

Bruno Lasserre

Président
Commission d'accès
aux documents administratifs
Paris

**Isabelle de Silva**

Présidente de la 6^{ème} chambre
du contentieux
Conseil d'État
Paris

**Benoît Cœuré**

Président
Autorité de la concurrence
Paris

**Emmanuel Combe**

Vice-président
Autorité de la concurrence
Paris

**Rafael Amaro**

Professeur
Université de Caen Normandie



Autorité de la concurrence : Le dîner des présidents

Dîner – 13 octobre 2022*

“

**L'Autorité incarne une
gouvernementalité novatrice
qui puise sa légitimité plus
dans l'excellence intellectuelle
de ses membres que dans leur
mode de désignation.”**

Rafael Amaro



Rafael Amaro

Madame et Messieurs les présidents, maîtres,
Mesdames et Messieurs, chers collègues,

Chacun mesure la chance qui est la sienne
de pouvoir assister à ces échanges, échanges
que nous avons logiquement décidés, avec
nos invités, de dédier à l'Autorité de la
concurrence, les défis de demain bien sûr
mais aussi le chemin parcouru ces dernières
décennies. Pour introduire la discussion, je
m'en tiendrai à deux brèves observations.

1^o) Première observation qui fera sans doute
figure d'évidence : l'Autorité occupe une
place singulière dans notre ordre politique
et institutionnel qui en fait à la fois une héritière
et une avant-gardiste.

C'est une héritière de notre tradition républi-
caine ; par sa mission : tenir les promesses

de la Révolution française en protégeant nos
libertés économiques ; par sa composition
et la place qu'y tiennent les grands commis
de l'État et par ses procédures enracinées
dans notre droit administratif et notre droit
privé. C'est aussi l'héritière de nos deux
Europes, celle de l'Union évidemment mais
aussi celle du Conseil. Il suffit de songer à
la place cardinale que l'Autorité réserve aux
principes du procès équitable.

Mais l'Autorité est aussi avant-gardiste. Elle
est avant-gardiste en ceci qu'elle incarne une
gouvernementalité novatrice qui puise sa
légitimité plus dans l'excellence intellectuelle
de ses membres que dans leur mode de
désignation. Alors l'histoire jugera mais on
peut prédire que cet acte de confiance du
pouvoir démocratiquement élu, qui remet pour
partie la conduite la politique économique à

une autorité qu'il ne contrôle pas sera vu, un jour, comme un marqueur important de l'État de droit.

Pour cette raison, une Autorité de la concurrence forte et indépendante qui ne doit sa légitimité qu'à son excellence est un bien précieux. C'est un bien précieux face aux désordres du temps et à l'érosion progressive de la confiance dans nos institutions démocratiques. C'est un bien précieux dont les plus hauts protecteurs sont réunis à cette table ce soir.

2°) Ma deuxième observation sera moins solennelle et nous permettra d'entrer plus directement dans le vif du sujet. Elle consistera à vous livrer quelques chiffres.

En 2004, année d'entrée en vigueur du règlement 1/2003 et de la prise de fonction du Président Lasserre, l'Autorité rendait 54 décisions contentieuses. Puis ce chiffre décline pour atteindre, 10 ans plus tard, en 2014, 22 décisions et, en 2021, 30 décisions. Quand on procède à une analyse qualitative de ces décisions, on s'aperçoit – si l'on excepte les nombreuses saisines dans le secteur des produits bruns de la bien nommée société Concurrence de Monsieur Chapelle – que les affaires concernent souvent des ententes entre soumissionnaires à des appels d'offres publics. Dans la décennie suivante,

ce contentieux n'a pas disparu mais l'activité de l'Autorité est beaucoup plus diversifiée.

Autre chiffre intéressant : entre 2004 et 2021, l'Autorité a rendu 596 décisions contentieuses quand l'autorité britannique, sur cette même période, en a rendu 101. C'est six fois moins.

Je ne me permettrai pas d'analyser ces chiffres devant nos invités mais je crois que l'on peut s'accorder sur le fait qu'ils traduisent à la fois l'intensité de l'activité de l'Autorité mais aussi son caractère évolutif. Pour approfondir l'analyse, je cède la parole à nos invités dont les échanges s'articuleront autour de trois thèmes. Chaque thème précèdera un des trois temps de notre dîner.

Le premier thème, avant l'entrée, permettra d'aborder l'Autorité dans sa dimension institutionnelle en posant une question simple : Qu'est-ce que l'Autorité ? Le 2^e thème, avant le plat principal, fera toute sa place aux professionnels de l'économie et du droit de la concurrence et répondra à la question suivante : Quelle place pour l'avocat et l'économiste devant l'Autorité ? Enfin, le 3^e thème, avant le dessert, invitera à évoquer plutôt des aspects de droit substantiel de la concurrence en posant la question : Quels défis pour l'Autorité ?

QU'EST-CE QUE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE ?

“

Ce qui a principalement stimulé l'Autorité, c'est la compétition et en même temps la coopération qui sont nées de la mise en place du réseau européen de la concurrence (REC) par le règlement 1/2004 .”

Bruno Lasserre



Bruno Lasserre

Cette autorité est née en 2009 d'un miracle. Cette réforme a été en réalité un combat difficile car il n'a pas toujours été simple de convaincre les politiques. La Commission Attali sur la libération de la croissance française, dont Mario Monti et lui-même étaient membres, a rendu ses conclusions en janvier 2008 et la loi qui a fait la réforme a été votée en août 2008. La fenêtre d'opportunité, juste avant la crise financière de 2008, a été particulièrement courte. L'Autorité a pu obtenir de nouveaux pouvoirs tels que les moyens d'enquête de bout en bout, le pouvoir de décision en matière de concentration et la possibilité de prendre la parole elle-même sans attendre d'être saisie par le ministre en ce qui concerne les études sectorielles. Ce qui a principalement stimulé l'Autorité, c'est la compétition et en même temps la coopération qui sont nées de la mise en place du réseau européen de la concurrence (REC) par le règlement 1/2004 et tout le

dynamisme qu'il a ouvert. Ce règlement a créé une émulation entre autorités nationales pour savoir laquelle serait la mieux placée. Cela a donc forcé l'Autorité à réfléchir à ses faiblesses, à ses forces et à investir pour montrer qu'elle était capable de traiter des affaires importantes dans lequel le droit de l'UE était appliqué.

Bruno Lasserre soutient que les concentrations appellent une culture complètement différente des pratiques anticoncurrentielles : il ne s'agit pas de punir, mais d'accompagner, corriger, prévenir tout en comprenant le sens industriel de ces opérations de croissance externe. A l'époque, l'examen des concentrations a été confié à une équipe nouvelle et spécifiquement dédiée à ces problématiques. Il est convaincu que ce qui a fait le succès de l'Autorité c'est sa réactivité et son pragmatisme, notamment sur les remèdes.

Isabelle de Silva

Au moment de sa prise de position à l'Autorité, cette dernière avait déjà un modèle institutionnel particulièrement solide et réussi. Toutefois, certains aspects du modèle d'origine devaient tout de même être ajustés. Cela a notamment été l'objectif, par exemple, des modifications apportées au régime juridique et aux pouvoirs de l'Autorité par la Directive ECN+, la loi portant DDADUE et son ordonnance d'application. Ces modifications ont notamment permis à l'Autorité de disposer d'un pouvoir « d'opportunité des poursuites », ce qui permettra à l'avenir à l'Autorité de concentrer au mieux ses forces sur les affaires les plus significatives. Il a également fallu inscrire l'Autorité dans l'urgence de l'économie, afin qu'elle puisse traiter de sujets

numériques de façon experte dans des délais courts. L'une des forces de l'Autorité, qui est sans équivalent au sein des institutions est de pouvoir être une force de réflexion transversale et prospective sur l'économie. A l'avenir, le rôle de l'Autorité restera tout aussi essentiel. L'actualité le montre : à l'heure actuelle, la crise de l'énergie conduit à devoir réfléchir rapidement et en profondeur à une nouvelle organisation du marché de l'énergie. C'est dans ces moments que l'Autorité de la concurrence peut intervenir avec une légitimité forte, au côté des régulateurs sectoriels et pour fournir des pistes d'action au gouvernement, en apportant un regard spécifique. Elle est également bien placée pour rappeler que les lois du marché sont importantes.

Benoit Cœuré

Il souligne que l'Autorité fonctionne très bien, elle inspire confiance et est au centre du débat économique et réglementaire, et c'est important qu'elle y reste. En plus d'être solide et respectée, l'Autorité est aussi une institution agile qui a su pivoter quand il le fallait. C'est ce mélange de solidarité et de manœuvrabilité qu'il faut préserver.

Toutefois, ce concept d'autorité administrative indépendante est une sorte de miracle, sans cesse menacé dans un monde où la politique elle-même est de plus en plus passionnée, où les faits ont de moins en moins d'importance et

où des décisions argumentées sur la base de faits, d'analyses économiques et juridiques, ont finalement de moins en moins de pouvoir de conviction sur les politiques. Dans ce contexte, pour conserver sa légitimité, l'Autorité doit montrer qu'elle est capable de répondre aux problèmes qui se posent au quotidien aux Français, tel que par exemple la crise de l'énergie. Pour construire cette crédibilité il faut toujours avoir un pied dans le local (en appréhendant la réalité des territoires, avec l'aide de la DGCCRF notamment) et dans le global (par la coopération internationale, dans laquelle l'Autorité est active).

Emmanuel Combe

Il souligne l'importance du rôle essentiel et unique de l'Autorité sur la fonction consultative. L'Autorité doit porter cette voix, même si les avis sont entendus avec parfois beaucoup de délai. C'est notamment le cas de l'avis Pièce Automobile qui date de 2012

mais qui a vu sa concrétisation en 2022. Entre 2014 et 2016, l'Autorité a connu une période très intense où elle a apporté une contribution décisive aux décideurs politiques dans leur volonté de réformer (notaires, taxis/VTC, cars Macron, etc).

QUELLE PLACE POUR L'ÉCONOMISTE ET L'AVOCAT DEVANT L'AUTORITÉ ?

Isabelle de Silva

La contribution des avocats et économistes à la diffusion du droit de la concurrence est majeure, et commence avant même la saisine de l'Autorité. Les opérations de concentration qui se passent

le mieux sont, ainsi, celles où les avis des avocats et des économistes ont été pris en compte. En élaborant les dossiers très en amont de la notification – par exemple par des analyses de



Entre 2014 et 2016, l'Autorité a connu une période très intense où elle a apporté une contribution décisive aux décideurs politiques dans leur volonté de réformer.”

Emmanuel Combe



“

L’Autorité a souhaité s’inscrire résolument dans un cadre européen en rapprochant ses pratiques de celles de la Commission européenne à chaque fois que cela s’avérait pertinent.”

Isabelle de Silva



la situation concurrentielle des différents marchés pertinents, pour des opérations de concentration d’envergure, ils permettent ensuite à l’Autorité d’examiner plus rapidement ces opérations de concentration. A cela s’ajoute l’importance des séances à l’Autorité. Ils participent aussi, plus largement, à la bonne prise en main du droit de la concurrence par les entreprises en fournissant de précieux conseils qui accompagnent la définition par les entreprises de leur stratégie et leur évitent de commettre des infractions. Ils sont ainsi des acteurs décisifs de la conformité. Dans un premier temps la procédure devant cette dernière est écrite, mais pour autant, la séance permet d’établir une certaine vérité grâce à l’oralité. Lors des audiences de l’Autorité, qu’il s’agisse d’examiner des pratiques anticoncurrentielles ou des opérations de concentration, il est important que les responsables d’entreprises puissent aussi s’exprimer devant l’Autorité, au côté des avocats et économistes. De telles interventions peuvent avoir un impact décisif, car il est rare que quelqu’un défende mieux le projet de concentration que le chef d’entreprise qui en a eu l’idée, et qui connaît parfaitement son entreprise et les marchés sur lesquels elle évolue.

Le marché de la concurrence est un marché en pleine croissance, car le droit de la concurrence est en perpétuel renouvellement, et soulève de nouvelles questions. La nouvelle définition du régime de sanctions devant l’Autorité en est un parfait exemple. La réforme résultant de la directive ECN+ et de la loi DDADUE, complétées par le nouveau « communiqué sanctions », a notamment conduit à une refonte complète du régime de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, qui comporte notamment la suppression du « dommage à l’économie ». C’est une évolution importante. Plus largement, à travers cette réforme, l’Autorité a souhaité s’inscrire résolument dans un cadre européen en rapprochant ses pratiques de celles de la Commission européenne à chaque fois que cela s’avérait pertinent. Le nouveau communiqué sanction constitue désormais un nouveau terrain pour construire une nouvelle jurisprudence. Sur le plan des outils normatifs de la régulation concurrentielle enfin, nous sommes également dans une période de grand renouvellement avec le DMA, le nouveau règlement sur les subventions étrangères et la nouvelle approche de l’article 22 du règlement de 2004 permettant d’examiner les opérations de concentration « sous le seuil »

“

Les procédures négociées, comme les transactions et les engagements, ont fait la preuve de leur utilité pour rétablir l’ordre public économique et le cadre qui leur a été fixé apporte de la sécurité aux entreprises et aux avocats.”

Benoit Cœuré



Benoit Cœuré

Lors de sa première apparition publique en tant que Président de l’Autorité, Benoit Cœuré a souligné devant l’APDC l’importance du contradictoire et du rôle des avocats. Il souhaite pouvoir engager ce dialogue de manière constituée avec l’APDC mais aussi avec chacun des professionnels concernés. Comme l’a indiqué Isabelle de Silva, la séance est un moment important qui soit pouvoir amener le collège à changer d’avis.

Le dialogue avec les parties et leurs conseils s’organise différemment selon les procédures employées. Il est particulièrement important de bien articuler les anciens et les nouveaux instru-

ments du droit de la concurrence. Les procédures négociées, comme les transactions et les engagements, ont fait la preuve de leur utilité pour rétablir l’ordre public économique et le cadre qui leur a été fixé apporte de la sécurité aux entreprises et aux avocats, mais elles présentent aussi des inconvénients, par exemple pour la construction de la jurisprudence. Au fur et à mesure que l’expérience se développe sur ces instruments, il sera donc utile de prendre du recul afin de regarder ce qui a marché et ce qui a moins bien marché et il sera important que l’Autorité recueille le point de vue des avocats sur ces nouvelles procédures.

Bruno Lasserre

L’Autorité de la concurrence est un lieu unique dans lequel il existe une fertilisation croisée entre juristes et économistes. Le rôle de l’avocat et de l’économiste est, selon lui, plus complexe. Aujourd’hui on voit que la palette des choix ouverts aux entreprises s’est considérablement élargie.

L’avocat a notamment pour nouveau rôle de conseiller les entreprises en amont pour choisir le meilleur instrument afin d’arriver au but fixé : négocier des engagements ou contester, transiger ou affronter, prendre les devants avec la clémence ou accepter le risque d’attendre... Dans ce

contexte, deux choses peuvent être soulignées. La première est qu'il est souvent plus facile de négocier des engagements car cela permet d'éviter de qualifier la présence d'une infraction ou non. Or, le droit de la concurrence a besoin de décisions contentieuses sous le contrôle du juge afin de connaître la ligne de partage et de qualifier les comportements. Le deuxième point est que l'Autorité doit, face à toute une palette

d'instruments alternatifs ou complémentaires de la sanction, donner plus de prévisibilité : pas seulement en clarifiant les conditions d'usage de chacun des instruments comme cela a été fait avec les lignes directrices (clémence, engagements, transaction, sanctions, programmes de conformité) mais aussi en précisant comment, dans la politique de régulation qu'elle met en œuvre, comment elle les privilégie ou les combine.

Le droit de la concurrence a besoin de décisions contentieuses sous le contrôle du juge afin de connaître la ligne de partage et de qualifier les comportements.”

Bruno Lasserre



QUELS SONT LES GRANDS DÉFIS DE DEMAIN POUR L'AUTORITÉ ?

Benoit Cœuré

L'un des défis est de conforter la crédibilité de l'Autorité dans le paysage institutionnel français, ce qui nécessite un effort de communication constant auprès du grand public.

La capacité de l'Autorité à se « retourner » rapidement va être de plus en plus nécessaire dans les années qui viennent du fait de la double crise sanitaire et énergétique, qui va entraîner des recompositions industrielles lourdes face auxquelles l'Autorité ne peut pas se contenter d'avoir un rôle passif.

Le numérique va rester un défi même si à bien des égards « l'économie numérique » n'existe plus puisque le numérique est partout et les dynamiques de concentration et parfois d'exclusion liées à l'accumulation de données se retrouvent dans tous les secteurs industriels, comme le montrent les exemples de l'automobile et de la

santé. Ceci a des conséquences pour les priorités futures des autorités de concurrence. D'un côté, les pratiques des grandes plateformes (les « contrôleurs d'accès » au sens du DMA) qui commencent à être mieux connues, vont désormais être codifiées. Le DMA peut permettre de libérer des ressources pour étudier des pratiques et des acteurs qui ne sont pas capturées par ce texte, notamment dans le domaine industriel, et ce travail permettra à son tour de mettre à jour le DMA lorsqu'il sera amendé, ce qui est inévitable.

Face à des problèmes de plus en plus complexes et qui couvrent des champs économiques et industriels de plus en plus vastes, l'Autorité devra montrer qu'elle peut comprendre et relier des phénomènes complexes et en tirer des conclusions claires en matière d'organisation des marchés et de ce qui est souhaitable pour les consommateurs et les entreprises.

Bruno Lasserre

L'Autorité devra à chaque fois construire et reconquérir sa légitimité. Une défaite judiciaire, une décision malencontreuse peuvent compromettre cette légitimité, ce qui n'est pas forcément le cas des grandes institutions que l'on côtoie dans la République. Le sujet de l'efficacité est également fondamental. Il y a deux sujets, celui de la course du temps ; l'Autorité ne peut être efficace que si ses décisions ou avis collent au temps économique, politique, au temps de la société. Le temps est donc le principal facteur de l'efficacité et cette exigence se renforce avec le développement des actions en réparation. La temporalité est également cruciale en matière de

concentrations. En effet, beaucoup de marchés sont en évolution rapide. La difficulté de l'Autorité est d'anticiper et d'intégrer le futur mais avec une exigence de preuve qui soit suffisante. Enfin, un axe nécessaire est de consacrer plus de moyens à l'évaluation ex post de ce que l'Autorité a fait pour apprécier notamment si les engagements ou les remèdes ont produit les résultats attendus. ■