorité apprendrait l'existence par une autre voie (information signalée par un tiers ou par la presse, etc.). L'Autorité pourrait alors suspendre le délai d'examen jusqu'à ce que l'ensemble des informations en question lui soient adressées par l'intéressée.

### *Mise en pratique de la réforme*

En pratique, l'organisation retenue à ce stade est axée sur la constitution d'une équipe dédiée conçue pour fonctionner selon trois principes directeurs.

Premier principe, celui de l'intégration : le service des concentrations devra être intégré aux services d'instruction, pour la bonne et simple raison qu'il n'est pas question de répliquer en interne l'ancienne dualité institutionnelle.

Deuxième principe, celui de l'efficacité : cette équipe, composée d'économistes et de juristes, sera dirigée par un chef de service chevronné, qui devra évidemment être un expert reconnu du contrôle des concentrations, mais qui sera aussi rompu à l'antitrust. Cette personne sera directement responsable auprès de la rapporteure générale et du membre du collège assurant le pilotage du cas (le « référent » en quelque sorte), car la chaîne de commandement doit être aussi courte et réactive que possible, afin de permettre aux parties d'avoir très vite un maximum de visibilité quant au diagnostic concurrentiel. On le voit bien dans les discussions qu'on peut avoir au sein de l'ICN ou de l'OCDE, les entreprises et leurs conseils veulent être certains – à juste titre – que les équipes auxquelles ils ont affaire sont effectivement supervisées, que les décideurs sont informés du cas dès le départ et qu'ils pilotent vraiment les dossiers.

Troisième principe, celui de la dialectique : le service des concentrations ne doit pas être isolé dans une tour d'ivoire, mais, au contraire, travailler en constante interaction avec les autres services, qu'il s'agisse non seulement de celui du chef économiste mais également, en cas de phase 2 (et uniquement en cas de phase 2), des rapporteurs des services antitrust qui viendraient en renfort pour apporter un éclairage supplémentaire.

94. II de l'article L. 430-5 du Code de commerce.

95. II de l'article L. 430-5 du Code de commerce.

96. II de l'article L. 430-7 du Code de commerce.

Dans le cas où le président ou le vice-président délégué par lui décide d'ouvrir la phase d'examen approfondi parce que des difficultés subsistent à l'issue du calendrier très serré de la phase 1 – par exemple, parce que des engagements n'ont été proposés que trop tard – l'organisation précédemment en vigueur est préservée, avec un contradictoire écrit et une séance devant le collège, mais les entreprises bénéficient de tous les gains d'efficacité assurés par la réforme : guichet unique, raisonnement intégré sur tous les aspects de l'opération, délais réduits, etc.

### *Un espace stratégique retrouvé pour le politique*

#### *Faculté d'évocation ministérielle en cas de concentration stratégique pour le pays*

Par rapport au système antérieur, qui conduisait le ministre chargé de l'Économie à refaire le bilan concurrentiel préalablement effectué par l'autorité spécialisée, d'une part, et l'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. À l'issue du bilan concurrentiel effectué par l'Autorité et de la décision prise au terme de la phase 2, le ministre chargé de l'Économie peut désormais, dans un délai global ne pouvant excéder 25 jours ouvrables<sup>97</sup>, décider d'évoquer une affaire de concentration posant des questions d'ordre stratégique, extérieures à la concurrence, et prendre une décision motivée à ce sujet, sans revenir sur le bilan concurrentiel effectué par l'Autorité.

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 plusieurs raisons.

Tout d'abord, elle devrait être extrêmement rare. Les parlementaires ont en effet rappelé, pendant les débats relatifs au projet de LME<sup>98</sup>, 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 cas vraiment exceptionnels.

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 chargé de l'Économie 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, comme l'avait recommandé le Conseil dans son avis du 18 avril 2008<sup>99</sup>. Autrement dit, l'analyse concurrentielle ne peut ni justifier l'évocation de l'affaire, ni surtout fonder la décision du ministre chargé de l'Économie.

97. II de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce.

98. Rapport n° 413 du Sénat, du 24 juin 2008, fait au nom de la commission spéciale de modernisation de l'économie par Laurent Bêteille, Élisabeth Lamure et Philippe Marini (<http://www.senat.fr/rap/107-413-1/107-413-11.pdf>), pp. 333-334.

99. Avis 08-A-05 du Conseil, précité, point 27.

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 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 de 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.

Dans les cas où le ministre chargé de l'Économie évoque une affaire, des mécanismes ont été prévus pour concilier la garantie de l'intérêt général et la protection des intérêts particuliers. Le ministre doit, premièrement, entendre les parties à l'opération avant de statuer<sup>100</sup>. Deuxièmement, sa décision doit être motivée<sup>101</sup>. Troisièmement, elle est portée à la connaissance du public, par voie de publication au BOCCRF, sous réserve des secrets d'affaires qu'elle pourrait éventuellement contenir<sup>102</sup>. Quatrièmement, elle est naturellement susceptible d'être soumise au contrôle du Conseil d'État, à l'instar des décisions de l'Autorité<sup>103</sup>.

### *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 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<sup>104</sup>. En d'autres termes, l'intervention du ministre chargé de l'Économie 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

100. II de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce.

101. Même disposition.

102. Articles L. 430-10 et R. 430-6, R. 430-7, D. 430-8 du Code de commerce.

103. Article R. 430-9 du Code de commerce.

104. Avis 08-A-05 du Conseil, précité, points 28-30.

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 financier<sup>105</sup>, existent déjà pour traiter les cas dans lesquels des opérations de concentration sont de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation. 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 États membres de l'Union européenne. Mais, contrairement à ce qui est le cas dans ces pays, une opération autorisée par l'Autorité sous engagements, voire sans conditions, pourrait aussi être interdite au motif qu'elle est contraire à l'intérêt 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. En outre, le fait de disposer de toute la palette des instruments permettra à l'Autorité d'intervenir de la façon la plus appropriée, en choisissant à chaque fois celui qui lui paraît être le plus adapté au cas : faut-il agir sur la structure du marché ou privilégier une modification des comportements ? Faut-il aller au contentieux ou opter pour une solution négociée, ou encore privilégier la voie d'un avis ?

## Le nouveau contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles est rassemblé sous un même toit et très largement modernisé, même si l'édifice 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.

<sup>105</sup>. Articles L. 151-2 à L. 151-4 du Code monétaire et financier.

## *Un contrôle unifié*

Bien que la question de la séparation artificielle des pouvoirs d'enquête et d'instruction ait souvent été mise en cause, 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 permis par une concentration et le pouvoir de contrôler la bonne exécution des décisions du Conseil 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.

### *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 anticoncurrentielles<sup>106</sup> qui est très 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 notamment se concrétiser de deux manières. D'un côté, le nouveau système 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 l'on s'oriente vers une sanction, les entreprises devraient être incitées à opter plus rapidement pour une stratégie consistant à « tourner la page », en renonçant à contester les griefs.

### *Unification du contrôle des pratiques unilatérales*

En deuxième lieu, le transfert du pouvoir de traiter les abus liés à une opération de concentration<sup>107</sup> à l'autorité indépendante obéit à la même logique de cohérence et d'efficacité, puisque 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. Elle le fera dans un cadre procédural modernisé et plus soucieux de sécurité juridique, le montant

<sup>106.</sup> I et III de l'article L. 450-1 du Code de commerce.

<sup>107.</sup> Article L. 430-9 du Code de commerce.

des astreintes étant notamment aligné sur celui des astreintes prévues en droit des pratiques anticoncurrentielles<sup>108</sup>. C'est enfin elle qui traitera l'ensemble du contentieux relatif au non-respect d'engagements pris par les entreprises au titre du contrôle des concentrations – que ce soit envers l'Autorité ou, antérieurement à la réforme, envers le ministre chargé de l'Économie. Dans la seconde hypothèse, un mécanisme alternatif de remontée d'informations est prévu : l'Autorité pourra se saisir d'office, à l'initiative de son rapporteur général<sup>109</sup>, mais elle pourra aussi être saisie par le ministre chargé de l'Économie<sup>110</sup>, dont les services ont conservé la « mémoire » des décisions en question.

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 expressément 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 structurels<sup>111</sup>, à l'image de ce que prévoit le règlement n° 1/2003<sup>112</sup>. La portée de cet éclatement des outils est cependant à relativiser, l'essentiel étant leur réunion dans une seule et même main.

### *Unification du contrôle et du suivi des décisions*

En troisième et dernier lieu, le transfert du contrôle de l'exécution des décisions<sup>113</sup> est fondamental, puisque l'une des caractéristiques essentielles des ANC, à la différence des juges, 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. C'est en ce sens qu'elles doivent être mues par une culture de résultat, d'un point de vue qualitatif et non pas seulement quantitatif. Le Conseil avait commencé à défricher ce terrain avec son communiqué de procédure sur les engagements en matière de concurrence<sup>114</sup>, mais l'ordonnance donne à l'Autorité les moyens de s'engager plus largement dans cette voie, que ce soit dans le domaine de l'antitrust ou dans celui des concentrations.

108. Article L. 430-8 du Code de commerce.

109. III de l'article L. 462-5 du Code de commerce.

110. I de l'article L. 462-5 du Code de commerce.

111. Voir Bruno Lasserre, *Remedies and sanctions for unlawful unilateral conduct : the French experience*, discours prononcé lors de la 34<sup>e</sup> conférence internationale sur le droit et la politique de concurrence de l'Institut de droit de la concurrence de Fordham, New York, 27-28 septembre 2007 ([http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/fordham\\_2007.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/fordham_2007.pdf)).

112. Article 7 § 1 du règlement n° 1/2003.

113. Article L. 464-8 du Code de commerce.

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



## *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.

### *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 la question des effets du désistement d'un plaignant<sup>115</sup> ou sur celle de l'interaction entre la prescription pénale et celle prévue en droit de la concurrence<sup>116</sup>.

Mais les enseignements tirés de l'expérience pratique du Conseil ont aussi conduit à moderniser la procédure, à la fluidifier, – c'est le cas par exemple concernant les modalités de déclenchement de la procédure simplifiée<sup>117</sup> ou sur le traitement des secrets d'affaires<sup>118</sup> –, ou à lui donner davantage de flexibilité, 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'Autorité<sup>119</sup>.

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 commerce<sup>120</sup>. De même – mais c'est la conséquence naturelle du transfert du pouvoir d'enquête du ministre chargé de l'Économie vers le 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 autosaisie), comme dans le système antérieur. En pratique, cela permettra aux services d'instruction d'intervenir comme pouvaient déjà le faire les services du ministre<sup>121</sup>, en effectuant des mesures d'investigation sans nécessairement que celles-ci débouchent en fin de compte sur une décision 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 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

115. Article L. 462-8 du Code de commerce.

116. Article L. 462-7 du Code de commerce.

117. Article L. 463-3 du Code de commerce.

118. Article L. 463-4 du Code de commerce.

119. III de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

120. I de l'article L. 450-1 du Code de commerce.

121. II de l'article L. 450-1 du Code de commerce.



introduisant par ailleurs des avancées significatives, a manifestement servi de standard. Par exemple, le dispositif prévu pour permettre un traitement administratif<sup>122</sup> et non plus nécessairement pénal<sup>123</sup> des cas d'obstruction, et de privilégier des solutions proportionnées à chaque cas, s'inspire visiblement des dispositions prévues par ce règlement<sup>124</sup>. La même remarque vaut pour la prescription absolue de dix ans courant à compter de la cessation d'une pratique anticoncurrentielle<sup>125</sup>.

Mais d'autres corpus juridiques, à commencer par ceux applicables aux autorités administratives indépendantes de régulation économique telles que l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'ARCEP, la CRE ou le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), 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.

### *Les services d'instruction, piliers de la surveillance concurrentielle des marchés*

#### *Des pouvoirs d'enquête élargis et renforcés*

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 mesures d'enquête dites soit « *simples*<sup>126</sup> » (accéder à des locaux, demander la communication de livres, recueillir des renseignements et des explications sur place ou sur convocation, dans le cadre d'auditions, etc.), soit « *lourdes*<sup>127</sup> » (c'est-à-dire intervenant dans le cadre d'opérations de visites et de saisies). Cependant, ce pouvoir ne pouvait être exercé que dans le cadre inutilement rigide d'« *affaires* » préalablement ouvertes par le biais de saisines apportées par des entreprises, associations, etc. ou d'autosaisines déclenchées par le collège. Comme indiqué précédemment, ils pourront désormais effectuer toute mesure d'investigation nécessaire à la mise en œuvre des règles de concurrence<sup>128</sup>, quitte à ne pas notifier de griefs si le dossier ne le justifie pas. L'ouverture d'une « *affaire* », c'est-à-dire l'inscription d'un cas contentieux au rôle du collège, 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 notifier de griefs, ouvrant ainsi la procédure d'instruction prévue aux articles L. 463-1 et suivants du Code de commerce. 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,

122. V de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

123. II de l'article L. 450-8 du Code de commerce.

124. Articles 23 § 1 et 24 du règlement n° 1/2003.

125. Article 25 du règlement n° 1/2003.

126. Article L. 450-3 du Code de commerce.

127. Article L. 450-4 du Code de commerce.

128. I de l'article L. 450-1 du Code de commerce.

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.

Cette opportunité d'intervenir d'office ne s'accompagne en revanche pas d'une faculté pour l'Autorité de classer les plaintes dépourvues d'intérêt pour la régulation de la concurrence ou 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, et surtout de les traiter dans les meilleurs délais 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 spécialisées 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 saisies<sup>129</sup>. Ils pourront également, le cas échéant, conserver les pièces saisies pendant toute la durée d'un contentieux relatif au déroulement de telles opérations puisque l'appel n'est pas suspensif et que la conservation des pièces est expressément prévue en cas de pourvoi en cassation<sup>130</sup>.

### *Des pouvoirs d'instruction complétés et modernisés*

Dans le même temps, les services d'instruction auront à leur disposition une panoplie d'outils d'instruction plus efficace et plus complète. Par exemple, le recours à la procédure simplifiée se fera en même temps que la notification de griefs<sup>131</sup>, 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 collègue 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 collègue, 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 chargé du cas 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'imputabilité<sup>132</sup>. Cette mesure devrait faciliter

129. Huitième alinéa de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

130. Sixième et douzième alinéas de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

131. Article L. 463-3 du Code de commerce.

132. Article L. 463-2 du Code de commerce.

l'imputation des griefs aux bonnes entreprises en cas de modification de raison sociale 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 collègue.

Enfin, en présence de comportements d'obstruction, le rapporteur général pourra demander au collègue 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 un 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) ou assortie d'une amende, plus adaptée aux comportements passés (par exemple, une communication de pièces dénaturées<sup>133</sup>). Le champ de cette nouvelle disposition, qui permet de traiter les comportements d'obstruction de façon graduée, sans avoir recours à l'« arme lourde » que constitue la voie pénale<sup>134</sup>, est particulièrement vaste. En particulier, la possibilité d'infliger une amende est prévue dans tous les cas d'« *obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment la fourniture de renseignements incomplets ou inexacts, ou la communication de pièces incomplètes et 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 au livre IV du Code de commerce<sup>135</sup>.

Enfin, indépendamment de son transfert au rapporteur général de l'Autorité<sup>136</sup>, le traitement du secret des affaires fait l'objet d'une réforme destinée à en simplifier les modalités, sans remettre en cause l'équilibre atteint sur le fond.

En effet, la pratique décisionnelle du Conseil a confirmé que la réforme du secret des affaires intervenue en 2004 repose sur un bon équilibre entre la nécessité de protéger les secrets d'affaires, d'une part, et les impératifs liés à la protection des droits de la défense, d'autre part. Le secret des affaires doit être protégé, sauf si cette protection aboutit à priver les autres parties de la possibilité de discuter un point essentiel du litige et de se défendre. Néanmoins, la procédure mise en place à cet effet s'est révélée extrêmement lourde en pratique : les rapporteurs y ont consacré jusqu'à 30 % de leur temps de travail ces dernières années. Or, si la gestion du secret des affaires engendre des délais de procédure inutiles, ce n'est pas seulement l'intérêt public attaché au bon fonctionnement des marchés qui y perd ; ce sont aussi les entreprises et les consommateurs qui en souffrent, puisque les incertitudes pesant sur la légalité des stratégies commerciales en cause perdurent.

La réforme a donc pour objectif de permettre aux services d'instruction de faire aussi bien en moins de temps.

133. V de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

134. Article L. 450-8 du Code de commerce.

135. Article L. 462-7 du Code de commerce.

136. Article L. 463-4 du Code de commerce.

## *Articulation avec les services départementaux et régionaux*

Cependant, 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 dans son avis du 18 avril 2008<sup>137</sup>. Cette logique aurait eu le mérite d'établir un partage clair des rôles. Les services du ministre 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 déloyales<sup>138</sup>. Pour sa part, l'Autorité aurait axé son intervention sur les pratiques anticoncurrentielles<sup>139</sup>. 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 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 vers le ministre, qui devra informer préalablement le rapporteur général des enquêtes de concurrence qu'il envisage de réaliser, afin de permettre à celui-ci de déterminer s'il souhaite en prendre la direction<sup>140</sup>. S'il ne le fait pas, le ministre devra, au terme de son enquête, en communiquer les résultats – c'est-à-dire, concrètement, transmettre le dossier constitué par les pièces saisies – au rapporteur général, à charge pour ce dernier de déterminer s'il y a lieu pour l'Autorité de s'en saisir d'office ou de laisser les services du ministre les traiter à leur niveau<sup>141</sup>, par le biais d'un rappel de réglementation ou d'une transaction administrative<sup>142</sup>.

137. Avis 08-A-05 du Conseil, précité, point 36.

138. Titre IV du livre IV du Code de commerce.

139. Titre II du livre IV du Code de commerce.

140. Premier alinéa de l'article L. 450-5 du Code de commerce.

141. Second alinéa de l'article L. 450-5 du Code de commerce.

142. Article L. 464-9 du Code de commerce.

En pratique, le décret relatif aux modalités de prise en charge des enquêtes ministérielles par le rapporteur général de l'Autorité organise la transmission « en amont » des projets d'enquêtes<sup>143</sup>, aussi bien que la transmission « en aval » de l'entier dossier des enquêtes réalisées sur le terrain<sup>144</sup>, aux services d'instruction afin que ceux-ci puissent décider d'évoquer l'affaire et de l'instruire en vue de proposer une décision au collège.

Pour sa part, le décret relatif aux modalités de suivi, par le ministre chargé de l'Économie, des « micro-pratiques » que le rapporteur général de l'Autorité n'aura pas pris en charge au motif qu'elles ne présentent pas d'intérêt suffisant pour justifier la mise en œuvre des règles de concurrence, prévoit un traitement administratif adapté à ces affaires de portée purement locale. Le champ en est très strictement délimité par trois critères cumulatifs<sup>145</sup>, qui viennent s'ajouter au mécanisme permettant à l'Autorité de « préempter » toute affaire qu'elle estimerait opportun de traiter, par la voie de son rapporteur général. Premièrement, le chiffre d'affaires individuel des entreprises auteures des faits en cause doit être inférieur à 50 millions d'euros et leur chiffre d'affaires cumulé doit être inférieur à 100 millions d'euros. Deuxièmement, les faits en cause ne doivent pas affecter le commerce entre États, ce qui signifie que le ministre chargé de l'Économie n'a pas le pouvoir d'appliquer le droit communautaire de la concurrence, qui est du seul ressort de l'Autorité. Troisièmement, la portée des faits en cause doit être limitée à un – et uniquement un seul – marché de dimension local, ce qui signifie que les « réseaux » de petites pratiques ou les petites pratiques affectant plusieurs marchés locaux sont exclus du champ du dispositif.

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 au ministre chargé de l'Économie de traiter par la voie administrative les dossiers de portée purement locale qui le justifieraient.

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 L. 450-4 du Code de commerce<sup>146</sup>). 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. Ce schéma s'explique par le choix fait par le Gouvernement et le Parlement de préserver la nature de l'Autorité, structure 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

143. I de l'article D. 450-3 du Code de commerce.

144. II de l'article D. 450-3 du Code de commerce.

145. Articles L. 464-9 et R. 464-9-1 R. 464-9-3 du Code de commerce.

146. Article L. 450-6 du Code de commerce.

territoriales – comme c’est le cas dans certains autres pays –, le choix consistant à mobiliser le maillage territorial d’enquêteurs relevant du ministre a donc été privilégié.

En revanche – et c’est sans doute une lacune que l’on peut regretter – le concours des agents ministériels n’est pas prévu pour la réalisation d’opérations d’enquêtes simples – relevés 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. Peut-être 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.

### *Le collège, garant de la régulation concurrentielle des marchés*

Le collège, qui exerce les attributions confiées à l’Autorité<sup>147</sup>, bénéficie lui aussi d’un ajustement et d’un renforcement de ses outils, destinés à assurer davantage de flexibilité et d’efficacité à la régulation de la concurrence. Ces outils sont, schématiquement, de deux ordres : les instruments d’intervention au cas par cas, par voie décisionnelle, qui sont optimisés sur plusieurs points ; et les instruments d’intervention pédagogique, par voie consultative, qui font l’objet d’une extension notable. Il faut y ajouter la possibilité donnée à l’Autorité de défendre les décisions qu’elle adopte en justice.

### *Optimisation des outils de traitement des cas*

Est à ranger dans la catégorie des gains d’efficacité, tout d’abord, la clarification de la nature non incriminatoire de la procédure d’engagements<sup>148</sup> : 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 ni d’une qualification juridique définitives. L’ordonnance a mis 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 en dehors du champ de l’article 6, paragraphe 1, de la CEDH<sup>149</sup>. 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

147. II de l’article L. 461-1 du Code de commerce.

148. I de l’article L. 464-2 du Code de commerce.

149. Cass. com., 4 novembre 2008, n° 07-21.275, GIE Les Indépendants.

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 facultative<sup>150</sup>. Lorsque les entreprises choisiront de faire usage de cette faculté additionnelle, celle-ci leur ouvrira la perspective d'une réduction d'amende complémentaire<sup>151</sup>, 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 années<sup>152</sup>.

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 concurrentiel<sup>153</sup>. Cette faculté, dont avait souhaité disposer le Conseil<sup>154</sup>, 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 notification<sup>155</sup>, 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, le président de l'Autorité obtient la faculté de prendre seul l'ensemble des décisions de procédure visées à l'article L. 462-8 du Code de commerce (irrecevabilité, défaut d'éléments probants, désistement, etc.), comme cela se pratique dans nombre d'autres ANC<sup>156</sup>. En l'absence de dispositions prévoyant une procédure dérogatoire au droit commun, c'est la procédure « standard » qui s'appliquera en pareil cas : échange contradictoire écrit en vertu des articles L. 463-1 à L. 463-4 du Code de commerce, d'une part, et séance réunissant l'ensemble des parties et le commissaire du Gouvernement, conformément à l'article L. 463-7, d'autre part.

150. III de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

151. III de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

152. Voir B. 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 ([http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/transaction\\_afec\\_10avril2008.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/transaction_afec_10avril2008.pdf)).

153. Article L. 752-26 du Code de commerce.

154. Avis 07-A-12 du Conseil de la concurrence du 11 octobre 2007 relatif à la législation sur l'équipement commercial (<http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07-A-12>).

155. II de l'article L. 430-2 du Code de commerce.

156. Article L. 461-3 du Code de commerce.



### *Nouvelle faculté de s'exprimer d'office sur des questions générales de concurrence*

Dans le même temps, l'ordonnance donne à l'Autorité la possibilité de rendre de sa propre initiative des avis publics et de faire des recommandations<sup>157</sup>. Ce pouvoir vient s'ajouter à celui qu'elle détenait déjà de rendre des avis à la demande des commissions parlementaires, du Gouvernement, des collectivités territoriales, des organisations professionnelles, syndicales ou de consommateurs, des chambres de métiers, de commerce ou d'agriculture<sup>158</sup> et des juridictions<sup>159</sup>.

Ce nouvel 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 pouvoirs publics que ne le permettrait une intervention contentieuse. 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 pouvaient déjà l'ARCEP ou la CRE. Enfin, il lui ouvre la perspective de réaliser 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'autosaisine, etc.

Il s'agit là d'un outil stratégique, à très forte valeur ajoutée. Il constitue un élément central de la réforme, au même titre que le transfert du contrôle des concentrations et la modernisation du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Il n'a cependant pas du tout la même portée : les avis de l'Autorité, comme ceux du Conseil avant elle, ont vocation à se pencher sur des questions générales, et non pas à apprécier ou à qualifier des comportements individuels. Ils ne préjugent en rien l'analyse qui pourrait être celle du collège s'il était appelé à examiner une pratique donnée dans le cadre d'une affaire contentieuse.

En pratique, il reviendra au collège de déclencher la procédure, en « *prenant l'initiative* » de donner un avis. Les services d'instruction procéderont alors comme aujourd'hui, en instruisant la demande, le cas échéant en procédant aux auditions et aux autres mesures d'enquête nécessaires pour recueillir les informations et les points de vue utiles. L'Autorité adoptera son avis au terme de la procédure et le rendra public, comme le lui impose la loi.

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 français ou de celui relatif aux engagements<sup>160</sup> – ou en réfléchissant à une adaptation des lignes directrices sur les concentrations.

157. Article L. 462-4 du Code de commerce.

158. Articles L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce.

159. Article L. 462-3 du Code de commerce.

160. Communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français et communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 3 avril 2008 relatif aux engagements en matière de concurrence.



### *Dialogue avec les juridictions*

Enfin, le chantier de la participation de l'Autorité au débat relatif à ses décisions, dans l'hypothèse où celles-ci font l'objet d'un contentieux, 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 décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles<sup>161</sup>.

Cette faculté, destinée à rapprocher la situation de l'Autorité de celle d'autres ANC ou de certaines AAI, par exemple l'AMF, avait été demandée par le Conseil dans son avis du 18 avril 2008<sup>162</sup> pour plusieurs raisons. D'abord, elle était nécessaire pour assurer la cohérence entre les différentes phases de la procédure contentieuse, l'Autorité disposant d'ores et déjà de la faculté de présenter, à sa demande ou à celle de la cour d'appel de Paris, des observations écrites et orales dans tous les cas où une entreprise introduit un recours contre une de ses décisions. Ce dispositif ayant été introduit dans le cadre d'une réforme limitée à la partie réglementaire du Code de commerce, rien n'avait pu être prévu, à l'époque, en ce qui concerne le pourvoi en cassation, régi par la partie législative de ce code. Ensuite, la possibilité de se pourvoir en cassation dans le cas où la cour d'appel de Paris annule ou réforme une décision de l'Autorité était nécessaire pour 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. Enfin, le maintien de cette asymétrie, dans le cadre du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, aurait été peu compréhensible au moment où l'Autorité obtenait la possibilité de défendre ses décisions de concentration devant la juridiction administrative.

Dans le même temps, le président de l'Autorité obtient qualité pour agir en justice au nom de l'Autorité devant toute juridiction, et ce, en demande aussi bien qu'en défense<sup>163</sup>. Cette faculté, distincte de la simple représentation en justice prévue par le même article, est d'un libellé extrêmement large. Elle vise en premier lieu à permettre à l'Autorité de défendre ses décisions devant la Cour de cassation dans l'hypothèse où l'une des parties fait un pourvoi contre la décision de la cour d'appel de Paris.

## Conclusion

Que retenir de cette réforme ambitieuse ? L'enseignement que tout est toujours possible, pour peu qu'on ait l'énergie nécessaire – et peut-être le zeste d'idéalisme – pour proposer d'avancer, de 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 quelque temps, le bilan du fonctionnement des nouveaux textes et, si besoin est, d'effectuer quelques ajustements, que ce soit sur la

161. Article L. 464-8 du Code de commerce.

162. Avis 08-A-05 du Conseil, précité, points 62-65.

163. Article R. 461-1 du Code de commerce.

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. 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, devront accueillir les nouveaux venus, les intégrer à la nouvelle entité et marier grâce à eux le meilleur de deux traditions – celle du Conseil et celle de la DGCCRF, celle de l'enquête et celle de l'instruction, celle de l'antitrust et celle des concentrations.

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 leurs espoirs en l'Autorité et sont en droit d'en attendre des résultats.

## Activité en 2008

Conformément au choix de présentation arrêté en 2003, les statistiques d'activité distinguent les indicateurs de flux et de stock de l'institution et les indicateurs d'activité du collège.

### Flux et stock d'affaires

#### *Saisines nouvelles*

En 2008, le Conseil a enregistré 117 saisines nouvelles, dont 72 saisines (fond, demande de mesures conservatoires et respect d'injonction) et 45 demandes d'avis (dont 18 en matière de clémence). Ce chiffre, très supérieur à celui des années précédentes avec une moyenne proche de 100, est dû à une augmentation très sensible (+ 40 %) des saisines au premier semestre 2008, le second semestre étant plus proche des moyennes historiques.

**Tableau 1 : Saisines nouvelles**

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>Saisines</b>	93	135	109	109	102	82	79	70	70	75	72	72
<b>Demandes d'avis</b>	27	29	27	35	25	26	18	30	35	28	20	45
<b>Total</b>	<b>120</b>	<b>164</b>	<b>136</b>	<b>144</b>	<b>127</b>	<b>108</b>	<b>97</b>	<b>100</b>	<b>105</b>	<b>103</b>	<b>92</b>	<b>117</b>

Le nombre de saisines contentieuses est resté relativement stable, au regard du niveau moyen constaté ces cinq dernières années. On relève toutefois une augmentation sensible du nombre de demandes de mesures conservatoires, lesquelles ont pesé sur l'organisation de l'instruction des affaires de fond et la programmation des séances. Le nombre de demandes d'avis est également en très forte progression, notamment du fait de l'accélération du nombre de demandes d'avis de clémence.

### Affaires terminées

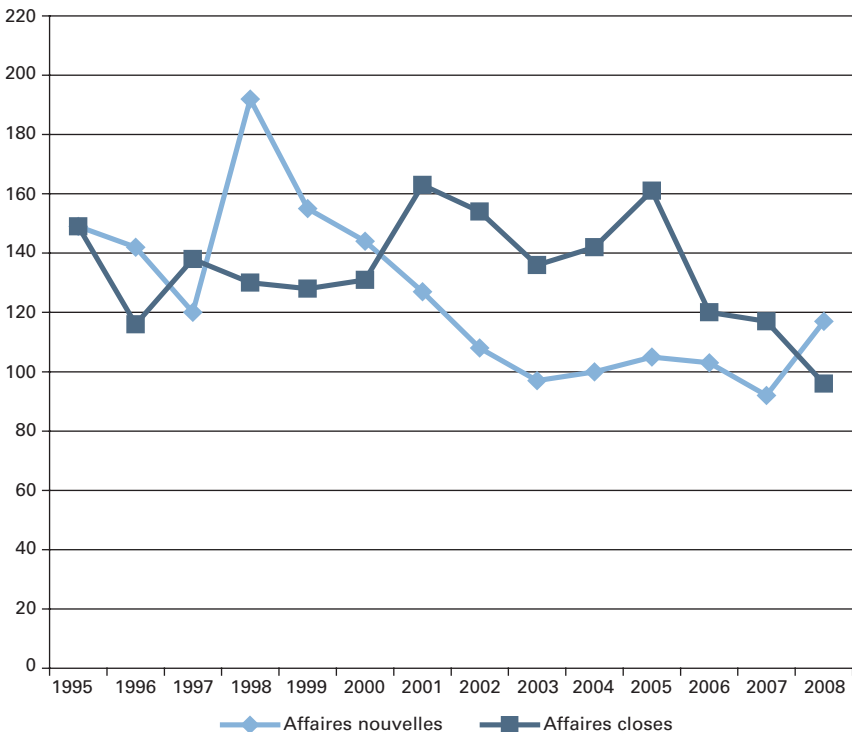
En 2008, 96 dossiers ont été terminés, soit un niveau sensiblement plus faible qu'en 2007 mais néanmoins proche du niveau attendu puisque le régime de croisière annoncé intégrait une hypothèse de 100 saisines nouvelles pour 100 affaires terminées. Mais comme le relevait le rapport 2007, « cette hypothèse reste néanmoins fragile puisqu'un afflux de saisines est toujours possible ». Ce scénario s'est effectivement réalisé en 2008.

Pour l'essentiel, la diminution des sorties d'affaires en fin d'année résulte de l'annulation de plusieurs séances à la suite du décès du président Philippe Nasse.

Tableau 2 : Affaires terminées

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>Affaires</b>	111	108	106	96	138	130	108	112	127	90	89	65
<b>Demandes d'avis</b>	27	22	22	35	25	24	28	30	34	31	28	31
<b>Total</b>	<b>138</b>	<b>130</b>	<b>128</b>	<b>131</b>	<b>163</b>	<b>154</b>	<b>136</b>	<b>142</b>	<b>161</b>	<b>121</b>	<b>117</b>	<b>96</b>

La légère remontée du stock en 2008, indépendamment des événements exceptionnels rappelés ci-dessus, montre que la période de déstockage amorcée en 2000 est achevée et que le régime de croisière est effectivement atteint. Selon toute vraisemblance, le stock d'affaires devrait se stabiliser à un niveau proche de son niveau actuel dans les prochaines années.



## État du stock des affaires en instance

Le nombre d'affaires terminées ayant été plus faible que celui des affaires nouvelles, l'année 2008 a connu une légère remontée du stock. Cependant, l'amplification exceptionnelle des saisines de janvier à septembre (+40 %) n'ayant pas été confirmée au dernier trimestre, on peut espérer que le niveau des saisines nouvelles ne connaîtra pas une nouvelle progression en 2009.

Tableau 3 : État du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2007	2008		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2008
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	144	50	49	145
Mesures conservatoires	6	21	14	13
Respect d'injonction	2	1	2	1
Avis	3	45	31	17
<b>Total</b>	<b>155</b>	<b>117</b>	<b>96</b>	<b>176</b>

Sur longue période, l'indicateur de stock évolue suivant le tableau ci-dessous.

Tableau 4 : Évolution du stock sur plusieurs années

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Stock au 1 <sup>er</sup> janvier	333	315	377	404	417	381	335	296	254	198	180	155
Affaires nouvelles	120	192	155	144	127	108	97	100	105	103	92	117
Affaires terminées	138	130	128	131	163	154	136	142	161	121	117	96
Variation du stock	-18	+62	+27	+13	-36	-46	-39	-42	-56	-18	-25	+21
Stock au 31 décembre	<b>315</b>	<b>377</b>	<b>404</b>	<b>417</b>	<b>381</b>	<b>335</b>	<b>296</b>	<b>254</b>	<b>198</b>	<b>180</b>	<b>155</b>	<b>176</b>

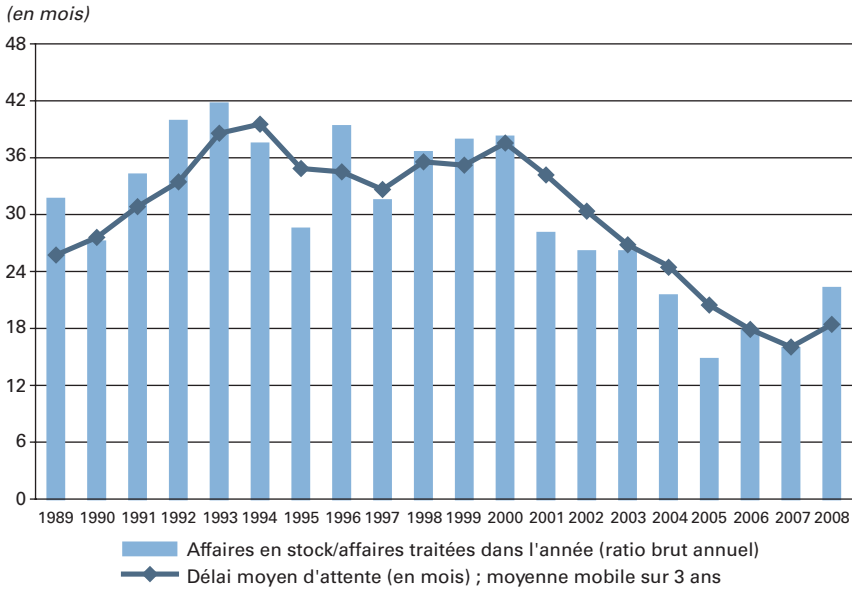
## Indicateur d'évolution du stock

Depuis 2002, le Conseil présente un indicateur d'encombrement de l'institution, égal au ratio « affaires en stock / affaires traitées dans l'année », qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers.

Il s'agit d'un indicateur « prospectif » et non d'un indicateur de durée de traitement des affaires réellement constaté. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée de traitement des dossiers.

Cet indicateur brut est toutefois très sensible aux variations annuelles d'activité et peut amplifier artificiellement des tendances passagères. Pour donner une indication plus fiable sur l'évolution du délai d'attente prévisionnel, on peut lisser les écarts annuels par un calcul de type « moyenne mobile » dans lequel la productivité du Conseil (nombre d'affaires terminées dans l'année) est prise en moyenne mobile sur trois ans.

Le graphique ci-après présente l'évolution sur longue période de ces deux indicateurs exprimés en mois.



## Indicateur d'ancienneté du stock

Tableau 5 : Indicateur d'ancienneté du stock

Année de saisine	En stock au 31/12/2004	En stock au 31/12/2005	En stock au 31/12/2006	En stock au 31/12/2007	En stock au 31/12/2008
Avant 2000	56	10	3	1	1
2000	26	12	6	0	0
2001	47	22	8	1	1
2002	27	17	7	3	2
2003	40	34	22	7	2
2004	58	32	21	7	5
2005		71	43	28	22
2006			70	47	29
2007				61	36
2008					78
<b>Stock total</b>	<b>254</b>	<b>198</b>	<b>180</b>	<b>155</b>	<b>176</b>

Le tableau ci-dessus confirme la tendance au rajeunissement du stock des affaires en cours puisque les deux tiers des affaires sont des affaires de l'année ou de l'année précédente. La diminution du nombre d'affaires de plus de trois ans a été, en revanche, plus lente que prévu, notamment du fait de l'annulation de certaines séances en novembre et décembre 2008. Il s'agit essentiellement d'un effet de césure, les séances concernées ayant seulement été décalées sur janvier ou février 2009.

## Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil en 2008 a été équivalente à celle des deux années précédentes, légèrement inférieure à la moyenne de long terme (environ 100 séances par an), reflétant la baisse du stock d'affaires en état d'être audiencées. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations sur les six dernières années.

**Tableau 6 : Séances**

2003	2004	2005	2006	2007	2008
100	109	123	90	94	91

En 2008, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : 47 réunions en sections, 43 en commission permanente, 1 en plénière.

## Activité du collège

L'ensemble des statistiques de cette partie porte sur l'analyse qualitative des saisines et des décisions du collège. S'agissant de l'activité proprement dite, la base de référence est constituée par les décisions elles-mêmes, sans considération du nombre de saisines terminées à l'occasion du prononcé de ces décisions.

## Analyse des saisines

### Nature des saisines

Le tableau suivant présente le nombre et l'origine des saisines au fond du Conseil depuis six ans.

**Tableau 7 : Origine des saisines au fond**

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Entreprises	34	31	23	29	32	36
Organisations professionnelles	4	1	6	0	2	1
Associations de consommateurs	2	0	1	0	3	0
Ministre chargé de l'économie	16	10	15	17	13	6
Collectivités territoriales	1	0	1	3	1	0
Autres	0	0	1	2	3	1
Saisines d'office	2	6	9	9	3	6
Respect d'injonction	3	5	0	0	2	1
<b>Total</b>	<b>62</b>	<b>53</b>	<b>56</b>	<b>60</b>	<b>59</b>	<b>51</b>

Le nombre de saisines au fond est en baisse en 2008, notamment du fait de la forte réduction des saisines ministérielles, qui atteignent un minimum historique, probablement dû à l'anticipation de la réforme qui confie désormais à l'Autorité de la concurrence la responsabilité principale en matière d'enquête.

## Demandes de mesures conservatoires

**Tableau 8 : Demandes de mesures conservatoires**

2003	2004	2005	2006	2007	2008
17	17	14	15	13	21

La baisse des saisines au fond est compensée par une très forte augmentation des demandes de mesures conservatoires, particulièrement sensible au premier et au dernier trimestre.

## Demandes d'avis

En 2008, 45 demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- une sur le fondement de l'article L. 410-2 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les textes réglementant les prix ;
- trois sur le fondement de l'article L. 430-5 du Code de commerce, qui prévoit les conditions dans lesquelles le ministre chargé de l'Économie consulte le Conseil sur les opérations de concentration ;
- une sur la base de l'article L. 430-8-IV du Code de commerce qui prévoit que le Conseil peut être consulté par le ministre chargé de l'Économie pour le suivi des engagements souscrits lors d'une opération de concentration ;
- treize sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil peut être consulté sur toute question de concurrence par le Gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales ou de consommateurs ;
- deux sur le fondement de l'article L. 462-2 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence ;
- une sur la base de l'article 16 de la loi du 5 juillet 1996 ;
- dix-huit sur la base de l'article L. 464-2 IV du Code de commerce, qui prévoit que le Conseil peut adopter un avis de clémence dans lequel il précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération d'une sanction pécuniaire ;
- deux à la demande des régulateurs sectoriels, en l'espèce l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ;
- quatre sur la base de l'article 21 de la loi LME (accords dérogatoires sur les délais de paiement).

## *Affaires traitées*

### Ventilation des décisions et avis

Le nombre total de décisions et avis rendus en 2008 s'est élevé à 87. Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre de décisions et avis depuis 2005, et leur répartition.

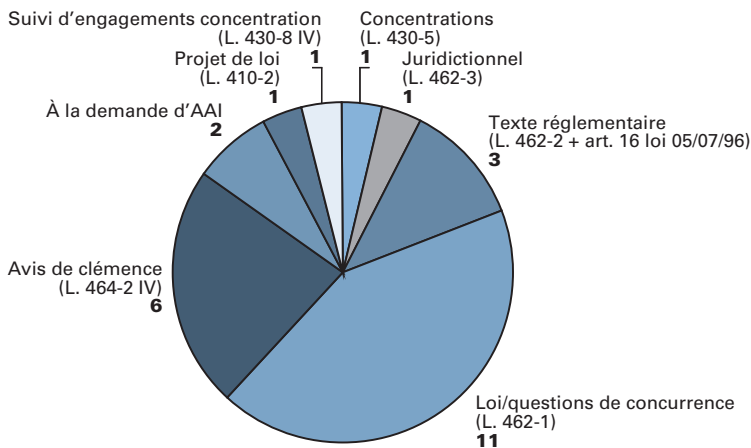
**Tableau 9 : Décisions et avis**

	2005	2006	2007	2008
Affaires instruites	75	40	50	34 <sup>1</sup>
Mesures conservatoires	0	3	6	1
Désistement/classement	23	34	26	25
Avis de clémence	4	7	5	6
Avis	24	23	17	20
<b>Total 1</b>	<b>126</b>	<b>107</b>	<b>104</b>	<b>86</b>
Sursis à statuer	1	4	2	1
<b>Total 2</b>	<b>127</b>	<b>111</b>	<b>106</b>	<b>87</b>

1. Affaires instruites = 16 décisions de sanction + 3 décisions de non-lieu + 11 irrecevabilités/rejets + 4 engagements.

Le nombre de décisions rendues est en baisse, principalement du fait d'une diminution des décisions rendues au fond. Les annulations de certaines séances en fin d'année expliquent ce mouvement qui se traduit par le décalage d'une dizaine de décisions vers les premiers mois de 2009. L'instauration d'un fonctionnement en « régime de croisière » ne devrait toutefois pas être remis en cause, une fois les perturbations liées à la réforme dissipées.

Le Conseil a rendu 26 avis qui se répartissent de la manière suivante : un porte sur une concentration (article L. 430-5 du Code de commerce) ; onze sur des questions générales de concurrence (L. 462-1 du Code de commerce) ; trois sur des textes réglementaires instituant un régime nouveau (L. 462-2 du Code de commerce et article 16 loi du 15 juillet 1996) ; six concernant des procédures de clémence (L. 464-2 IV du Code de commerce) ; deux ont été rendus à la demande d'autorités administratives indépendantes ; un à la demande d'une juridiction (L. 462-3 du Code de commerce) ; un sur le suivi d'engagements souscrits lors d'une opération de concentration (L. 430-8 IV du Code de commerce) et un sur un projet de texte réglementant les prix (L. 410-2 du Code de commerce).





## Résultats par secteurs économiques

Le tableau suivant présente les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est le plus intervenu en 2008, à la fois au titre de ses fonctions décisionnelle et consultative.

Secteurs économiques	Nombre d'avis et de décisions	Références des avis et décisions
<b>Transports/Logistique</b>	9	08-D-07 Taxis marseillais 08-D-18 Port autonome du Havre 08-D-19 Manutention portuaire 08-D-23 Taxis Alpes-de-Haute-Provence 08-D-26 Taxis UAT Abbeilles 08-D-33 Autocars Annecy et Haute-Savoie* 08-A-17 Autorité de régulation ferroviaire 08-A-18 Redevance d'utilisation du réseau ferré 08-A-20 Transports malades assis
<b>Télécoms</b>	8	08-MC-01 Iphone 08-D-02 Déploiement réseau en fibre optique 08-D-21 Ingénierie, contrôle des installations téléphoniques 08-A-03 Services téléphoniques à valeur ajoutée 08-A-06 Développement du réseau en fibre optique 08-A-09 Marché de gros du haut et très haut débit 08-A-11 Marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe 08-A-16 MVNO
<b>Services</b>	8	08-D-09 Pompes funèbres Lyon 08-D-11 Accompagnement mobilité géographique des salariés 08-D-13 Entretien des locaux* 08-D-14 Prévoyance funéraire 08-D-16 Photomaton 08-D-22 Géomètres-experts Haut-Rhin* 08-D-34 Pompes funèbres Marseille 08-A-10 Formation professionnelle
<b>BTP/Construction</b>	6	08-D-01 Segard* 08-D-12 Contreplaqués 08-D-15 Rénovation chaufferies Saône-et-Loire* 08-D-17 Toffolutti* 08-D-28 Granulats Ille-et-Vilaine* 08-D-29 Entretien menuiserie-serrurerie*
<b>Édition/Médias/Presse</b>	6	08-D-04 NMPP 08-D-08 Gisserot/CMN 08-D-10 Télévision de rattrapage 08-A-01 Avis respect engagements concentration rachatTMC 08-A-12 Cartes de cinéma illimité 08-A-13 Uni Ciné
<b>Énergie/Eau</b>	5	08-D-24 Distribution eau et assainissement* 08-D-30 Carburéacteurs* 08-A-02 Tarif transport électricitéTURP 2 08-A-04 Tarif spécial solidarité gaz 08-A-14 Tarifs réglementés gaz naturel
<b>Biens intermédiaires</b>	3	08-D-27 Commercialisation de produits pétroliers 08-D-32 Négoce de produits sidérurgiques 08-A-08 Accessoires pour volets roulants
<b>Distribution (détail et gros)</b>	3	08-D-05 Commerces sous douanes des aéroports parisiens 08-D-25 Pierre Fabre 08-D-31 Concurrence

\* Ces 10 affaires concernent des marchés publics.

Cette répartition permet une lecture simple, comparable d'une année sur l'autre, du champ d'action du Conseil. Il s'agit cependant d'une présentation purement quantitative qui ne préjuge pas de l'importance des décisions en termes d'apport jurisprudentiel ou de montant des sanctions.

Si les télécoms sont traditionnellement un secteur dans lequel le Conseil intervient fréquemment, l'année 2008 a vu la montée en puissance des affaires relatives aux transports et aux services. Suivent ensuite les secteurs du BTP et des médias. Ce dernier secteur devrait faire l'objet d'une attention particulière de l'Autorité du fait de sa convergence avec le secteur des télécoms.

## *Les sanctions pécuniaires*

### Seize décisions de sanction en 2008

Le Conseil de la concurrence a prononcé seize décisions de sanction pour un montant total de 631,3 millions d'euros<sup>164</sup>.

Numéro de la décision	Date de la décision	Nature de la décision	Montant des sanctions (en €)
08-D-03	21/02/2008	Gîtes de France	2 000
08-D-06 <sup>1</sup>	02/04/2008	Médecins spécialistes	814 000
08-D-07	09/04/2008	Taxis marseillais	5 500
08-D-09 <sup>2</sup>	06/05/2008	Pompes funèbres de Lyon	50 000
08-D-12	21/05/2008	Contreplaqués	8 184 000
08-D-13	11/06/2008	Nettoyage industriel	1 680 000
08-D-15	02/07/2008	Rénovation des chaufferies en Saône-et-Loire	52 840
08-D-20	01/10/2008	Agrofourniture	2 000 000
08-D-22	09/10/2008	Géomètres-experts du Haut-Rhin	80 800
08-D-23	15/10/2008	Taxis des Alpes-de-Haute-Provence	40 750
08-D-25	29/10/2008	Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle	17 000
08-D-28	03/12/2008	Granulats en Ille-et-Vilaine	530 000
08-D-29	03/12/2008	Marchés publics d'entretien	133 600
08-D-30	04/12/2008	Carburéacteurs	41 100 000
08-D-32	16/12/2008	Négoce des produits sidérurgiques	575 454 500
08-D-33	16/12/2008	Autocars en Haute-Savoie	1 175 500
<b>Total</b>			<b>631 320 490</b>

1. Cette décision a été réformée par la cour d'appel de Paris. Un pourvoi en cassation a été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris.

2. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris.

<sup>164</sup>. Les décisions 08-D-12, 08-D-25, 08-D-30, 08-D-32 et 08-D-33 ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

## Évolution des sanctions depuis 2003

Tableau 10 : Évolution depuis 2003

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires</b>	19	26	31	13	24	16
<b>Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés</b>	57	91	131	162	82	65
<b>Montant des sanctions (en M€)</b>	88,5	49,3	754,1	127,9	220,4	630,3
<b>Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées</b>	4	46 <sup>1</sup>	6	16	12	17
<b>Montant des sanctions (en M€)</b>	0,05	0,9	0,26	0,38	0,6	1
<b>Montant total des sanctions (en M€)</b>	88,5	50,2	754,4 <sup>2</sup>	128,2	221	631,3 <sup>3</sup>

1. Le nombre particulièrement élevé d'organisations professionnelles relevé en 2004 est essentiellement imputable à la décision 04-D-49 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine.

2. Dont 534 millions d'euros infligés dans le cadre de la décision 05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

3. Dont 575,4 millions d'euros infligés dans le cadre de la décision 08-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

L'année 2008 est marquée par les amendes exceptionnelles infligées aux membres d'un cartel dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques. Proche du montant global de 2005, ce niveau élevé d'amendes confirme la tendance de long terme d'accroissement du montant des sanctions. Depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE en 2002, le montant global des amendes prononcées s'est élevé à près de 2 milliards d'euros, dont 1,7 sur les quatre dernières années.

### Pratiques sanctionnées

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2008, en fonction d'une typologie classique : abus de position dominante, ententes et non-respect d'injonction.

Tableau 11 : Nature des pratiques sanctionnées

<b>Abus de position dominante</b>	1
<b>Ententes</b>	14
<b>Décisions mixtes (entente + abus de position dominante)</b>	0
<b>Non-respect d'injonction</b>	1
<b>Total décisions sanctions</b>	<b>16</b>

## La clémence

Tableau 12 : Évolution du nombre de demandes de clémence

	2002	2003	2004	2005	2006	2007*	2008*	Total
<b>Demandes de clémence</b>	1	2	5	6	8	1	18	41

\* Sans compter les demandes de clémence sommaires faites dans le cadre du Réseau européen, soit quatre pour 2007 et huit pour 2008.

En 2008, les demandes de clémence se sont accélérées (18). Ce chiffre témoigne du succès croissant de cette procédure.

À ce jour, le Conseil a rendu quatre décisions sur des affaires de clémence dont deux sur l'année 2008 :

- décision 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes ;
- décision 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international ;
- décision 08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué ;
- décision 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

Parmi ces affaires, trois cartels ont été révélés par des demandes de clémence de premier rang et un cartel par une demande de clémence de second rang, qui est venue compléter les informations que le Conseil de la concurrence avait déjà en sa possession (décision 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques).

## *Les procédures négociées*

**Tableau 13 : Évolution du nombre de procédures de non-contestation des griefs et d'engagements**

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>Non-contestation des griefs</b>	2	4	2	1	6	6
<b>Engagements*</b>	0	0	6	6	8	7

\* Nombre de procédures amorcées (mise en ligne d'un test de marché).

On constate à la lecture du tableau ci-dessus que les entreprises sollicitent de plus en plus fréquemment le bénéfice de procédures négociées. En 2008, le Conseil de la concurrence a ainsi rendu six décisions dans lesquelles il a appliqué la procédure de non-contestation des griefs (08-D-12, 08-D-13, 08-D-20, 08-D-29, 08-D-32 et 08-D-33). Par ailleurs, il a mis en ligne sur son site Internet à sept reprises un test de marché dans le cadre de la procédure d'engagements (Taxis de Caen, Solutel, Bateaux de plaisance, Pompes funèbres de Marseille, Dépannage sur autoroute, Mutuelle décès à La Réunion, Mediaserv).

## **Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence**

Les décisions du Conseil de la concurrence « *sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Économie, qui peuvent dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris* » (article L. 464-8 du Code de commerce).

### *Taux de recours*

En 2008, douze décisions du Conseil ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 35 décisions rendues (décisions de fond et mesures

conservatoires), ce qui représente un taux de recours de 34 %. Ce taux est en baisse par rapport à 2007, comme le montre le tableau ci-après.

**Tableau 14 : Taux de recours**

	2004	2005	2006	2007	2008
<b>Nombre de décisions total (D + MC)</b>	81	75	43	56	35
<b>Nombre de recours</b>	23	28	15	25	12
<b>Taux de recours (en %)</b>	28	37	35	45	34

### *Bilan qualitatif*

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2008 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport, certains recours étant toujours pendants devant la cour d'appel.

Un bilan qualitatif sur les cinq années précédentes montre cependant que les décisions du Conseil de la concurrence sont, dans leur grande majorité, confirmées par la cour d'appel de Paris.

**Tableau 15 : Suivi qualitatif des recours au 27 avril 2009**

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>Nombre de recours introduits</b>	19	23	28	15	25	12
<b>Nombre de décisions confirmées :</b>	17	19	23	11	18	5
– arrêts de rejet, irrecevabilité et désistements	16	15	16	9	16	5
– réformation partielle/confirmation au fond	1 <sup>1</sup>	4 <sup>2</sup>	7 <sup>3</sup>	2 <sup>4</sup>	2 <sup>5</sup>	
<b>Total recours examinés</b>	19	23	28	15	25	6
<b>Affaires pendantes</b>	0	0	0	0	0	6
<b>% décisions confirmées/total recours examinés</b>	<b>89</b>	<b>82</b>	<b>82</b>	<b>73</b>	<b>72</b>	<b>NS</b>

1. Décision 03-MC-02.

2. Décisions 04-D-07 ; 04-D-18 ; 04-D-39 et 04-MC-02.

3. Décisions 05-D-19 ; 05-D-26 ; 05-D-43 ; 05-D-58 ; 05-D-66 ; 05-D-67 et 05-D-75.

4. Décisions 06-D-03 et 06-D-13.

5. Décision 07-D-15 et 07-D-50.

Des tableaux récapitulatifs détaillés, comprenant les références des décisions frappées de recours et celles des arrêts correspondants, sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2006 et 2007.

En ce qui concerne l'année 2008, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2008 ayant fait l'objet d'un recours et indique les références des arrêts déjà connus à la date de bouclage du présent rapport. Ce document sera complété dans le rapport de l'année suivante.

### *Les sanctions ex post*

L'examen des sanctions dites *ex post* (après passage en cour d'appel) ne peut se faire qu'avec au moins un an de recul. Le tableau suivant présente donc les données de 2007.

**Tableau 16 : Les sanctions 2007 après passage en cour d'appel**

Numéro décision	Libellé décision	Sanctions avant CA (en €)	Référence cour d'appel	Sanctions post CA (en €)
07-D-01	Travaux canalisations Morbihan	944 600	Arrêt du 15/01/2008 : annulation/réformation	12 000
07-D-02	Déchets Seine-Maritime	1 398 000	Pas d'appel	1 398 000
07-D-03	Parfums Clarins	500 000	Pas d'appel	500 000
07-D-04	Jeff de Bruges	50 000	Pas d'appel	50 000
07-D-05	Fourniture d'orthoprothèses – UFOP	125 000	Arrêt du 29/01/2008 : confirmation	125 000
07-D-06	Sony – Play Station	800 000	Pas d'appel	800 000
07-D-08	Ciments corses	25 250 000	Arrêt du 06/05/2008 : réformation (sur le montant des sanctions uniquement)	14 500 000
07-D-09	Glaxo	10 000 000	Arrêt du 08/04/2008 : réformation	0
07-D-15	Lycées IDF	47 314 200	Arrêt du 03/07/2008 : confirmation pour l'essentiel	47 229 000
07-D-16	Céréales	396 100	Arrêt du 17/09/2008 : confirmation	396 100
07-D-21	Location-entretien linge	18 250 000	Pas d'appel	18 250 000
07-D-24	Chocolats Léonidas	120 000	Pas d'appel	120 000
07-D-25	Motocycles	100 000	Pas d'appel	100 000
07-D-26	Câbles électriques	19 530 000	Pas d'appel	19 530 000
07-D-28	Port autonome du Havre	2 805 000	Arrêt du 05/11/2008 : confirmation	2 805 000
07-D-29	Bartabas	1 703 300	Arrêt du 08/10/2008 : confirmation	1 703 300
07-D-33	FranceTélécom (Internet haut débit)	45 000 000	Pas d'appel	45 000 000
07-D-40	Déchets ménagers Vosges	1 666 000	Pas d'appel	1 666 000
07-D-41	Examens anatomo-cyto-pathologiques	44 000	Arrêt du 05/11/2008 : irrecevabilité du recours	44 000
07-D-44	Cinéma Dijon	9 000	Pas d'appel	9 000
07-D-47	Navigation aérienne	3 330 000	Arrêt du 14/01/2009 : irrecevabilité – réformation partielle du recours	1 330 000
07-D-48	Déménagements	2 020 550	Arrêt du 25/02/2009 : confirmation	2 020 550
07-D-49	Défibrillateurs	2 650 000	Arrêt du 08/04/2009 : confirmation	2 650 000
07-D-50	Jouets	37 065 000	Arrêt du 28/01/2009 : confirmation pour l'essentiel (réduction de la sanction pour une entreprise)	36 965 000
<b>Total</b>		<b>221 070 750</b>	<b>Total</b>	<b>197 202 950</b>

On notera que sur les années 2004, 2005, 2006 et 2007, les sanctions prononcées par le Conseil ont été très largement confirmées par la cour d'appel.

**Tableau 17 : Taux de confirmation du montant des sanctions en 2004, 2005, 2006 et 2007**

Années	Sanctions prononcées (en €)	Sanctions après passage en cour d'appel (en €)	Montant confirmé (en %)
2004	50 229 728	50 151 728	99,8
2005	754 396 914	739 893 075	98,1
2006	128 269 000	98 799 500	77,0
2007	221 070 750	197 202 950	89,2

## Organisation et fonctionnement

### Actualité du collège

La composition du collège est restée inchangée jusqu'à la fin de l'année 2008. Les sièges laissés vacants par le décès du président Philippe Nasse et la fin de mandat de deux membres, Bruno Flichy et Marie-Madeleine Renard-Payen, n'ont pas été pourvus dans l'attente de la mise en place de la LME.

La transformation du Conseil en Autorité a conduit l'exécutif à modifier sensiblement la composition du collège, afin de placer celui-ci sous le double signe de la continuité institutionnelle et d'un certain renouvellement.

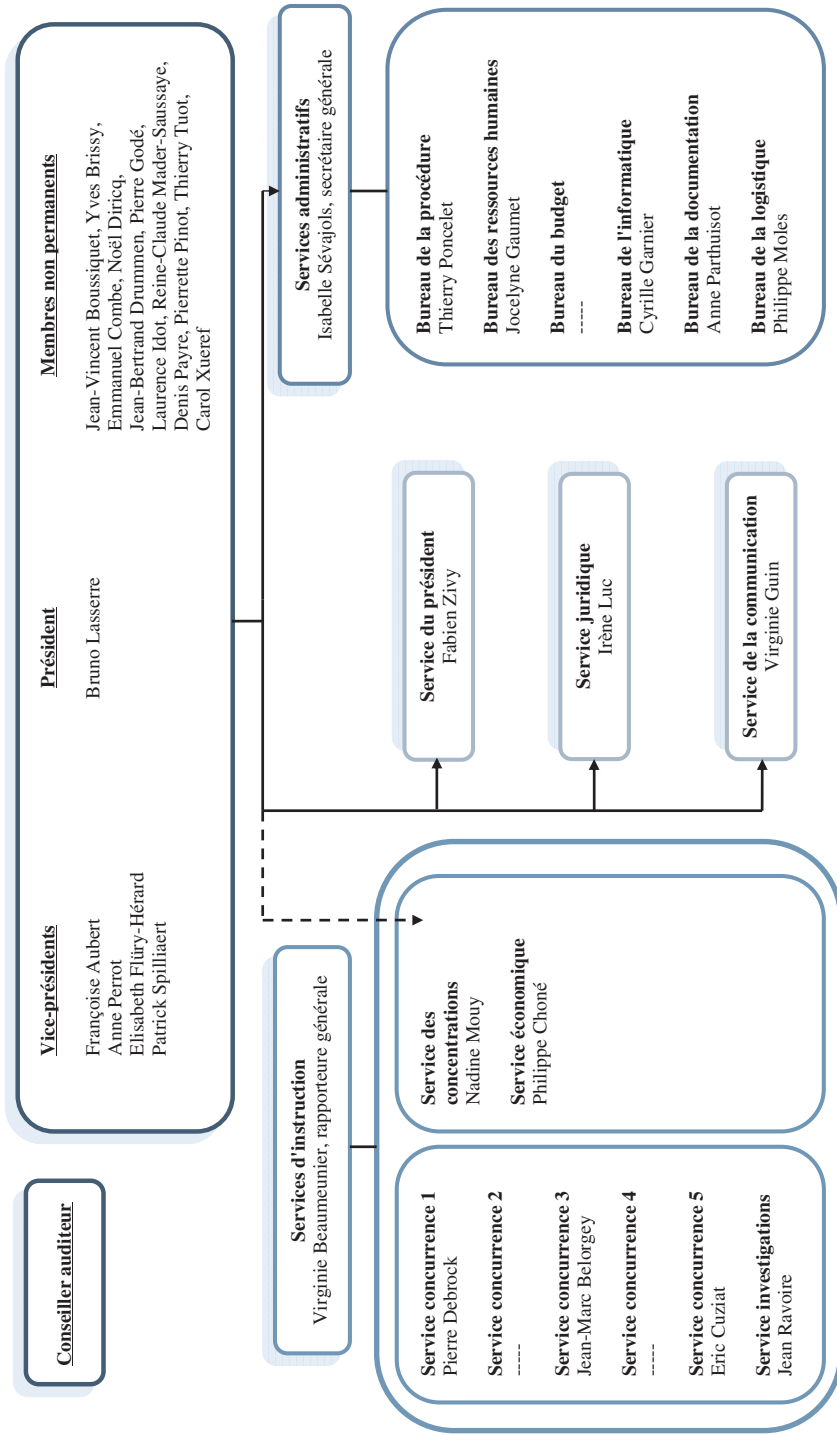
Le collège, qui demeure présidé par Bruno Lasserre, conseiller d'État, compte désormais quatre vice-présidents au lieu de trois : Françoise Aubert, conseiller honoraire à la Cour de cassation, et Anne Perrot, professeure de sciences économiques à l'université Paris I, qui étaient vice-présidentes du Conseil et deviennent vice-présidentes de l'Autorité, sont rejointes par Élisabeth Flury-Hérard, ancien membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et Patrick Spilliaert, conseiller référendaire à la Cour des comptes. Les membres non permanents restent pour leur part au nombre de douze : Emmanuel Combe, professeur de sciences économiques à l'université Paris I, Reine-Claude Mader-Saussaye, présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV), Pierrette Pinot, conseiller à la Cour de cassation, et Carol Xueref, directrice des affaires juridiques et du développement de la société Essilor International SA, qui étaient membres du Conseil et deviennent membres de l'Autorité, sont rejoints par Jean-Vincent Boussiquet, président de l'Union nationale artisanale Charpente, menuiserie et agencement, Yves Brissy, avocat au bureau de Paris, Noël Diricq, conseiller-maître à la Cour des comptes, Jean-Bertrand Drummen, président du Tribunal de commerce de Nanterre, Pierre Godé, administrateur du groupe LVMH, Laurence Idot, professeur de droit de la concurrence à l'université Paris II, Denis Payre, administrateur délégué de Kiala SA, et Thierry Tuot, conseiller d'État.

Le président et l'ensemble des membres du collège ont pris leurs fonctions le 2 mars 2009, jour où l'Autorité a succédé au Conseil, pour un mandat de cinq ans.

### Évolution de l'organisation

L'organisation mise en place en 2006, dont un premier bilan a été fait dans le rapport annuel pour l'année 2007, n'a pas connu de changement majeur jusqu'à la transformation du Conseil en Autorité.

La LME a conduit à la modifier assez sensiblement, bien qu'elle n'ait pas touché à la répartition en trois grands « pôles » : services rattachés à la présidence, services d'instruction placés sous l'autorité de la rapporteure générale et services administratifs dirigés par la secrétaire générale.



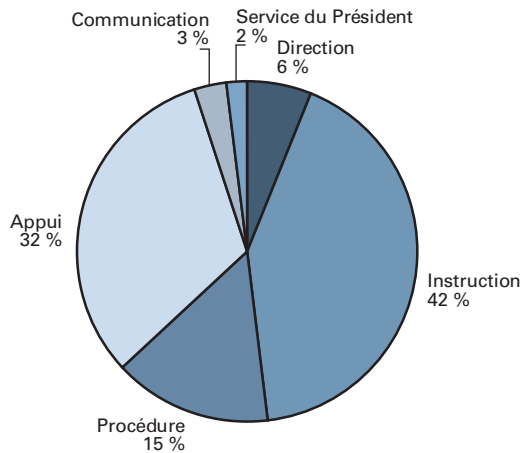


La décision précisant cette organisation de l'Autorité de la concurrence a été publiée le 30 mars 2009 (*cf.* cinquième partie «*Organisation*»), en même temps que le règlement intérieur de l'Autorité et sa charte de déontologie. En voici une représentation graphique page ci-contre.

## Effectifs

### *La répartition des effectifs en 2008*

Le graphique ci-après présente la répartition des effectifs par grandes fonctions (au 31 décembre 2008). On note une augmentation sensible de la part des effectifs affectés à l'instruction des dossiers par rapport à l'effectif global. En effet, les services d'instruction et de la procédure qui représentaient 51 % des effectifs en 2006 et 53 % des effectifs en 2007 représentent 57 % des effectifs en 2008. Cette tendance traduit une rationalisation de l'organisation et une plus grande efficacité des services d'appui.



### *Projection pour 2009*

L'effectif, stabilisé un peu en dessous de 130 personnes au cours des dernières années, devrait progressivement augmenter au cours de l'année 2009, pour atteindre 190 personnes en fin de période de transition.

Ce renforcement fait suite au renforcement des compétences de l'Autorité dans le cadre de la modernisation de la régulation de concurrence. Une bonne partie de l'effectif supplémentaire viendra donc étoffer les équipes des services d'instruction, mais les autres services pourront aussi faire aussi l'objet d'une mise à niveau en fonction de leurs besoins.

L'adéquation des moyens de l'Autorité ne pourra être évaluée de façon satisfaisante qu'au terme d'une période suffisante de mise en œuvre des compétences transférées (enquêtes de concurrence, contrôle des concentrations, suivi de l'exécution des décisions, etc.) et nouvelles (contrôle des concentrations plus fin dans le secteur de la distribution et dans les DOM, avis d'initiative). Devra aussi être évaluée l'articulation concrète avec les services du ministre chargé de l'Économie, en particulier en matière d'opérations de visites et de saisies.

## Budget

En 2008, le budget du Conseil a légèrement progressé. Le budget global est passé de 12,3 millions d'euros à 12,8 millions d'euros, dont 9,7 millions pour les dépenses de personnels et 3,1 millions pour les dépenses de fonctionnement.

En 2009, le budget de l'Autorité a lui aussi progressé en raison de la réforme et a été porté à un peu plus de 19 millions d'euros.

## Recouvrement des sanctions

Le recouvrement des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence ou la cour d'appel de Paris ressortit aux services de la Direction générale de la comptabilité publique (DGCP). En application des dispositions de l'article L. 464-4 du Code de commerce, les sommes correspondantes sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine.

Dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001, la responsabilité de la liquidation des amendes prononcées par le Conseil de la concurrence, qui incombait traditionnellement à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), a été transférée au Conseil de la concurrence. Il en va de même des majorations, des réductions partielles ou totales d'amendes qui peuvent être prononcées par la cour d'appel de Paris dans le cadre de son pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, date de prise d'effet de cette mesure, les opérations de contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence.

En outre, en 2007, la DGCP a modifié le circuit du traitement des titres de perception émis par le Conseil de la concurrence. Jusqu'à fin 2006, ce recouvrement était confié à la trésorerie générale des créances spéciales du Trésor (TGCST), sise à Châtelleraut. Un arrêté du 13 décembre 2006, applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, assigne sur le contrôleur budgétaire et comptable ministériel (CBCM) placé auprès du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie les ordres de recettes émis par les ordonnateurs principaux de ce ministère. Il en résulte que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, les ordres de recettes émis par le Conseil de la concurrence, en vue de recouvrer les sanctions, sont assignés sur le contrôleur

budgétaire et comptable ministériel placé auprès du ministre de l'Économie. Ce dernier valide les ordres de recettes et les transmet à la trésorerie générale territorialement compétente pour le recouvrement, en général la trésorerie du département du siège social de l'entreprise.

Pour l'année 2008, le montant net des recouvrements s'est élevé à 76 758 840 (montants des titres émis) et le montant effectivement recouvré a été de 32 243 445, soit un taux de recouvrement de 42 %. Cette situation momentanée s'explique en grande partie par l'octroi par le comptable public de délais de paiement à certaines entreprises. Ce taux est repassé à hauteur de 83 % au 30 avril 2009, soit un taux proche du taux moyen de 90 % constaté au 31 décembre sur les 5 dernières années. Les reliquats constatés chaque année sont progressivement recouverts sur les années suivantes pour atteindre un taux proche de 98 %.

## L'Autorité française de la concurrence dans le Réseau européen de la concurrence

### Activité générale

En 2008, le Conseil de la concurrence a continué à contribuer activement à la politique communautaire de la concurrence. Ce chapitre présente une vue d'ensemble de la coopération au sein du Réseau européen de la concurrence (ci-après «REC»).

La première partie de ce chapitre donne un aperçu des travaux menés par le Conseil de la concurrence pendant la présidence française du Conseil de l'Union européenne. La deuxième partie détaille les objectifs fixés avec les autorités nationales de concurrence (ANC) au sein du REC pour renforcer le développement et l'application générale des instruments de la politique de la concurrence, à savoir les règles en matière d'ententes, d'abus de position dominante et de concentrations. La troisième partie examine comment ces instruments et d'autres encore, ont été utilisés par la Commission et les ANC au sein du REC dans certains secteurs prioritaires.

### *Bilan et perspectives des travaux réalisés pendant la présidence française de l'Union européenne*

La présidence française de l'Union européenne s'est achevée le 31 décembre 2008. Pendant six mois, le Conseil de la concurrence a contribué activement aux travaux menés par la Présidence, contribuant à de nombreuses avancées dans ses domaines de compétence.

Des négociations formelles ont débuté avec le Canada et la Corée du Sud, qui doivent progressivement permettre de faciliter la coopération en matière de concurrence.

En novembre 2008, organisée conjointement par le Conseil de la concurrence et le ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, en partenariat avec la

Commission européenne, la journée européenne de la concurrence a constitué un rendez-vous important de la présidence française en ce domaine.

Véritable creuset d'idées, elle a permis aux pouvoirs publics, aux acteurs du monde économique et aux praticiens de la concurrence d'échanger sur tous les sujets d'actualité du droit et de la politique de concurrence. Organisé à l'école et au musée du Louvre, les 18 et 19 novembre 2008, cet événement a été l'occasion de réfléchir aux enjeux de la régulation de la concurrence, qui doit inviter les entreprises à la vertu économique, la croissance, l'emploi et le pouvoir d'achat dans un monde en pleine évolution, mais aussi lutter contre les abus de marché.

Cinq tables rondes articulées autour des principales problématiques actuelles du droit de la concurrence – le bien-être des consommateurs ; l'innovation et la compétitivité ; l'élaboration de la politique de la concurrence dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen – ont réuni de nombreuses personnalités de premier plan, parmi lesquelles Neelie Kroes, commissaire européenne en charge de la concurrence, Meglena Kuneva, commissaire européenne en charge de la consommation, Christine Lagarde, ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et Luc Chatel, secrétaire d'État chargé de l'Industrie et de la Consommation, porte-parole du Gouvernement.

## *Les réunions au sein du REC*

### **La réunion des directeurs généraux**

Cette réunion s'est tenue à Bruxelles au mois de septembre 2008.

Elle a donné, comme chaque année, l'occasion d'aborder les grandes questions d'actualité de la politique de la concurrence en Europe, de valider les travaux des instances opérationnelles et de définir des objectifs pour l'année 2009. Elle a notamment permis d'échanger sur :

- la politique de priorisation mise en place par la Commission européenne ;
- le guide des priorités de la Commission relatives à l'application de l'article 82 du traité CE aux abus d'entreprises en position dominante visant à évincer leurs concurrents ;
- l'activité des ANC dans le secteur de la distribution et de l'énergie ;
- les résultats préliminaires de l'enquête sectorielle dans le secteur pharmaceutique ;
- les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante ;
- la préparation du rapport sur la mise en œuvre du règlement n° 1/2003 ;
- la préparation du rapport sur la mise en œuvre du règlement n° 139/2004.

### **Les réunions plénières**

La Commission a organisé en 2008 trois réunions plénières réunissant les experts nationaux des autorités de la concurrence.

La première s'est tenue au mois d'avril et a eu pour objet d'informer les autorités membres du REC des évolutions récentes de la politique de la concurrence sur les sujets suivants :

- la méthode et le calendrier envisagés pour le rapport d'évaluation sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003 ;
- le projet d'accord de « deuxième génération » avec le Canada ;
- la mise en œuvre de la directive « Services ».

La deuxième, qui s'est tenue au mois de juillet, a permis à la Commission de présenter une première analyse des réponses au questionnaire adressé aux ANC sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003. La Commission se fondera sur les observations des ANC et les résultats de la consultation publique pour élaborer le rapport sur le fonctionnement de ce règlement, qui devra être présenté au Parlement européen et au Conseil avant le 1<sup>er</sup> mai 2009.

Dans sa réponse au questionnaire de la Commission, le Conseil a confirmé que la coopération avec la Commission européenne et la DG COMP n'avait cessé de progresser depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 et qu'aucune difficulté majeure n'a fait obstacle à sa montée en puissance. Les échanges au sein du REC ont permis d'améliorer substantiellement la connaissance mutuelle des priorités définies par chaque autorité, qui pourraient être davantage coordonnées. Le Conseil a indiqué que la coordination pour la mise en œuvre de l'article 11 constituerait une source d'information considérable sur l'activité de chaque autorité mais qu'il est encore possible de l'optimiser en étendant son champ. D'une manière générale, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une information plus précoce des ANC sur les enquêtes diligentées par la Commission européenne faciliterait cette coordination.

La troisième et dernière réunion plénière de l'année s'est tenue en novembre. La Commission a informé les membres du REC sur les premières remontées d'informations du monde des affaires sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003. Elle a aussi fait état des progrès accomplis en matière de clémence et a présenté le bilan des travaux réalisés au sein des groupes sectoriels.

### Les groupes d'experts

La Commission a créé en 2008 de nouveaux groupes de travail sur les règlements d'exemption qui expireront en 2010 (restrictions verticales et accords de coopération horizontale) et a réactivé un groupe de travail relatif au traitement des affaires de clémence, dans l'optique de renforcer la coopération avec les ANC dans le domaine des ententes.

#### *Le groupe de travail sur le guide d'application de l'article 82 du traité CE*

Une réunion d'experts s'est tenue en septembre 2008. Le Conseil a accueilli très favorablement le nouveau projet de guide d'application de l'article 82 TCE, qu'il avait appelé de ses vœux à plusieurs reprises. Ce guide contient les orientations

retenues par la Commission dans sa pratique décisionnelle et présente la façon dont elle abordera désormais les abus de position dominante.

Ce document d'orientation définit une approche économique, fondée sur l'analyse des effets actuels ou potentiels. Ce cadre d'analyse correspond dans les grandes lignes à la pratique du Conseil de la concurrence.

Les grandes lignes de cette approche sont les suivantes :

- un champ d'application limité aux abus d'exclusion ou comportements abusifs d'éviction ;
- un standard axé sur la sauvegarde du bien-être du consommateur y compris en prêtant attention au processus concurrentiel ;
- une montée en puissance de l'analyse économique, que ce soit pour appréhender la dominance (« *pouvoir de marché* ») ou caractériser l'abus (« *d'éviction dommageable pour les consommateurs* »), la Commission complétant ce cadre général par des tests plus spécifiques (par exemple, pour la prédation, prise en compte des coûts moyens évitables et coût moyen incrémental de long terme) ;
- la possibilité pour les entreprises de justifier leur comportement en faisant état de gains d'efficacité.

Le Conseil a, dès le début de cette réflexion sur la modernisation de l'approche suivie en matière d'abus d'éviction, apporté son soutien à cette montée en puissance de l'analyse économique. Non seulement cette nouvelle approche paraît plus juste et pertinente, mais elle est tout à fait praticable par les autorités de la concurrence. Comme le montre sa pratique décisionnelle, le Conseil a anticipé sur cette nouvelle approche, s'agissant par exemple des pratiques de couplage et d'exclusivité contractuelle. À chaque fois, à condition de définir clairement la charge de la preuve, le test a pu être appliqué de manière concluante.

Le Conseil a également salué le document final adopté par la Commission, plus ramassé, mais aussi plus politique que les versions préparatoires. Il apporte la prévisibilité juridique et la cohérence intellectuelle dont ont besoin les opérateurs et fournit un guide d'analyse utile aux ANC.

### *Le groupe de travail sur la clémence*

Deux réunions se sont tenues en 2008. La première a permis de dresser un bilan d'étape du programme-modèle de clémence adopté par le REC et mis en œuvre par la grande majorité des ANC. La Commission a constaté :

- une forte augmentation des demandes de clémence multiples, justifiant la réactivation du groupe de travail spécialisé sur la clémence ;
- des questions posées par la mise en pratique du concept d'« entente paneuropéenne » et plus généralement par l'allocation des cas ;
- des problèmes de confidentialité liés aux demandes de clémence.

La seconde réunion a permis de clarifier les modalités d'attribution des cas de clémence entre les ANC et la Commission. La Commission a précisé qu'elle prenait notamment en compte le type de pratiques, le degré de mise à exécution du cartel, les entreprises et les périodes concernées pour apprécier la dimension du cas.

### *Le groupe de travail sur les restrictions verticales*

Le règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99 du 22 décembre 1999 arrivera à expiration le 31 mai 2010. En 2008, la Commission a entamé sa réflexion sur l'évolution possible de ce règlement et des lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 en envoyant, le 7 février 2008, un questionnaire aux ANC, afin de recueillir leur expérience en matière de restrictions verticales et de mise en œuvre des lignes directrices.

La réunion du 6 mai 2008 a eu pour objectif de faire le point sur les différentes contributions envoyées en réponse au questionnaire de la Commission et de dégager les premières orientations ainsi que les principaux sujets à discuter.

Dans sa réponse, le Conseil a notamment fait état de sa pratique décisionnelle en matière de prix imposés (« *resale price maintenance* ») qui peuvent avoir pour effet de réduire non seulement la concurrence intramarque mais aussi la concurrence intermarque. Dans sa contribution, le Conseil a décrit sa position et son standard de preuve en la matière.

De nombreux autres sujets ont été abordés au cours de la réunion : la distinction entre vente active et vente passive ; la nécessité (ou non) de critères transparents et non discriminatoires dans un réseau de distribution sélective et, le cas échéant, la mention de cette exigence dans le règlement ou les lignes directrices et la possibilité (ou non) d'exclure des « *pure players* » Internet d'un réseau de distribution.

Enfin, dans sa contribution, le Conseil de la concurrence s'est penché sur les fondements de l'analyse économique des restrictions verticales, qui a continué à se moderniser et à se préciser depuis l'adoption du règlement d'exemption et des lignes directrices, comme l'illustre la récente communication de la Commission européenne sur ses priorités en matière d'abus d'éviction (*cf. infra*). Dans le même temps, les secteurs liés aux nouvelles technologies ont beaucoup évolué et de nouveaux modes de distribution sont montés en puissance, par exemple la vente de produits en ligne sur Internet. La généralisation de ce nouveau canal de vente soulève de nouveaux enjeux pour la concurrence, en particulier en ce qui concerne son articulation avec d'éventuels réseaux de distribution sélective. Son analyse gagnerait à être enrichie au niveau communautaire, comme c'est déjà le cas en France, où la pratique décisionnelle du Conseil est déjà très fournie. Toutes ces évolutions intervenues depuis 1999 pourraient aussi stimuler la réflexion sur la mise en cohérence des différents outils d'analyse des restrictions verticales, que celles-ci prennent la forme de possibles ententes ou abus de position dominante. Il convient toutefois de conserver au règlement d'exemption ce qui fait sa valeur ajoutée, à savoir sa prévisibilité et son caractère simple et facile d'utilisation pour les ANC et les acteurs économiques.

Au final, la contribution écrite du Conseil de la concurrence a été saluée par ses pairs.

### *Le groupe de travail « coopération »*

Ce groupe de travail réunit les représentants des ANC pour examiner des questions relatives aux méthodes de travail des ANC au sein du REC.

En 2008, le groupe a notamment travaillé sur un projet relatif à l'amélioration du fonctionnement du comité consultatif « *antitrust* ». Les objectifs de ce projet sont les suivants : inciter les ANC à davantage participer au processus décisionnel antitrust, renforcer les relations avec la Commission, améliorer son information et celle des autres ANC, et améliorer le déroulement des réunions du comité consultatif. Ce projet sera mis en œuvre à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009.

Le groupe a également travaillé sur le concept d'affectation du commerce entre États membres.

## *Développement sectoriel*

### **Énergie**

Le groupe de travail a suivi de très près les évolutions législatives et contentieuses portées par la Commission européenne. Sur le plan législatif, il a suivi les discussions concernant l'évolution du processus de libéralisation de l'énergie, l'année 2008 ayant été marquée par la discussion du troisième « paquet » législatif sur le secteur de l'énergie proposé par la Commission européenne fin 2007. Ces discussions ont notamment porté sur la question de la séparation patrimoniale entre les activités de production et les activités de gestion des réseaux de transport d'énergie. L'adoption de cette proposition, qui continue à faire l'objet de débats, modifierait le régime actuel qui n'impose qu'une obligation de séparation juridique aux gestionnaires de réseaux.

Sur le plan contentieux, la Commission a concentré ses efforts sur plusieurs affaires, concernant des pratiques de verrouillage et de collusion (partage des marchés) qui seraient mises en œuvre dans les secteurs de l'énergie. Le traitement de ces dossiers a donné lieu à la consultation des ANC, dans le cadre des principes de coopération découlant de l'application du règlement 1/2003.

La Commission a ouvert trois procédures formelles en 2008 pour abus de position dominante. La première procédure, concernant des pratiques d'E.ON sur les marchés de la vente d'électricité en gros et sur le marché de l'équilibrage électrique s'est résolue par l'adoption d'engagements en vertu de l'article 9 du règlement n° 1/2003. Une deuxième affaire concerne des pratiques reprochées à E.ON et Gaz de France, la Commission suspectant ces entreprises de limiter l'accès à leur marché d'approvisionnement du gaz respectivement en France et en Allemagne, est en cours (décision attendue pour le printemps 2009). Enfin, une troisième affaire, concernant certains contrats de long terme d'EDF avec des consommateurs non-domestiques, est également en cours.

### **Services financiers**

La question de la conformité au droit de la concurrence des commissions interbancaires multilatérales présente une importance toute particulière à l'heure où l'Europe des paiements devient une réalité. Les commissions interbancaires sont au cœur de nombreux systèmes de paiement, nationaux et internationaux, même



si leurs montants et justifications varient grandement d'un système à l'autre. Le Conseil de la concurrence a souligné à l'occasion des réunions organisées dans ce domaine que ces questions occupent une place à part pour les ANC car leur examen est à l'origine d'un grand nombre de décisions en matière bancaire ou de contentieux en cours.

La pratique décisionnelle de la Commission européenne en matière de commissions interbancaires multilatérales s'est enrichie de nouvelles affaires entre la fin de l'année 2007 et l'année 2008, dont la plus emblématique est l'affaire Mastercard, mais aussi la fin de l'exemption accordée en 2002 à Visa. Le principal apport de la décision Mastercard est d'être passé d'une logique fondée sur les déclarations des banques quant aux coûts entraînés pour elles par chaque système de paiement, à une logique plus axée sur la vivacité de la concurrence dans la formation du prix proposé par les banques aux utilisateurs de moyens de paiement : en matière bancaire, comme dans les autres secteurs de l'économie, les prix doivent être librement négociés et un accord interentreprises ne saurait donc agir dans le sens de la constitution d'un véritable prix plancher qui s'imposerait aux clients des banques. Sur le front du contentieux, il appartiendra aux différentes autorités de la concurrence, tant au plan européen que national, de bien articuler les pratiques décisionnelles de manière à maintenir un niveau de concurrence optimal et homogène entre tous les États membres.

S'agissant des moyens de paiement de demain, les discussions se poursuivent pour encadrer et définir les moyens de paiement dits « *SEPA*<sup>165</sup> ». Elles ont notamment porté sur les prélèvements automatiques SEPA et sur les avantages proconcurrentiels de la mise en œuvre de ce système : là encore, une juste articulation des dossiers contentieux et des avancées législatives (par exemple, raccourcissement des délais de paiement à l'intérieur de la zone SEPA du fait de la directive sur les services de paiement) permettra de déboucher sur une concurrence plus vive entre les systèmes et entre les banques, concurrence qui devrait s'exprimer à la fois en termes de baisse des coûts liés à ces paiements et à leur traitement et en conquête de nouveaux marchés.

### Communications électroniques

Le groupe de travail en charge des questions relatives au secteur des communications électroniques s'est réuni en octobre 2008, d'une part pour partager sur différentes affaires des ANC et, d'autre part, pour faire le point sur l'action de la Commission européenne en la matière.

Dans un premier temps, le groupe de travail a travaillé sur les enseignements des arrêts Wanadoo et Deutsche Telekom du TPICE en matière de méthode de test de ciseau tarifaire.

Ensuite, les autorités de concurrence ont partagé leurs expériences en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Plusieurs affaires closes récemment

165. *Single Euro Payment Area.*

ou encore pendantes ont fait l'objet d'échanges instructifs. Dans ce cadre, le Conseil de la concurrence a présenté deux affaires dont celle relative à l'accès aux infrastructures de génie civil de l'opérateur historique pour le déploiement des réseaux de fibre optique résidentielle (FTTh) au sujet de laquelle il a rendu une décision le 12 février 2008 (08-D-02).

Enfin, la Commission européenne a présenté aux représentants des différentes ANC ses priorités d'action pour les prochains mois et notamment la réforme du cadre de la régulation du secteur actuellement en cours de discussion.

## Transports

Deux groupes de travail ont été particulièrement actifs en 2008 : le groupe de travail « *automobile* » qui a commencé à travailler sur le rapport d'évaluation du règlement d'exemption catégoriel et le groupe « *transport maritime* » qui a présenté aux membres du comité consultatif le projet de lignes directrices concernant les lignes régulières, le tramp [transport maritime non régulier de marchandises en vrac qui englobent des services économiquement importants tels que le transport de produits pétroliers, agricoles et chimiques, le cabotage (services de transport maritime entre ports d'un même État membre)].

À l'ordre du jour des réunions du groupe de travail automobile de l'ECN, a figuré le compte rendu par la Commission des commentaires qu'elle a reçus à la suite de la publication du rapport d'évaluation du règlement d'exemption catégoriel automobile n° 1400/02 et l'examen par les ANC des options proposées pour le futur régime réglementaire applicable à ce secteur.

Il en ressort que les constructeurs automobiles sont favorables à la fin des règles particulières accordées au secteur automobile par le règlement et à une application du droit commun des restrictions verticales, tandis que les distributeurs demandent au contraire que la protection de leurs intérêts soit assurée par un règlement spécifique, faisant valoir que la concurrence économique sera d'autant plus vive qu'il existe une compensation réglementaire du déséquilibre économique existant entre constructeurs et distributeurs. Les ANC ont développé des positions variées. Le Conseil a reconnu un besoin de simplification, tout en demandant de réfléchir à la prise en compte de problèmes de concurrence particuliers au secteur.

Dans le secteur des transports maritimes, un comité consultatif a été organisé en avril 2008 afin de recueillir la position des ANC sur le projet final de lignes directrices concernant les lignes régulières, le tramp et le cabotage.

Ces lignes directrices font suite à l'abrogation par le Conseil européen du règlement d'exemption n° 4056/86, effective depuis fin 2008. En contrepartie, les armateurs et certains États membres ont obtenu que la Commission publie des lignes directrices sur le transport maritime (lignes régulières, tramp et cabotage). Le Conseil de la concurrence a soutenu ce projet de lignes directrices qui sont les premières dans lesquelles des développements significatifs sont consacrés aux échanges d'informations et sont également les premières à être destinées à un seul

secteur. Ces lignes directrices sont entrées en vigueur le 18 octobre 2008 pour une durée de cinq ans.

Un second comité consultatif organisé en septembre 2008 a eu pour objet de recueillir la position des ANC sur l'avant-projet de règlement d'exemption par catégorie en faveur des compagnies maritimes de ligne (consortiums). Pour le moment, ces accords sont couverts par le règlement (CE) n° 823/2000 de la Commission du 19 avril 2000, pris en application du règlement d'habilitation (CEE) n° 479/92 du Conseil du 25 février 1992. Le règlement n° 823/2000 expirant le 25 avril 2010, la Commission propose de reconduire l'exemption par catégorie en faveur des consortiums. Selon elle, en effet, cette exemption est particulièrement importante car, d'une part, le transport maritime de ligne par conteneurs représente 20 %, en valeur, du commerce extérieur de l'Union européenne et, d'autre part, seuls deux transporteurs européens semblent disposer des capacités suffisantes pour fournir des services de transports maritimes de ligne en haute mer par leurs propres moyens.

Toutefois, si ce règlement d'exemption par catégorie est reconduit, son contenu sera quelque peu modifié pour tenir compte de l'abrogation du règlement d'exemption par catégorie accordée aux conférences maritimes et de la nécessité d'assurer la convergence du transport maritime vers le droit commun.

### Produits pharmaceutiques

L'année 2008 a été marquée par le lancement d'une grande enquête sectorielle dans le secteur pharmaceutique. Cette enquête, effectuée en coopération avec les États membres, a débuté début janvier par des investigations au siège de plusieurs laboratoires pharmaceutiques dans plusieurs pays européens, dont la France. Elle s'est poursuivie par l'envoi de plusieurs questionnaires adressés aux autorités de santé et de concurrence des États membres, ainsi qu'aux laboratoires pharmaceutiques afin d'obtenir des informations précises et complètes sur ce secteur, qui réalise un chiffre d'affaires de 138 milliards d'euros. Les premiers résultats de cette enquête ont été présentés aux membres du groupe sectoriel le 31 octobre, juste avant leur présentation officielle par la Commission européenne, le 28 novembre 2008, en présence de M<sup>me</sup> Neelie Kroes.

Cette présentation, faite par le directeur et son adjoint de la nouvelle « *Task Force Pharma* », division spécialement créée pour mener à bien cette enquête sectorielle, a été suivie d'une table ronde, réunissant un panel de différentes personnalités, parmi lesquelles le Président du Conseil de la concurrence.

Invité pour présenter le point de vue des ANC, le Président du Conseil français a félicité la Commission pour son enquête, une première en Europe, dans un secteur économique important. Il a souligné que le rapport permettait d'avoir une vision plus claire de toutes les stratégies de « contournement » par lesquelles des laboratoires pourraient faire échec au droit de la concurrence et/ou aux politiques de réduction des dépenses de santé, notamment en utilisant le droit des brevets : dépôt de brevets nouveaux pour des produits qui n'apportent qu'une

amélioration mineure, dépôt de plusieurs brevets pour un même produit («buissons de brevet») ou encore, prolongation artificielle de la durée des brevets afin de créer des «brevets toujours verts».

Bruno Lassere a également noté que le rapport avait aussi l'intérêt de mettre au jour la multitude d'accords entre laboratoires et fabricants de génériques, accords dont certains pourraient retarder l'apparition des génériques. Enfin, il a présenté l'expérience du Conseil dans ce secteur, en résumant quelques cas que le Conseil a eu à traiter. Le rapport définitif concluant l'enquête sectorielle dans le secteur pharmaceutique est attendu pour le printemps 2009. Par ailleurs, un autre groupe de travail centré sur les questions de distribution dans ce secteur (et notamment la question du monopole des pharmaciens) verra bientôt le jour, et une étude sur le prix des médicaments à l'hôpital dans les pays de l'UE va également être lancée.

## **Industrie agroalimentaire**

La Commission a adressé en juillet 2008 un questionnaire aux ANC portant sur la réglementation dans le domaine de la distribution alimentaire. La troisième réunion du sous-groupe de travail «*alimentation*» du Réseau européen de la concurrence qui s'est tenue en novembre 2008 a été consacrée à une première analyse des résultats.

La Commission a indiqué à cette occasion que le sujet de la hausse des prix dans le domaine alimentaire était une priorité et a invité les États membres à continuer le dialogue sur des bonnes pratiques avec le secteur de la distribution de détail.

Le Conseil de la concurrence a présenté les grandes dispositions de la LME concernant l'aménagement commercial et les rapports industrie/commerce.

## **Activité relative à l'instruction des cas**

### ***Activité liée aux cas instruits par le Conseil***

Dans la mesure où les autorités de la concurrence des 27 États membres appliquent toutes les mêmes règles en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles, une coordination est apparue indispensable pour garantir le bon fonctionnement de ce système décentralisé. Cette coordination recouvre principalement deux formes : tout d'abord, en début de procédure, les autorités doivent s'informer mutuellement des cas qu'elles ont en portefeuille afin d'entamer des discussions et d'envisager, le cas échéant, une allocation optimale de certaines affaires. En second lieu, avant la prise de décision par chacune des autorités nationales, la Commission exerce un contrôle afin de s'assurer de la cohérence de l'application du droit communautaire.

### **La phase d'allocation des cas (article 11 § 3)**

L'article 11, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 (ci-dessous «*11 § 3*») dispose que «*les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par*

*écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres».*

En pratique, cette information des autres autorités de concurrence, y compris de la Commission européenne, au début de la procédure, se fait par la diffusion, sur l'intranet du Réseau, d'un formulaire type appelé «*fiche 11 § 3*» ou fiche «*New case*».

L'élément qui déclenche la mise sur le Réseau d'une affaire réside dans l'affectation sensible du commerce entre États membres. L'examen de cette condition d'applicabilité du droit communautaire est réalisé en premier lieu par le rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire. Pour être utile – l'information du Réseau devant intervenir juste avant ou dès la première mesure d'enquête – cet examen doit être effectué très tôt. C'est la raison pour laquelle, en dépit d'une réponse aisée dans la majorité des cas, certaines affaires ont pu susciter des discussions plus poussées.

Après ce premier examen, il revient au Conseil, au moment de la prise de décision, de développer une motivation sur ce point. Sa pratique décisionnelle s'inspire le plus souvent de celle de la Commission européenne et de la jurisprudence du Tribunal de première instance ou de la Cour de justice des Communautés européennes.

En 2008, le Conseil de la concurrence s'est prononcé à plusieurs reprises sur l'applicabilité du droit communautaire : décision 08-D-13 du 11 juin 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux, décision 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques et décision 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

Le Conseil de la concurrence s'est plus particulièrement exprimé sur la notion de l'affectation sensible du commerce entre États membres dans sa décision 08-D-30 du 4 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre-Mer et Total Réunion. Le Conseil a rappelé, comme il l'avait relevé dans ses décisions 06-D-09 et 06-D-37, que trois éléments doivent être démontrés pour établir que les pratiques sont susceptibles d'avoir affecté le commerce intracommunautaire de façon sensible : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation.

En ce qui concerne la première condition, le Conseil a constaté que le marché pertinent de la vente de carburéacteur et plus particulièrement les marchés sur appels d'offres organisés par Air France pour son escale à La Réunion font l'objet d'échanges entre États membres étant donné que, sur ces marchés, les offreurs sont des entreprises internationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège situé dans différents pays de l'Union, en particulier la France et le Royaume-Uni. En outre, le marché connexe du transport des passagers français ou européens vers La Réunion est, par nature, un lieu d'échanges entre États membres. En effet, les vols entre La Réunion et la métropole concernent nécessairement

tous les consommateurs de l'Union européenne étant donné que les liaisons avec l'île se font à partir de la France continentale et qu'environ 400 000 touristes visitent l'île chaque année, dont une part significative de touristes européens.

S'agissant de la deuxième condition, celui de l'affectation des échanges, le Conseil estimé qu'il y avait lieu d'examiner les conditions concrètes de fonctionnement du marché et la position des entreprises pour vérifier ce critère. En l'occurrence, sur le marché de l'approvisionnement en carburéacteur, l'entente horizontale s'est déroulée entre des filiales de multinationales possédant des établissements dans plusieurs États membres (notamment Royaume-Uni, France, Pays-Bas). La nature de l'accord litigieux est donc susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

Concernant, enfin, l'appréciation du caractère sensible de l'affectation, le Conseil de la concurrence a rappelé que celui-ci dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés, ainsi que de la position des entreprises. Plus la position de marché des entreprises en cause est forte, plus il est probable qu'un accord ou une pratique concertée susceptible d'affecter le commerce le fera de façon sensible. En l'espèce, s'agissant de la taille et du chiffre d'affaires des protagonistes, les entreprises en cause étaient, soit les «*filiales aviation*» de grands groupes pétroliers, soit des filiales locales chargées de vendre le kérosène dans la zone concernée. Enfin, selon la communication de la Commission relative aux lignes directrices sur la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, sont présumés dotés d'effets sensibles les accords pour lesquels le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises sur le marché concerné excède 40 millions d'euros, ce qui était en l'occurrence le cas.

Concernant la mise sur le réseau des fiches 11 § 3, le Conseil a mis seize cas 11 § 3 sur le réseau intranet en 2008, ce qui représente une légère hausse par rapport à l'année 2007 (14).

Parmi les 27 États membres de l'Union européenne en 2008, la France reste le premier pays contributeur en matière de diffusion de fiches 11 § 3 sur le Réseau. Entre le 1<sup>er</sup> mai 2004 et le 31 décembre 2008, les autorités françaises de concurrence ont mis 161 cas sur le Réseau (soit 97 pour le Conseil de la concurrence), suivies par le Bundeskartellamt de l'Allemagne (100), le GVH de Hongrie (66) et la NMa des Pays-Bas (62)<sup>166</sup>.

Ce système d'information mutuelle est essentiel. Il permet de donner à chaque autorité de concurrence une visibilité sur l'activité de ses homologues et, concrètement, offre la possibilité, pour les rapporteurs qui instruisent les affaires, d'échanger sur des cas réels et de partager leur expérience.

À ce stade, les discussions et échanges de vues au sein du Réseau sont de différentes natures. Ils vont de la simple demande d'information à l'expression de la volonté de traiter un cas en commun. Ces discussions sur les cas se situent bien en amont de la prise de décision par l'autorité. Elles constituent un système interactif

166. Informations publiées sur le site de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu>).

et dynamique permettant une mise en commun des connaissances et du savoir-faire des différentes autorités pour assurer un traitement efficace des infractions.

Avec le règlement n° 1/2003 et la mise en place du Réseau, le système de consultation et le mécanisme d'attribution des cas fonctionnent horizontalement entre autorités nationales d'une part, et verticalement, dans les sens ascendant et descendant entre les ANC et la Commission, d'autre part.

Le règlement n° 1/2003 est fondé sur un régime de compétences parallèles, par lequel toutes les autorités de concurrence ont désormais l'obligation d'appliquer les articles 81 et 82 du traité CE lorsqu'il y a affectation du commerce entre États membres. Dans ce cadre, si les autorités de concurrence sont chargées d'opérer une division efficace du travail en collaborant étroitement avec leurs homologues pour les affaires dont l'instruction est nécessaire, chacune d'entre elles conserve son pouvoir de décider d'enquêter ou non sur une affaire. À ce titre, la Communication relative à la coopération au sein du Réseau explique que, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office reste en charge de l'affaire.

### La consultation obligatoire de la Commission (article 11 § 4)

L'article 11, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 dispose qu'« *au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. [...] Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ».

Il s'agit d'un mécanisme de consultation obligatoire de la Commission avant la fin de la procédure qui lui confère un rôle de pilotage du Réseau.

Il y a lieu de souligner que cette obligation d'informer la Commission est limitée aux décisions ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Pour toutes les autres décisions, l'information de la Commission et des autres ANC est facultative et se fait dans le cadre de l'article 11 § 5 du règlement.

Compte tenu de l'organisation du Conseil de la concurrence (séparation des fonctions d'instruction et de décision), le type d'information qu'il communique à la Commission au titre de ses obligations prévues à l'article 11 § 4 du règlement n° 1/2003 (fiche « 11 § 4 ») n'est pas un « projet de décision » mais une note établie par le rapporteur faisant état de sa position finale sur l'affaire.

En 2008, le Conseil de la concurrence a mis neuf cas « 11 § 4 » sur le Réseau (contre onze en 2007). Comparé à ses homologues européens, le Conseil de la concurrence prend la tête en nombre de cas « 11 § 4 » mis sur le Réseau. Entre le 1<sup>er</sup> mai 2004 et le 31 décembre 2008, le Conseil de la concurrence a diffusé 51 cas « 11 § 4 » sur l'ECN, suivi par le Bundeskartellamt (42) et l'autorité italienne (32)<sup>167</sup>.

167. Informations publiées sur le site de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu>).



Afin de permettre un suivi global des affaires traitées par les autorités de concurrence, le règlement n° 1/2003 a également prévu la fiche type dite de « *closed case* ». Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres du Réseau de l'issue de leurs procédures. Le Conseil de la concurrence, comme en 2007, a communiqué 19 cas de ce type en 2008.

## ***Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne***

### **Les auditions (article 27)**

L'article 27 du règlement n° 1/2003 prévoit les règles applicables aux auditions. C'est le règlement n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE qui régit le droit à audition des parties : « *La Commission donne aux parties auxquelles elle a adressé une communication des griefs l'occasion de développer leurs arguments lors d'une audition, si elles en font la demande dans leurs observations écrites.* » La Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

Les représentants des autorités de concurrence des États membres assistent à ces auditions. Pour la France, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, c'était le Conseil de la concurrence et la DGCCRF qui y participaient. Sauf cas exceptionnels, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2009, la nouvelle Autorité de concurrence assurera seule, dans la majorité des cas, cette mission. Les représentants sont invités à poser des questions aux parties à un stade expressément mentionné sur l'ordre du jour de la réunion.

### **Le comité consultatif (article 14)**

Le Conseil de la concurrence prend activement part au comité consultatif de la Commission européenne.

Le Comité consultatif, institué par l'article 14 du règlement n° 1/2003, réunit régulièrement les services de la Commission et les représentants des autorités nationales de concurrence, ces derniers devant donner leur avis sur les avant-projets de décision de la Commission européenne. La Commission européenne, dans sa Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence du 27 avril 2004, définit ce Comité comme « *l'enceinte où les experts des diverses autorités de concurrence examinent certaines affaires ainsi que des questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence* ».

La Commission européenne a l'obligation de consulter le Comité consultatif et de tenir « *le plus grand compte* » de son avis.

Le Comité consultatif ne donne pas seulement son avis sur des décisions contentieuses de la Commission mais est également sollicité pour se prononcer sur des textes à caractère non contraignant. À titre d'exemple, en 2008, comme déjà en 2007, le Comité s'est prononcé sur le projet de procédure de transaction de la Commission.



L'année 2008 a été particulièrement instructive, car la Commission a pu préciser sa pratique décisionnelle dans sept décisions relatives à des ententes injustifiables, en application des nouvelles lignes directrices sur le calcul des amendes applicables depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2006. Ainsi, la Commission a prononcé l'amende la plus élevée de sa pratique décisionnelle (1,38 milliard d'euros) en novembre 2008.

### La coopération au sein du Réseau

#### *En matière d'enquête (article 22)*

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 81 et 82 du traité CE, le règlement n° 1/2003 a conféré aux autorités de concurrence la possibilité de s'assister mutuellement pour la réalisation d'enquêtes et d'inspections. En effet, les membres du Réseau ayant la responsabilité d'assurer de manière efficace la division du travail entre eux et une application cohérente des articles 81 et 82 du traité CE, il est apparu indispensable de leur donner une base juridique uniforme pour mettre en œuvre une assistance réciproque au stade de l'enquête.

L'article 22 du règlement n° 1/2003 offre donc la possibilité pour une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toutes enquêtes et inspections pour le compte de l'autorité d'un autre État membre. Ces enquêtes sont effectuées en application du droit national de l'autorité qui réalise effectivement les investigations. Les éléments recueillis sont transmis au membre du Réseau demandeur de l'assistance sur la base de l'article 12 du règlement n° 1/2003.

En 2008, au titre de l'article 22 du règlement n° 1/2003, les autorités françaises ont été sollicitées notamment par le Bundeskartellamt qui a accompagné les enquêteurs français lors d'une perquisition sur le territoire français, ainsi que par les autorités belges et grecques.

Le Conseil de la concurrence s'est pour la première fois prononcé sur la mise en œuvre de l'article 22 du règlement n° 1/2003 dans la décision précitée 08-D-30 du 4 décembre 2008, pour l'instruction de laquelle le Conseil avait sollicité des mesures d'enquête auprès des enquêteurs de l'autorité anglaise de concurrence. Il a rappelé que les dispositions de l'article 22 du règlement n° 1/2003 organisent, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relèvent d'un contrôle distinct : la demande d'assistance formulée par l'autorité qui souhaite en bénéficier ; l'autorisation et le déroulement de l'inspection mise en œuvre par l'autorité destinataire de la demande d'assistance ; et l'utilisation des informations obtenues par l'autorité pour le compte de laquelle l'inspection a été réalisée. La première et la troisième étape sont soumises au droit national applicable dans l'État demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet État. La deuxième est régie par le droit national applicable dans l'État destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet autre État. En l'occurrence, la demande des autorités françaises a été acceptée par l'OFT, qui a fait procéder aux investigations dans les locaux des entreprises concernées.

Les entreprises mises en cause ont contesté l'application de l'article 22 du règlement n° 1/2003, estimant que le rapporteur général du Conseil ne pouvait demander l'assistance de l'OFT, faute d'application du droit communautaire. Le Conseil de la concurrence a répondu en rappelant que l'appréciation à laquelle se livre le rapporteur général sur l'applicabilité du droit communautaire s'effectue très en amont du dossier, puisque avant même la réunion des preuves permise par l'enquête. C'est la raison pour laquelle le Conseil ne peut contrôler que l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le rapporteur général. En l'espèce, le Conseil a considéré que le rapporteur général n'avait pas commis d'erreur manifeste en estimant que les pratiques objet de l'enquête étaient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire.

La société Total Réunion a, en outre, contesté le fait que trois rapporteurs du Conseil aient assisté aux investigations réalisées au Royaume-Uni par l'OFT. Elle a fait valoir que les rapporteurs avaient agi hors de leur compétence, strictement limitée au territoire national, et en a déduit que les investigations menées sur le sol britannique avaient été diligentées dans des conditions irrégulières. En réponse, le Conseil souligne que cette contestation portant sur le déroulement de l'inspection ne pouvait être portée que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni, sur le fondement du droit britannique. Or, cela n'a pas été fait. Le Conseil relève au surplus que la présence de ces trois rapporteurs – qui n'ont fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations afin de vérifier qu'elles entraient bien dans le cadre de l'enquête sollicitée par l'autorité française, sans exercer aucun des pouvoirs de la nature de ceux que leur confère l'article L. 450-4 du Code de commerce – a été acceptée par les entreprises visitées et que par conséquent elles ne peuvent à cet égard se plaindre d'une quelconque atteinte à un droit protégé soit par le règlement communautaire, soit par la législation britannique.

Jusqu'au 31 décembre 2008, les demandes d'enquête des autorités de concurrence étrangères en application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 devaient être adressées au ministère de l'Économie. Le Conseil de la concurrence disposait du seul pouvoir de demander de telles enquêtes aux autres autorités nationales de concurrence. Avec la création de l'Autorité de concurrence et le transfert du pouvoir d'enquête du ministère de l'Économie à celle-ci, les demandes d'enquête des autorités de concurrence devraient essentiellement être adressées à l'Autorité et seulement de façon exceptionnelle au ministère de l'Économie.

### *Les échanges d'informations (article 12)*

Le fonctionnement du Réseau et la décentralisation effective exigeaient que soit mis en place un véritable système d'échanges et d'utilisation de pièces et documents entre les membres du Réseau. Aucune base légale ne conférerait ces moyens d'action aux autorités administratives de concurrence. Certes, des informations pouvaient, dans une certaine mesure, circuler entre la Commission et les autorités de concurrence, mais la Cour de justice en avait interdit l'utilisation comme preuves. De la même façon, si le Conseil de la concurrence avait la possibilité de

communiquer des informations aux autorités nationales de concurrence, ce n'était qu'à des conditions très restrictives.

L'article 12 § 1 du règlement n° 1/2003, explicité dans le considérant n° 16, donne aux autorités nationales et communautaire de concurrence le pouvoir d'échanger et d'utiliser comme moyens de preuves des informations qu'elles ont collectées pour l'application du droit communautaire, y compris des informations confidentielles. Ces dispositions ont la primauté sur toute législation contraire d'un État membre. Toutes les informations obtenues dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 du traité CE peuvent circuler entre les membres du Réseau, de manière verticale et horizontale, et être utilisées par chacun d'eux en tant que preuves.

Il existe cependant une limite importante et nécessaire à ce principe de libre circulation et d'utilisation dans le cas d'informations recueillies dans le cadre de programmes de clémence. En effet, en l'absence de dispositions spécifiques dans le règlement n° 1/2003 pour garantir le caractère opératoire de ces programmes, la Communication sur la coopération au sein du Réseau a prévu des mécanismes pour préserver la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence. Ces protections ont été instituées, tant en ce qui concerne les informations communiquées de manière obligatoire au Réseau en application de l'article 11 § 3 du règlement n° 1/2003, qu'en ce qui concerne les échanges opérés sur la base volontaire des dispositions de l'article 12.

Dans la pratique, en 2008, le Conseil a utilisé la voie de l'article 12 à cinq reprises pour coopérer dans plusieurs affaires avec ses homologues allemand, italien et néerlandais en vue d'échanger des informations et des documents.

### *La coopération informelle*

L'année 2008 marque l'intensification des relations informelles entre le Conseil de la concurrence et le BundesKartellamt.

Le BundesKartellamt, autorité de concurrence allemande la plus ancienne dans l'Union européenne, a célébré, en présence des autres membres du Réseau européen de concurrence, son 50<sup>e</sup> anniversaire le 15 janvier 2008 à Bonn. Lors de la cérémonie, les bonnes relations franco-allemandes ont été soulignées par le président de l'autorité allemande, Bernhard Heitzer, et par le président du Conseil, Bruno Lasserre.

En avril 2008, deux rapporteurs du Conseil de la concurrence se sont rendus pendant plusieurs semaines auprès de l'autorité allemande afin de mieux connaître son fonctionnement et de profiter de sa longue expérience dans la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Le 19 juin a été marqué par la journée franco-allemande de la concurrence qui s'est tenue à l'École nationale d'administration à Strasbourg et qui a porté sur libéralisation des marchés de l'énergie en France et en Allemagne.

Enfin, on a pu constater une coopération renforcée entre les deux autorités autant dans le traitement respectif des affaires que dans la préparation de positions communes à présenter aux comités consultatifs.