

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 00-A-01 du 05 janvier 2000

relative à une demande d'avis sur un projet de réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 23 décembre 1999, sous le numéro A 288, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis conformément à l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

À titre liminaire, le Conseil souligne que, saisi par le ministre de l'économie des finances et de l'industrie sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, son avis ne peut porter que sur les incidences éventuelles du projet qui lui est soumis au regard des principes qui régissent le droit de la concurrence.

Le projet soumis au Conseil modifie sur un grand nombre de points l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; il vise des objectifs qui, schématiquement, peuvent être regroupés en deux catégories : renforcer l'efficacité de la surveillance concurrentielle des marchés par les autorités de la concurrence et moderniser les procédures, notamment pour tenir compte des évolutions jurisprudentielles inspirées, au premier chef, par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme dont il est maintenant admis qu'il régit en partie directement les procédures mises en œuvre par le Conseil. Pour analyser le projet qui lui est soumis, le Conseil a pris simultanément en considération ces deux objectifs ; dans la mesure où il s'agit de la première réforme d'envergure du droit français de la concurrence depuis 1986, il a souhaité tenir compte de l'expérience accumulée depuis sa création, tout en intégrant autant que possible des comparaisons internationales. Dans cet esprit, le présent avis analysera le projet relatif au renforcement du droit de la concurrence, en matière contentieuse en s'attachant dans les deux cas à relever les principaux apports du projet, à attirer l'attention sur les risques que certaines des mesures envisagées pourraient receler et, enfin, dans la mesure où elles peuvent s'inscrire dans la logique d'ensemble du projet, à suggérer un certain nombre d'autres améliorations.

En matière de concentration, en revanche, le projet ayant suscité de la part du Conseil des réserves d'ensemble, l'avis suggère au gouvernement, à titre principal, une approche différente tout en examinant ensuite à titre subsidiaire les dispositions du projet.

I. - Le contentieux

A. - LE CADRE D'ANALYSE DE LA RÉFORME DU CONTENTIEUX

Très tôt, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont manifesté une grande vigilance au sujet du respect, par l'administration et par le Conseil, des principes de droit de la défense, dont celui du contradictoire, qui en constitue la traduction essentielle. Si, pendant plusieurs années, une certaine souplesse a été de mise, l'arrêt Oury, sanctionnant la procédure de la COB, rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 février 1999 puis à sa suite, l'arrêt de la chambre commerciale du 5 octobre 1999, SNC Campenon Bernard, relatif à la procédure du Conseil de la concurrence ont bouleversé le contexte juridique de cette dernière.

Ces arrêts semblent pouvoir conduire à considérer que si la Cour de cassation continuera à admettre à l'avenir certaines exceptions aux prescriptions fixées par l'article 6 de la CEDH, ce ne sera que pour autant que les dites exceptions n'atteignent pas les principes essentiels du contradictoire et de l'égalité des armes, expressions du droit à un procès équitable. Il paraît nécessaire, dans ces conditions, d'anticiper de possibles évolutions de la jurisprudence en modernisant le texte dans un sens favorable au caractère visible de l'impartialité de la procédure. Au-delà de cette approche de précaution, il est de toute façon utile aussi bien pour la crédibilité des autorités de concurrence que pour améliorer la qualité de leurs décisions de donner toute leur place aux droits de la défense.

Par ailleurs, le Conseil constate que l'efficacité du dispositif français de répression des comportements anticoncurrentiels est perfectible. D'une part, il convient d'observer que des pratiques répétitives, émanant des mêmes secteurs économiques, lui sont régulièrement soumises depuis sa création, ce qui tend à démontrer que le système répressif mis en place en 1986 rencontre des limites ; de même, la mise à jour d'ententes ou d'abus de dominance de grande ampleur par les autorités américaines ou communautaires et ayant eu un impact en France, alors que les autorités françaises ne les avaient pas détectés ou pas sanctionnés traduit, au minimum, un certain décalage entre la qualité du dispositif français et les standards internationaux. D'autre part, le contexte actuel recèle des obstacles qui viennent obérer l'efficacité de ce dispositif : l'internationalisation toujours plus poussée de la vie des affaires et les exigences de la jurisprudence, qui viennent d'être rappelées. Dans l'avenir, ces tendances semblent devoir perdurer alors qu'un fait nouveau devra sans doute être pris en compte : la déconcentration des politiques de concurrence communautaires qui supposera une charge et une responsabilité plus lourdes pour les autorités nationales.

Ces considérations rendent opportune une réforme d'ampleur du texte actuel, sans que sa logique d'ensemble ait à être mise en cause, dès lors qu'elle correspond à celle du texte communautaire ainsi qu'à celle qui a présidé à l'adoption des textes de nos partenaires européens.

Le Conseil ne peut donc qu'approuver l'esprit du projet qui lui est soumis ainsi que son ampleur.

Deux des dispositions du projet lui semblent présenter un caractère stratégique : la mise en place de régimes de transaction et de repentir (articles 5 et 6 du projet ; futurs articles 13-1 et 13-2 de l'ordonnance ; pages et du présent avis) et la possibilité d'établir des échanges de documents et de coopérer avec les autorités de la concurrence étrangère (article 25 du projet, futur article 53-1 de l'ordonnance et page du présent avis).

L'une des dispositions du projet, en revanche, lui paraît présenter des risques sérieux et devoir être impérativement amendée : celle qui est relative aux sanctions (article 4 du projet, article 13 de l'ordonnance et page du présent avis).

Enfin, parmi les suggestions d'ajout de dispositions supplémentaires, le Conseil souhaite mettre l'accent sur le caractère impératif, pour son indépendance et son efficacité, de la

possibilité de se saisir d'office pour avis (article 5 de l'ordonnance) et de la mise en place de ressources d'enquête propre (article 50 de l'ordonnance et page du présent avis).

B. - L'ANALYSE DES DISPOSITIONS DU PROJET SOUMIS AU CONSEIL

L'analyse qui suit sera menée dans l'ordre des articles actuels de l'ordonnance ou à y insérer ; la numérotation est celle de l'ordonnance et non celle du projet de loi modificatif.

La modification de **l'article 4** par la loi n° 99-532 du 29 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a entraîné la création au Conseil d'un ou de poste(s) de rapporteur(s) général(aux) adjoint(s) sans préciser quelles seraient les attributions de ce ou ces responsables. Le 6^e alinéa, tel qu'il est prévu dans le projet soumis pour avis, permettra utilement au rapporteur général de déléguer à ceux-ci tout ou partie de ses attributions.

La création d'un **l'article 11-1**, qui permet d'infliger une amende en cas de saisine manifestement abusive, aura l'avantage de responsabiliser les saisissants dont une certaine proportion utilise le Conseil de la concurrence comme un instrument dans des rivalités purement commerciales alors qu'aucune question de concurrence ne se pose. Si cette mesure atteint son but, diminuer le nombre de ces saisines artificielles, les entreprises éviteront des frais de procédure coûteux et le Conseil pourra consacrer une part plus complète de ses ressources aux dossiers posant de vraies questions de concurrence. Il ne paraît pas opportun de prévoir le cas d'un recours abusif devant la cour d'appel puisque l'article 559 du nouveau code de procédure civile le prévoit expressément.

Dans l'actuel dispositif de **l'article 12**, le Conseil ne prononce que les mesures conservatoires que la partie saisissante sollicite. Il est préférable, comme le propose le projet, qu'il puisse également, au regard des circonstances, retenir d'autres mesures conservatoires qu'il estime nécessaires, si celles qui lui sont demandées n'apparaissent pas efficaces ou sont impossibles à mettre en œuvre. L'expérience montre en effet que les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles n'ont souvent pas une expérience suffisante du droit de la concurrence pour déterminer elles-mêmes des mesures à la fois utiles et juridiquement acceptables. Or, il apparaît que ces mesures d'urgence, de plus en plus souvent sollicitées, sont bien adaptées au rythme de la vie des affaires et à l'évolution actuelle de certains marchés. En faciliter l'octroi va dans le sens d'une efficacité accrue de la surveillance concurrentielle des marchés.

La prise en compte, à **l'article 13**, en matière de sanctions, des phénomènes de réitération des pratiques déjà sanctionnées devrait entraîner un renforcement de l'effet dissuasif de ces sanctions.

Cependant si, comme il a été dit en introduction, cet effet dissuasif se révèle insuffisant et s'il apparaît ainsi nécessaire de durcir le régime des sanctions pécuniaires, la proposition de retenir comme assiette de celles-ci le chiffre d'affaires consolidé du groupe ou le chiffre d'affaires mondial suscite de la part du Conseil un certain nombre de réserves. En premier lieu, malgré la référence faite à des textes précis, mais nombreux, la détermination de la nouvelle assiette se heurtera à des difficultés pratiques qui risquent d'entraîner la mise en place de moyens de procédure très complexes ; cette perspective ne va pas dans le sens de l'efficacité de la répression. En deuxième lieu, la proposition semble peu conforme au principe de l'individualisation des peines que le Conseil met en œuvre, à l'égal des juridictions répressives. La concentration actuelle de la responsabilité sur la personne morale correspondant à l'entreprise évite la distorsion que le projet fait entre la responsabilité et l'imputabilité. Elle évite aussi qu'une société dont les comptes sont consolidés dans ceux d'un groupe qui, pourtant, ne détient pas la majorité des parts ne se voit exposée au risque d'une sanction alourdie à laquelle d'ailleurs dans certains cas elle ne pourra pas faire face,

principalement si le groupe n'entend pas se suppléer à elle alors que rien ne l'y oblige. En troisième lieu, la sanction devant d'abord être proportionnée au dommage à l'économie, les pratiques d'ampleur modeste imputables à la filiale d'un grand groupe continueront d'être sanctionnées par des amendes faibles : le pourcentage par rapport au chiffre d'affaires mondial du groupe apparaîtra alors dérisoire, ce qui sera mal compris par les entreprises indépendantes subissant des sanctions comparables dans l'absolu mais représentant nécessairement des pourcentages plus élevés. Cette distorsion existe déjà aujourd'hui entre les grandes et les petites entreprises mais son amplitude se trouvera accrue.

Certes, le montant actuel des sanctions infligées par le Conseil peut paraître insuffisant aux pouvoirs publics. Si ces derniers souhaitent un durcissement de ces sanctions, il est nécessaire qu'ils soient éclairés sur ce qui détermine la situation actuelle. Le Conseil constate que la cour d'appel de Paris a plutôt tendance à réduire le montant des sanctions qu'il a prononcées, même lorsqu'elle partage totalement son analyse au fond. Par ailleurs, le Conseil n'enregistre pratiquement pas, ni de la part du ministre chargé de l'économie ni de la part des entreprises saisissantes, de recours dirigés contre ses décisions ayant pour unique but d'obtenir, toutes choses égales d'ailleurs, une augmentation du montant des amendes infligées. Il lui est difficile, dans ces conditions, de modifier spontanément ses pratiques.

Le plus adapté serait donc que le législateur adresse un message lisible au ministre chargé de l'économie, au Conseil, à la cour d'appel de Paris et, finalement, aux entreprises, en élevant le plafond des sanctions. Le principe d'individualisation des peines interdirait évidemment de porter systématiquement les sanctions à ce niveau mais, comme cela se pratique couramment en droit pénal, il serait tenu compte de la tendance indiquée par le législateur. Le plus simple serait alors de porter le plafond au niveau fixé par le droit communautaire, soit 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise considérée.

En revanche la liberté laissée au Conseil de choisir un chiffre d'affaires autre que celui du dernier exercice clos répond à ses préoccupations. En effet, le Conseil se heurte parfois au fait que, pendant la période d'instruction, l'entreprise auteur des pratiques a pu être vidée de toute activité au point de ne plus avoir de chiffres d'affaires. Toutefois, il n'apparaît pas conforme aux règles du droit pénal, auquel les sanctions du Conseil sont dans une certaine mesure assimilées, de pouvoir choisir discrétionnairement l'année du chiffre d'affaires servant d'assiette aux sanctions.

Aussi conviendrait-il de supprimer le mot « *groupe* » dans la 1^{re} phrase du 3^e alinéa de l'article 13, de remplacer « *pratiques prohibées* » par « *pratiques déjà sanctionnées pour méconnaissance des dispositions du présent titre* » et de rédiger le 4^e alinéa de ce même article comme suit : « *Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du chiffre d'affaires réalisé soit au cours du dernier exercice pendant lequel les pratiques anticoncurrentielles ont eu lieu, soit au cours du dernier exercice clos. Le Conseil retient le plus élevé de ces deux chiffres. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 20 millions de francs* ».

Le 6^e alinéa répond à la nécessité pour le Conseil de pouvoir ordonner que ses décisions soient publiées en se limitant à la partie substantielle la plus significative pour le grand public et par tous moyens modernes de communication.

Comme le propose le nouvel **article 13-1**, certaines affaires soumises au Conseil pourraient être traitées dans de meilleures conditions par transaction au lieu de faire l'objet d'une procédure contentieuse complète. Dès lors qu'une ou plusieurs entreprises auront reconnu leur participation à des pratiques prohibées, la procédure sera plus courte et plus économe dans l'utilisation des ressources du Conseil et des services d'enquête. Le rétablissement du

fonctionnement normal des marchés serait ainsi obtenu plus rapidement et en privilégiant l'avenir par rapport à la répression du passé, celle-ci ne disparaissant cependant pas puisque le projet prévoit qu'une sanction « transactionnelle » peut être décidée. Il conviendrait cependant de prévoir, pour que la procédure de transaction soit largement utilisée par le Conseil, que les personnes ayant souffert des comportements des entreprises avec lesquelles une transaction aura été réalisée, puissent faire valoir leurs droits, notamment indemnitaires, dans d'autres instances. Il convient également de remplacer au 1^{er} § de cet article les mots « *reconnaissent formellement les faits* » par « *reconnaissent formellement leur participation à une pratique prohibée* ».

L'article 13-2 devrait faciliter la découverte des ententes ainsi que la recherche de preuves de l'existence d'ententes. Il paraît d'autant plus opportun de doter la France d'un tel système dit « de repentis » que tant la commission européenne que certains pays étrangers s'en sont dotés et ont enregistré depuis lors des résultats significatifs. Il s'agit de permettre à l'entreprise qui, la première, porte à la connaissance du Conseil une entente à laquelle elle a participé, ou celle qui accepte de coopérer à la recherche de preuves, de bénéficier de mesures d'indulgence de la part de l'autorité de la concurrence. Ces dispositions sont de nature à faciliter les phénomènes de « repentir », notamment après la mise en place de nouveaux dirigeants. Elles paraissent d'autant plus utiles en France que les autorités de la Concurrence y disposent de moyens limités pour apporter la preuve de l'existence d'ententes anticoncurrentielles, le moyen le plus coercitif restant la saisie de documents que les entreprises peuvent aisément soit faire disparaître soit ne pas produire.

L'efficacité d'un tel dispositif réside largement, si l'on en croit les expériences étrangères, dans les modalités de procédure qui doivent offrir aux « repentis » des garanties suffisantes. Le Conseil suggère donc de préciser le projet sur un certain nombre de points.

Le processus doit pouvoir être mis en pratique à tout moment, avant même le début d'une procédure. Il convient donc de modifier la première phrase de l'article 13-2 du projet en remplaçant le mot « *contribue* » par les mots « *a contribué* ». Pour rendre efficace ces politiques, il convient de faire bénéficier les entreprises ou organismes concernés d'une sûreté juridique la plus grande possible. C'est pourquoi il pourrait être indiqué que les mesures de clémence seront insusceptibles de recours et qu'elles prendront la forme de décisions plutôt que celle d'avis : il convient donc de remplacer le terme « *avis* » par le mot « *mesure* ».

La sécurité offerte au repentis ne doit cependant pas être totale : il est opportun de subordonner ces mesures au respect des engagements pris par l'entreprise ou l'organisme. En conséquence, il conviendrait de prévoir une possibilité de retrait de la décision de garantie pour non-respect des engagements. Il faudrait donc prévoir que l'alinéa 5 de l'article 13-2 du projet soient ainsi rédigés « *à tout moment, dans la suite de la procédure ; le Conseil peut alors, après avoir entendu la partie concernée et le ministre, retirer la décision de garantie et renvoyer le dossier à la procédure normale* ».

L'article 19 de l'ordonnance ne traite pas les questions de recevabilité proprement dites (défaut de qualité pour agir, saisine pour faits prescrits). Il convenait donc d'amender ce texte en ajoutant des dispositions sur les hypothèses juridiques classiques d'irrecevabilité. Dans un objectif d'efficacité et de « bonne administration de la justice », il pourrait être également proposé d'instaurer une procédure nouvelle permettant d'accélérer le rejet des saisines manifestement irrecevables pour des motifs de forme, tout en prévoyant la possibilité pour leurs auteurs de les régulariser. Enfin, il conviendrait éventuellement pour plus de lisibilité de reporter l'absence d'éléments probants plus proche des « non-lieu », dans l'article 20 et réserver toutes les irrecevabilités à l'article 19.

Cependant, aucune disposition, ni de l'ordonnance ni de son décret d'application, ne prévoient quel doit être le contenu des saisines, tant en ce qui concerne les mentions qu'elles doivent comporter, que les pièces qui doivent y être jointes. Il pourrait être remédié à cette carence par voie réglementaire afin que les parties saisissantes aient connaissance des pièces nécessaires à l'examen d'une saisine. Il n'est en effet pas rare de ne disposer ni des statuts de la société saisissante ni des derniers bilans. Le Conseil suggère donc d'ajouter après les mots « *qualité pour agir* » les mots : « *ou si elle ne comporte pas les pièces ou les mentions prévues par décret* ».

L'article 19-1 du projet permettra d'organiser les désistements qu'aucune disposition de l'ordonnance n'évoque. Actuellement examinés par la commission permanente, ils encombrant celle-ci. L'instauration d'une procédure très simplifiée permettra de solder rapidement des dossiers devenus sans objet.

L'article 21 de l'ordonnance énonce que la notification des griefs est faite par le Conseil. Il résulte des dispositions de l'article 18 du décret du 29 décembre 1986 que la notification est faite, au nom du Conseil, par son président. En réalité, il résulte également de l'article 21, comme d'ailleurs de la pratique, que la « notification de griefs » est un document rédigé par le rapporteur sous sa propre responsabilité ; il relève donc de l'instruction. La notification par le Président du Conseil n'assure donc pas la visibilité de la séparation entre l'instruction et l'instance de décision, exigée par la jurisprudence de la Cour de cassation notamment dans son arrêt du 5 octobre 1999 - SNC Campenon Bernard.

Il est ainsi souhaitable que la transmission de la notification des griefs et du rapport soit désormais effectuée par le rapporteur général du Conseil de la concurrence. Ayant pour mission légale d'animer et de coordonner l'action des rapporteurs, ce dernier se situe clairement du côté de l'instruction.

A **l'article 25**, l'assistance au délibéré en matière contentieuse du rapporteur et du rapporteur général est supprimée comme l'exige la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Les rapporteurs, le rapporteur général et les rapporteurs généraux adjoints continueront cependant à assister au délibéré sans voie délibérative lorsque le Conseil statue en procédure d'avis, sauf pour les avis rendus à la demande d'une juridiction.

La proposition qui crée un **article 25-1** pallie les difficultés résultant de ce qu'aucune procédure n'organise les expertises prévues par plusieurs dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Cette lacune des textes ne permet pas, en l'état actuel, un exercice satisfaisant des droits de la défense, alors qu'il est incontestable que, dans certains domaines, le recours à des experts indépendants serait utile notamment pour la définition de marchés, et l'évaluation des aspects techniques ou comptables de certaines affaires.

Le projet qui instaure une procédure proche de celle des juridictions, c'est à dire précisant les conditions de demande, de décision et de désignation de l'expert, le déroulement des opérations d'expertise ainsi que l'exercice du principe du contradictoire, remédie à la carence constatée.

Les nouvelles dispositions de **l'article 26**, pour lesquelles le Conseil n'est pas en soi compétent puisqu'elles concernent l'organisation judiciaire, entraînent cependant de sa part des interrogations. Si elles peuvent favoriser une application plus homogène du droit de la concurrence, le fait qu'elles entraînent une spécialisation *rationae materiae* des juridictions peut amener les parties à renoncer à soulever un moyen de concurrence pour éviter des déplacements, des retards et des charges supplémentaires. Ces dispositions paraissent omettre,

de plus, le fait que les juridictions répressives et administratives sont amenées à connaître des questions de concurrence.

La modification proposée de l'**article 47** facilitera l'administration de la preuve puisqu'elle aura l'avantage de permettre aux enquêteurs d'obtenir ou de prendre copie des documents au moyen de tous les supports modernes mis à leur disposition. Cependant en ce qui concerne l'article 47 plutôt que « *tous moyens* » c'est « *à tous supports* » qu'il convient de se référer.

La nouvelle rédaction de l'**article 48** devrait entraîner une amélioration de l'efficacité des opérations de visite et de saisies. Il est en effet souvent nécessaire de les réaliser au moment de la mise en œuvre des pratiques alors que l'autorisation d'intervention qui semble nécessiter des éléments de preuves consistants est un frein à la rapidité d'intervention. La notion de flagrance est cependant difficile à concevoir dans ce type d'intervention.

Il est à noter cependant que le terme de la première phrase « *en possession de l'administration* » est extrêmement restrictif et pourrait être de nature à empêcher un rapporteur du Conseil de solliciter la mise en œuvre de l'article 48, du moins si l'on considère que « l'administration » à laquelle il est fait référence se confondrait avec les seuls services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Enfin la notification immédiate de l'ordonnance a l'avantage de faire courir les délais de recours dès cette notification. Cependant pour éviter toute contestation, il apparaît plus conforme aux règles procédurales, de réaliser, dans tous les cas de figure, la notification de l'ordonnance prévue au 1^{er} § de l'article 48 par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette notification devrait concerner les entreprises dans lesquelles les opérations de saisies se sont déroulées ainsi que les entreprises désignées dans les pièces saisies, dans un laps de temps le plus court possible afin de faire courir, dès la réception de la notification, les délais de recours.

Ces observations conduisent le Conseil à proposer que l'alinéa 5 de l'article 48 du projet soit rédigé sous la forme suivante : « *L'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article, de même que l'ordonnance statuant sur la contestation du déroulement des opérations, est notifiée, par le service d'enquête aux entreprises au siège desquelles les visites et saisies ont été effectuées, ainsi qu'aux entreprises nommément désignées dans une des pièces saisies, par lettre recommandée avec avis de réception ;*

Elle n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif. »

Le dernier alinéa du nouvel article 48 aurait l'avantage de placer sous le contrôle du juge ayant autorisé la saisie, les enquêtes coercitives.

Il permet donc d'éviter de voir contester ces opérations au moment de l'analyse au fond.

Le Conseil fait remarquer, par ailleurs, qu'il n'est pas rare qu'au cours d'une saisie, les enquêteurs découvrent des pièces concernant une autre affaire que celle qui avait donné lieu à la demande d'enquête ; ces pièces ne peuvent actuellement être utilisées. Par analogie avec ce qui est possible en procédure pénale, ces pièces pourraient être conservées sous le contrôle du magistrat ayant ordonné l'opération jusqu'à ce que l'autorité ayant pris l'initiative de l'enquête ouvre, si elle l'estime nécessaire, une nouvelle procédure dans laquelle ces pièces pourraient trouver place.

Le Conseil appelle enfin l'attention sur le fait que la plupart des autorités indépendantes françaises disposent d'un corps d'enquêteurs affectés auprès d'elles pour l'accomplissement de leurs missions. Ainsi en est il, notamment, de la Commission des opérations de bourses, du

Conseil supérieur de l'audiovisuel, de l'Autorité de régulation des télécommunications, et, dans un futur proche, de la Commission de régulation de l'électricité.

Sans remettre en cause l'organisation administrative actuelle, le développement des compétences du Conseil et l'efficacité de la surveillance du fonctionnement des marchés impliquent qu'il puisse disposer de cette fonction d'enquête dans des conditions plus autonomes et mieux articulées au niveau opérationnel que dans le régime actuel où il dépend exclusivement de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

L'article 50 pourrait donc être rédigé de la manière suivante :« *Le président du Conseil de la concurrence désigne, pour l'examen de chaque affaire, un ou plusieurs rapporteurs. A sa demande, l'autorité dont dépendent les agents visés à l'article 45 désigne les enquêteurs et les met sans délai à la disposition du rapporteur général du Conseil de la concurrence pour effectuer, sous la direction des rapporteurs, les enquêtes que ces derniers jugent utiles* ».

L'article 53-1, tel que proposé, permet que des accords internationaux de coopération puissent être conclus entre autorités de la concurrence. Cependant la disposition prévue est trop restrictive et il serait souhaitable que le Conseil puisse disposer en cette matière d'une autonomie et conclure directement des accords avec des autorités de concurrence étrangères plus particulièrement afin de pouvoir obtenir la communication de certaines informations mais aussi diligenter des enquêtes sous réserve de réciprocité. Aussi conviendrait-il d'ajouter après les mots « *et le Conseil de la concurrence* » dans la 1^{re} phrase de cet article par les mots « *chacun en qui le concerne* » et dans la 2^e phrase de cet article après les mots « *sous réserve de réciprocité* » « *des demandes d'enquête et* ». Par ailleurs, le texte proposé n'autorise pas expressément les autorités françaises à transmettre à la Commission européenne des documents confidentiels. Il serait utile d'apporter cette précision, compte tenu de l'existence de dispositions législatives restrictives et de caractère vague, non encore précisé par la jurisprudence de la CJCE, du règlement communautaire applicable.

Enfin, **l'article 56 bis** du projet apporte une utile clarification.

C. - LES AUTRES PROPOSITIONS DE RÉFORME SUGGÉRÉES PAR LE CONSEIL

Comme il a été indiqué en introduction, l'ambition de la réforme envisagée et son caractère exceptionnel ont conduit le Conseil à proposer que certaines dispositions, non prévues par le projet mais dont l'expérience permet de mesurer l'intérêt, soient insérées dans le texte. Tel est l'objet de la présente section.

1. **L'article 5** de l'ordonnance qui prévoit que le Conseil peut être consulté pour avis par les commissions parlementaires, le gouvernement et divers organismes n'autorise pas le Conseil à se saisir d'office. Cette faculté lui permettrait pourtant, en dehors de toute procédure contentieuse, d'éclairer les entreprises sur des aspects importants du droit de la concurrence afin qu'elles en respectent plus aisément les règles et évitent de s'exposer à des sanctions en raison de choix peu judicieux. Le Conseil pourrait ainsi remplir pleinement sa mission de surveillance des marchés.

Le Conseil est donc d'avis de proposer de compléter la 1^{re} phrase du 2^e alinéa de l'article 5 de l'ordonnance par les mots « ou d'office ».

2. Tel qu'il est énoncé actuellement dans l'ordonnance, **l'article 20** ne permet pas d'assurer efficacement les principes des droits de la défense dans la mesure où les parties mises en cause dans la procédure n'y sont pas associées et ne peuvent faire valoir leurs moyens.

Il est donc nécessaire d'ajouter à ces dispositions un alinéa prévoyant la communication du rapport du rapporteur aux personnes morales ou physiques mises en cause par la procédure. Cette communication, qui leur donnerait la qualité de partie, leur permettrait de consulter les pièces du dossier et de faire valoir leurs moyens de défense. Elle aurait aussi l'avantage d'éclairer le Conseil s'il doute du bien fondé de la proposition de non-lieu faites par les rapporteurs.

3. La modification du § 2 de **l'article 22** proposée dans le projet soumis au Conseil permettra aux affaires les plus simples d'être examinées par toutes les formations du Conseil. Elle pourra lever l'ambiguïté de l'article 22 qui pouvait être interprété comme limitant la compétence de la commission permanente au prononcé de sanctions inférieures au plafond prévu pour les procédures simplifiées. L'application de la procédure simplifiée sera désormais possible lorsque les affaires ne posent ni problème de preuves ni de droit, le chiffre d'affaires des entreprises en cause n'étant plus un frein à ce type de procédure.

Mais il apparaît surtout important de proposer une modification du 1^{er} alinéa de cet article afin de respecter l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et plus précisément le principe d'impartialité qu'il instaure. En effet dans sa rédaction actuelle le président du Conseil peut décider, après la notification des griefs aux parties, d'appliquer la procédure simplifiée. Il pourrait lui être reproché d'avoir "préjugé" l'affaire et le montant des sanctions pécuniaires à prononcer.

Il est donc nécessaire d'assurer plus visiblement l'impartialité du Conseil en prévoyant que l'application de la procédure simplifiée est décidée par le président, compte tenu de l'impact de la décision, mais sur proposition du rapporteur général afin de traduire l'absence d'implication du président dans l'analyse du dossier.

En outre, la décision de mise en œuvre de la procédure simplifiée devrait être prise au moment de la notification des griefs. Ceci aurait l'avantage de faire connaître aux parties qu'elles ne bénéficieront qu'une fois de la possibilité de présenter des observations écrites. Il conviendrait de joindre à cette notification, les pièces sur lesquelles se fonde le rapporteur. Cette manière de procéder devrait éviter des recours mettant en cause le principe de l'égalité des armes.

L'alinéa 1 de l'article 22 pourrait donc être rédigé de la manière suivante : « *Sur proposition du rapporteur général, le président du Conseil de la concurrence, ou un vice-président délégué par lui, peut lors de la notification des griefs aux parties intéressées, décider que l'affaire sera examinée sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision sera notifiée aux parties* ».

4. De plus, pour respecter le principe d'impartialité, la personne statuant sur une demande de secret des affaires ne peut pas être la même que celle présidant la composition du Conseil qui examinera le fond de l'affaire. Il était donc utile d'étendre la compétence de la décision de secret des affaires aux vice-présidents délégués par lui. C'est ce que propose **l'article 23** dans la rédaction soumise au Conseil.

5. La dernière phrase de l'article 23 telle qu'elle est rédigée dans le projet soumis au Conseil, prend en compte le fait que souvent, sans avoir à retirer une pièce du dossier, il peut être suffisant d'en masquer certains éléments.

Aux termes de l'article 19 du décret n°87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence, les décisions prises dans le cadre de ces dispositions ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision du Conseil au fond.

Il convient de noter cependant que cette procédure peut engendrer des dommages importants aux sociétés mises en cause sans que celles-ci aient pu faire valoir en temps voulu des moyens pour leur défense.

C'est la raison pour laquelle le Conseil est d'avis d'ajouter à l'article 23 des dispositions permettant à la requérante, d'une part, de connaître les moyens exposés par le rapporteur et, d'autre part, de solliciter, dans un certain délai, un nouvel examen de la demande par la cour d'appel.

*Deux alinéas pourraient donc être ajoutés à la fin l'article 23 qui seraient ainsi rédigés :
« Cette décision est prise sur la proposition motivée du rapporteur qui sera notifiée avec elle. Dans un délai de quinze jours à compter de la notification de cette décision, ladite partie pourra demander que sa requête soit examinée par la cour d'appel. Celui-ci devra rendre sa décision dans les quinze jours ».*

L'ensemble des observations et suggestions présenté au sujet du titre III de l'ordonnance est résumé à l'annexe 1.

II. - Les concentrations

A. - LES PROPOSITIONS DU PROJET

Les propositions soumises à l'avis du Conseil de la concurrence en ce qui concerne les concentrations sont regroupées dans les articles 15, 16, 17, 18, 19, 20 et 21 du projet présenté. Selon le ministre, elles répondent à une volonté de transparence d'efficacité et de rapidité et cherchent à harmoniser les textes avec le droit communautaire.

L'article 15, qui modifie l'article 38 de l'ordonnance, redéfinit la notion de concentration en recourant à la technique descriptive (qui consiste à énumérer les opérations pouvant être qualifiées de concentration) au lieu de la technique analytique utilisée dans le texte en vigueur. Cela conduit notamment à faire une référence expresse à la notion d'entreprise commune.

L'article 16 du projet de loi qui modifie l'article 39 de l'ordonnance transforme profondément les critères de contrôlabilité des concentrations par les pouvoirs publics en faisant disparaître le critère tiré de la part de marché. Il rend obligatoire la notification à l'administration des concentrations contrôlables et subordonne la réalisation effective d'une concentration à une autorisation ministérielle préalable. Il s'agit donc de passer d'un régime libéral, où les entreprises assumaient le risque de réaliser une concentration susceptible d'être ensuite interdite à un système d'autorisation préalable. Une information du marché sur cette notification est prévue.

L'article 17 modifie l'article 40 de l'ordonnance en organisant les délais de réponse du ministre chargé de l'économie après la notification et en modifiant substantiellement les conditions d'intervention du Conseil de la Concurrence. Alors que, dans le texte en vigueur, le ministre devait saisir le Conseil en cas de risque d'atteinte à la concurrence, ce qui faisait qu'aucun engagement autre que ceux initialement proposés par les entreprises n'était envisageable avant la saisine puisqu'aucun risque pour la concurrence n'était encore identifié, le projet prévoit qu'« à tout moment » au cours de la procédure devant l'administration, les entreprises pourront prendre des engagements « visant à remédier aux effets anticoncurrentiels ».

L'article 18, modifiant l'article 41 de l'ordonnance, organise la consultation du Conseil pour avis qui disposerait désormais d'un délai préfix, de trois mois, pour examiner si l'opération

qui lui est soumise est de nature à porter atteinte à la concurrence et apprécier si elle apporte une contribution suffisante au progrès économique. Il est prévu que le Conseil puisse entendre des tiers en dehors de la présence des parties notifiantes.

L'article 19, qui modifie l'article 42 de l'ordonnance, décrit la procédure suivie pour les décisions du ministre chargé de l'économie et du ministre en charge du secteur économique concerné, prises à la suite de l'avis du Conseil. Il organise les délais et permet que l'autorisation, si elle est donnée, soit conditionnelle.

L'article 20 ajoute à l'ordonnance un article 43-1 qui prévoit que, dans quatre cas, des sanctions puissent être prononcées par le ministre pour non-respect des règles fixées au titre V de l'ordonnance. Dans un seul de ces quatre cas, l'avis du Conseil serait sollicité. Ces sanctions auraient pour assiette les chiffres d'affaires réalisés en France, le plafond étant fixé à 5% de ce chiffre.

L'article 21 enfin, qui remplace l'article 44 de l'ordonnance, organise la consultation des tiers au sujet de l'opération ; il prévoit également la publication des décisions et le recours contentieux contre celles-ci devant le Conseil d'État.

B. - CADRE D'ANALYSE DU PROJET ET PROPOSITION D'ENSEMBLE DU CONSEIL

Le contrôle des concentrations est, dans tous les pays développés, le complément naturel de la répression des comportements anticoncurrentiels : en empêchant *a priori* les entreprises d'acquiescer un pouvoir de marché qui serait de nature à leur permettre de prélever une rente abusive sur les consommateurs, d'éliminer leurs concurrents ou de dresser des barrières pour les empêcher d'entrer sur le marché, ce contrôle contribue à prévenir des contentieux, épargnant ainsi aux entreprises et aux autorités des dépenses juridiques. Mais il sert surtout à rendre impossibles des pratiques dont une partie ne serait sans doute ni dénoncée ni détectée et dont les consommateurs souffriraient durablement. Enfin, en assurant une intensité concurrentielle suffisante, son rôle va au-delà de la seule prévention des pratiques interdites.

1- Le Conseil relève cependant que le droit français des concentrations actuellement en vigueur est insuffisant à bien des égards.

Les insuffisances du système français sont de plusieurs ordres. En premier lieu, **il est l'un des rares à ne pas comporter de notification obligatoire et préalable des opérations de concentrations**. Une telle notification existe par exemple en droit communautaire et est pratiquée, au niveau national, dans des pays comme l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas ou, en dehors de l'Europe, aux États-Unis, au Japon ou au Canada. C'est que la notification préalable et obligatoire constitue incontestablement un facteur d'efficacité du contrôle des opérations de concentration. Actuellement, le ministre chargé de l'économie peut évidemment toujours intervenir d'office, mais, sauf dans les cas, il est vrai assez fréquents, de notification spontanée, il intervient *a posteriori*, après que la concentration a été réalisée, de sorte que la sanction ne peut consister qu'en mesures de déconcentration, dont le caractère rétroactif rend la mise en œuvre difficile. Il est bien préférable d'agir avant la réalisation de l'opération de concentration, et d'agir vite.

En deuxième lieu, le système français est l'un des rares à **connaître une séparation presque complète entre l'autorité chargée de la répression des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante d'une part et l'autorité chargée du contrôle des concentrations d'autre part**. Le rôle du Conseil de la concurrence en matière de concentration, en effet, outre qu'il n'est que consultatif, ce qui n'est pas un véritable handicap en ce qui concerne l'analyse économique, est surtout marginal. Alors que les services du

ministre chargé de l'économie examinent plusieurs centaines de concentrations par an, le Conseil n'en connaît actuellement jamais plus d'une dizaine par an. A l'étranger, une certaine diversité de situations se rencontre. Il existe des systèmes où l'identité est totale, au stade de l'analyse comme à celui de la décision, entre les autorités chargées de la répression des pratiques anticoncurrentielles et celles qui contrôlent les concentrations. C'est le cas en droit communautaire ; c'est également la situation qui prévaut dans les pays d'Amérique du Nord où l'analyse est faite par les mêmes agences et la décision finale confiée dans les deux cas aux juges, ou encore en Italie et au Japon. Dans d'autres cas, une même autorité indépendante est chargée des deux dispositifs, mais ses décisions sont susceptibles de recours devant un ministre qui statue alors non seulement sur la base de considérations de concurrence mais aussi en prenant en compte un intérêt public plus largement entendu : c'est le cas en Allemagne ou aux Pays-Bas. Il n'existe en revanche pratiquement pas d'exemple, en dehors du cas institutionnellement très complexe du Royaume-Uni, de pays dont l'autorité chargée de la répression des ententes et des abus de domination connaisse de façon aussi marginale des dossiers de concentration. Cette situation s'explique par la très forte parenté d'analyse entre les deux démarches : définition des marchés pertinents, prise en compte par anticipation des abus rendus possibles par les positions dominantes créées par les concentrations, risques d'entente résultant soit des filiales communes soit même des engagements proposés à titre de remède par les auteurs des concentration.

En troisième lieu, le dispositif français, et c'est une conséquence de la caractéristique précédente, **ne réserve qu'une place marginale à l'analyse indépendante des conditions concurrentielles des concentrations** puisque le Conseil n'en connaît qu'un très faible nombre. Certes, les administrations dépendant directement du pouvoir exécutif peuvent disposer, si elles s'en donnent les moyens, de la technicité nécessaire. Mais si le choix de l'expertise indépendante a souvent été fait, c'est dans le but d'atteindre un objectif qui complète la technicité : l'impartialité dans l'analyse. L'expérience montre, en effet, que les décisions ministérielles, dans tous les pays et de façon d'ailleurs parfaitement légitime, reposent sur des considérations variées. Les administrations intégrées à des ministères ne sont donc pas dans la meilleure situation pour dégager l'analyse concurrentielle de toute autre influence, difficulté qui se rencontre d'ailleurs dans de nombreux autres domaines comme la sécurité alimentaire, les questions sanitaires ou l'environnement. Cette affirmation ne remet nullement en cause l'intérêt, dans certains cas, de combiner diverses analyses dans une perspective politique. Mais, conformément à la pratique de nombreux pays le pratiquent, il est préférable de confier l'analyse concurrentielle à une autorité indépendante et de ne la combiner à d'autres considérations qu'en toute connaissance de cause. C'est ainsi que fonctionne, en pratique, le système communautaire. C'est aussi le parti retenu en droit allemand, en droit néerlandais, en droit italien et, désormais, en droit britannique.

En dernier lieu, le dispositif français se caractérise par **une assez faible transparence** : à la différence de ce que prévoient le droit communautaire et le droit allemand, les notifications - il est vrai actuellement facultatives en droit français - ne font pas l'objet d'une publication ; les tiers (concurrents, consommateurs, fournisseurs etc.) qui ont un accès formel aux procédures dans de nombreux droits (communautaire, allemand, italien, américain) ne sont, en France, associés à la procédure que si l'administration le permet. Les éléments discrétionnaires de la procédure sont d'ailleurs assez nombreux, à commencer par la décision de saisir ou non le Conseil de la Concurrence.

Dans ces conditions, le Conseil ne peut que se féliciter de ce que le gouvernement envisage de réformer en profondeur le droit français des concentrations.

Force lui est cependant de constater qu'en dehors de l'institution salubre, d'un régime de notification obligatoire, le projet qui lui est soumis, loin de résoudre les autres problèmes, les aggrave sans que la logique de cette évolution soit clairement perceptible.

2- Un projet dont la logique d'ensemble suscite de fortes réserves

Il résulte des analyses précédentes qu'une plus grande implication du Conseil dans l'analyse des concentrations serait opportune pour au moins trois raisons : rapprocher l'analyse des concentrations de celle des pratiques anticoncurrentielles, développer l'analyse indépendante et favoriser des procédures transparentes qui correspondent à un savoir faire des autorités administratives indépendantes. **Or le projet soumis au Conseil ne prévoit aucune disposition de nature à l'associer davantage à l'examen des concentrations. Bien au contraire, il est envisagé de diminuer encore son influence.**

En effet, l'une des inflexions majeures apportées par le projet au droit en vigueur consiste, on l'a vu, à **prévoir désormais que des engagements pourront être suggérés aux auteurs des concentrations sans aucune saisine préalable du Conseil.** Il faut en déduire que le projet initial, supposé être économiquement le plus rationnel, sera modifié en fonction de risques concurrentiels supposés, sur lesquels le Conseil n'aura pas eu à se prononcer. Tout laisse à penser que ces risques, non pris en compte initialement par les entreprises, auront été mis en évidence par l'administration. Il s'agit d'une réforme substantielle du texte qui aboutit à accroître la marginalisation du Conseil dans l'analyse des concentrations puisque, désormais, des risques pour la concurrence pourront être identifiés sans lui et déboucher sur des modifications du projet. Le Conseil tient à faire à ce sujet deux remarques : s'il s'avère, qu'en réalité, l'opération ne présente pas de risque pour la concurrence, il est probable que les engagements auront dégradé inutilement l'efficacité économique initiale du projet. Si, en revanche, la nouvelle philosophie repose sur l'idée que l'administration est à même de détecter à coup sûr les risques pour la concurrence, l'on saisit mal la raison pour laquelle il demeure nécessaire de saisir le Conseil avant de refuser totalement une autorisation.

Ainsi, alors qu'il apparaissait souhaitable de rapprocher les compétences contentieuses des compétences de concentration et d'accroître la place de l'analyse indépendante, le projet envisage une évolution inverse dont le Conseil ne perçoit pas la justification.

Par ailleurs, si le projet prévoit d'informer les tiers et de les associer dans une certaine mesure à la procédure, **la transparence des procédures ne bénéficie que de fort peu de progrès.**

Le Conseil ne peut donc qu'exprimer les plus extrêmes réserves sur la logique d'ensemble du projet qui lui est soumis.

Il lui semblerait préférable de s'orienter vers une transmission systématique des concentrations notifiées au Conseil de la concurrence dans le triple but d'en assurer un examen cohérent avec les analyses développées en matière contentieuse, impartial et confié à une institution ayant la pratique des procédures contradictoires, à la condition que ces dernières tiennent compte des exigences légitimes du secret des affaires. Une telle orientation, ne priverait en rien le gouvernement de son rôle actuel en matière de concentration puisque la décision appartiendrait toujours au ministre ; cependant, elle offrirait à ce dernier l'avantage d'un éclairage systématique et cohérent de l'ensemble de ses décisions.

Cette proposition principale formulée par le Conseil est résumée à l'annexe 2 du présent avis. Malgré les fortes réserves qu'il vient d'exprimer, le Conseil entend procéder ci-après à l'examen de l'ensemble des dispositions du projet qui lui est soumis et proposer, le cas échéant, les aménagements techniques qui lui sembleront opportuns.

C. - ANALYSE ET COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS DU PROJET

Le projet dont le Conseil est saisi, s'il reprend la procédure en matière de concentration, ne propose aucune modification de son **champ d'application**. Il pourrait cependant être utile d'apporter certaines précisions, s'agissant de secteurs pour lesquels le débat sur l'applicabilité ou l'inapplicabilité du titre V de l'ordonnance n'est pas tranché en théorie, notamment le secteur bancaire. Le Conseil est en effet d'avis que si ce dernier, comme d'ailleurs de nombreux autres, présente des spécificités justifiant l'existence d'une régulation et d'un régulateur spécifique, il n'en demeure pas moins susceptible de faire l'objet d'analyses concurrentielles de droit commun visant à éviter que des positions dominantes préjudiciables aux consommateurs ne s'y constituent. Divers modes de participation des institutions de concurrence et des régulateurs pruden tiels au contrôle des concentrations bancaires existent à travers le monde. L'on peut rappeler qu'en droit communautaire, la Direction générale de la concurrence applique le droit commun de la concurrence aux concentrations bancaires. Aux États-Unis, le Conseil de la Réserve fédérale, généralement compétent, délègue l'analyse des questions de concurrence à l'autorité de concurrence. Au Canada, le bureau de la politique de la concurrence peut s'opposer, devant le tribunal compétent, à une concentration bancaire quelle que soit l'opinion de l'autorité prudentielle mais celle-ci peut s'opposer, pour des raisons qui lui sont propres, à une concentration qui ne poserait pas de problème de concurrence.

Le projet soumis au Conseil procède en premier lieu à une réécriture très substantielle de la **définition de la notion de concentration**. La particularité de cette réécriture est d'être descriptive, c'est-à-dire de remplacer l'analyse de ce qu'est une concentration par une liste d'opérations susceptible de constituer une concentration ; bien que plus proche de la méthode de définition du droit communautaire (ce qui conduit, par exemple, à faire apparaître la notion d'entreprise commune) elle présente le risque d'omettre des cas importants.

Il, semble en particulier qu'ait disparu un cas de concentration très important : l'acquisition par une entreprise d'actifs appartenant à une autre entreprise, ce que le texte actuel qualifiait d'acquisition de biens, droits ou obligation. Au vu de l'exposé des motifs, l'on peut se demander si cette disparition ne résulte pas d'une confusion entre l'entrée partielle d'une entreprise dans le capital d'une autre, cas qui, en effet, peut être couvert par la formule proposée et l'acquisition d'actifs, tels qu'unités de production, brevets, marques etc. Certaines des concentrations les plus importantes examinées au cours des dernières années relevaient, au moins en partie, de ce cas de figure, que le droit communautaire prévoit pour sa part explicitement sous la formule « *achat d'éléments d'actifs* »

Dans ces conditions, le Conseil suggère soit de s'en tenir à la définition actuelle, qui n'a pour l'instant pas posé de problèmes d'interprétation, soit de retenir intégralement la définition descriptive de droit communautaire.

Le nouveau système envisagé de **notification obligatoire** a l'avantage d'être pratiqué dans la plupart des pays développés. Il contribuera à la prévention de la constitution de structures de marché dangereuses pour la concurrence. Cependant, dans le projet, la mise en place de la notification obligatoire s'accompagne de réformes qui ne lui sont pas indissolublement liées et dont certains aspects peuvent poser problème.

Au-delà de la notification, il est prévu d'instaurer **une autorisation systématique et préalable des concentrations** sans que, pour autant, le Conseil de la concurrence soit consulté. En d'autres termes, le ministre devra se prononcer toujours sur la base d'une analyse concurrentielle des marchés mais seules ses décisions négatives ou celles pour lesquelles le ministre propose des solutions pour permettre la réalisation de la concentration, autres que

celles envisagées par les entreprises, auront été précédées d'un examen approfondi par le Conseil. Il est à craindre, dans ces conditions, que ses autorisations ne soient contestées devant le juge de l'excès de pouvoir qui deviendrait ainsi, peu à peu, une sorte de troisième régulateur de la concurrence.

L'organisation de cette saisine serait pourtant une garantie de transparence et permettrait la formation d'une jurisprudence claire et homogène en matière de concentration.

Pour ce faire le Conseil est d'avis que l'article 40-3 tel qu'il est rédigé dans le projet soit modifié dans un sens proche de l'article 6 du règlement 4064/89 du Conseil européen.

L'article 40-3 pourrait être ainsi rédigé :

« S'il existe des doutes sérieux que l'opération soit de nature à porter atteinte à la concurrence, le ministre chargé de l'économie doit dans le délai prévu au premier paragraphe saisir pour avis le Conseil de la concurrence ».

Pour éviter les risques de discordance dans l'analyse concurrentielle présidant soit aux autorisations soit aux refus d'autorisation, l'article 44-1 du projet pourrait être complété en son paragraphe 2 de façon à prévoir que le Conseil d'État puisse ou doive, lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre une autorisation de concentration délivrée par le ministre sans qu'un avis ait été rendu au préalable par le Conseil de la concurrence, solliciter du Conseil un avis avant de trancher le litige au fond. L'actuelle rédaction de l'article 26 de l'ordonnance n'autorise en effet les juridictions qu'à consulter le Conseil au sujet de litiges relevant du titre III de l'ordonnance.

Une autre possibilité, qui combinerait la transparence à une saisine plus fréquente du Conseil de la concurrence, consisterait à autoriser les tiers intéressés à saisir le Conseil sur la base des notifications dont elles auraient été informées, ou encore à offrir au Conseil la possibilité de se saisir d'office de certains projets.

Afin que l'efficacité de cet article soit plus grande **il serait utile que les notifications des entreprises soient publiées** en veillant toutefois à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Cette publication, prévue en droit communautaire, garantirait le droit des tiers qui pourraient alors dans un délai à indiquer, présenter leurs observations au ministre qui serait donc mieux informé du risque pour la concurrence de l'opération envisagée.

Certes, le projet soumis au Conseil prévoit une information sur les notifications mais la formule est vague. La technique de la publication gagnerait à être prévue directement dans la loi. Elle faciliterait la mise en œuvre des suggestions précédentes relatives à la saisine du Conseil d'office ou par des tiers intéressés.

Les critères de la notification obligatoire, prévus à juste titre comme devant être des critères simples ne nécessitant aucune analyse de marchés de la part des entreprises notifiantes, ne doivent pas se confondre avec les **critères de la contrôlabilité**. En procédant ainsi, le projet fait disparaître le critère de contrôlabilité tenant à la part de marché qui constitue, du point de vue de l'analyse économique, le critère le plus pertinent. Ce choix présente inévitablement des inconvénients puisqu'il empêchera désormais le ministre de s'opposer à la création de position dominante sur des petits marchés de la part d'entreprises moyennes. Il faut cependant reconnaître que ce choix a le mérite de la simplicité ; nombre d'autres pays l'ont adopté. Le niveau relativement modeste des seuils en chiffres d'affaires envisagés en limite les inconvénients.

La disparition de la possibilité d'obtenir une décision ministérielle en notifiant un simple projet de concentration est l'une des conséquences du nouveau dispositif adopté. La notification obligatoire, à cause précisément de son caractère obligatoire, ne peut porter que sur des concentrations décidées et non sur des projets. Cette disparition est sans doute regrettable pour la sécurité juridique mais le Conseil estime qu'elle constitue le prix à payer pour obtenir les avantages plus importants résultant de la notification obligatoire.

La modification de la procédure proposée dans le projet organise celle-ci en terme de délais. Elle n'offre pas de plus grande transparence en ce qui concerne les modalités de transaction et d'analyse. Les opérations d'autorisation simple, sans engagement, ne seront pas nécessairement motivées. Un tiers souhaitant les contester devant le Conseil d'Etat aurait alors certainement des difficultés pour étayer son recours.

Le paragraphe 4 de l'article 44-1 qui prévoit l'audition par le Conseil de tiers en l'absence des parties notifiantes répond à des préoccupations légitimes. Il risque cependant d'empêcher le Conseil de s'appuyer sur ces auditions pour proposer un refus de l'opération.

S'agissant des délais, la limitation à 3 mois du temps imparti au Conseil pour rendre son avis représentent une contrainte nouvelle mais opportune pour éviter aux entreprises d'attendre trop longtemps la décision finale. La réduction à 3 semaines du délai laissé aux parties pour s'exprimer sur le rapport facilitera le respect de ce délai global.

La procédure devant le Conseil gagnerait, par ailleurs, à intégrer les engagements éventuels. En effet, aujourd'hui, le Conseil ne connaît pas les engagements éventuellement négociés avec l'administration ; il ne peut pas davantage prendre en compte des engagements que les entreprises proposeraient au cours de la procédure qui se déroule devant lui. Cette situation peut conduire à ce que le Conseil consacre ses ressources à analyser une situation théorique éloignée de ce que sera la situation réelle ; en outre, comme le Conseil a déjà eu l'occasion de le signaler, les engagements peuvent être porteurs en eux-mêmes de risques pour la concurrence.

Le Conseil se réjouit, enfin, de ce que son avis sera désormais communiqué immédiatement aux parties et non en même temps que le projet de décision du ministre.

Les sanctions prévues à l'article 20 par l'article 43-1 du projet, dont la définition est à la frontière du droit de la concurrence proprement dit, posent un problème : une autorité administrative peut-elle en effet prononcer aussi des amendes dont elle fixe le montant et l'assiette en fonction de son analyse de la gravité de la faute, en fonction des circonstances de droit et de fait.

Cet article qui ne réserve aucune procédure contradictoire, à l'exception du cas prévu à l'article 43-1, 4 pose un problème de respect des exigences de la Constitution et de la convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil est d'avis que ces sanctions ne puissent être prononcées qu'après qu'il a été consulté et dans la limite de son avis.

L'ensemble des observations et suggestions de ce point II-C est résumé à l'annexe 3.

Délibéré, sur le rapport de Mme Servella-Huertas, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mmes Boutard-Labarde, Flury-Hérard, Mader-Saussaye, Mouillard, Perrot, MM Bargue, Bidaud, Lasserre, Nasse, Piot, Ripotot, Robin et Sloan membres du Conseil.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence