



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

Le Conseil de la concurrence (formation plénière), réuni en séance le 1^{er} avril 2008,

Vu la transmission, par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, de l'avant-projet de loi de modernisation de l'économie et de l'avant-projet d'ordonnance réformant le système français de régulation de la concurrence, enregistrée le 28 mars 2008 sous le numéro 08/0039A ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu l'article 24 de l'avant-projet de loi de modernisation de l'économie, habilitant le Gouvernement à réformer par ordonnance le système français de régulation de la concurrence, dans sa version du 28 mars 2008 ;

Vu les articles 27 à 31 de l'avant-projet d'ordonnance réformant le système français de régulation de la concurrence, dans leur version du même jour ;

Adopte l'avis suivant, résumé dans la synthèse ci-dessous et accompagné des propositions figurant en annexe :

Synthèse

L'avant projet de réforme du système français de régulation de la concurrence

L'avant-projet de loi de modernisation de l'économie présenté au Conseil de la concurrence prévoit de réformer le système français de régulation de la concurrence en concentrant davantage de responsabilités, d'attributions et de moyens au sein de l'autorité indépendante.

L'avant-projet d'ordonnance qui l'accompagne transforme à cette fin le Conseil de la concurrence en « Autorité de la concurrence » et le dote de compétences nouvelles, en lui transférant notamment le contrôle concurrentiel des concentrations. Il renforce par ailleurs son pouvoir d'enquête. Il modernise enfin sa gouvernance, son fonctionnement et ses procédures.

Les principaux apports de la réforme

Ces progrès, qui font consensus, sont notables et bienvenus. Ils rapprocheront la situation de la France de celle des pays européens ayant adopté les meilleurs standards, en permettant aux pouvoirs publics, aux entreprises et aux consommateurs de bénéficier du concours d'une autorité indépendante apte à répondre aux défis posés par le fonctionnement concurrentiel des marchés, grâce à une procédure plus intégrée et à une panoplie complète d'instruments.

Pour faire sens, la réforme ne doit cependant pas demeurer inachevée. Il est également crucial qu'elle soit accompagnée du transfert des moyens budgétaires, humains et techniques nécessaires pour permettre à l'Autorité de remplir sa mission (cf. points 31 et 37 de l'avis). Or, l'avant-projet laisse subsister des difficultés à cet égard. Certaines dispositions sont même susceptibles d'aller à l'encontre de l'objectif de cohérence et d'efficacité assigné à la réforme, et de marquer même, sur un point précis, un recul par rapport à l'ordonnance de 1986.

Le contrôle des concentrations économiques

En particulier, il est essentiel d'articuler clairement le contrôle concurrentiel des concentrations, dont le projet transfère l'intégralité à l'Autorité, et le pouvoir attribué au ministre chargé de l'économie d'évoquer les décisions de cette dernière pour des motifs d'intérêt général. A défaut, le ministre pourra en effet être conduit à devoir refaire inutilement le bilan concurrentiel, au détriment de la sécurité juridique et de la vie des affaires.

En outre, il faut s'assurer que ce pouvoir d'évocation jouera uniquement en faveur des entreprises, en le limitant aux décisions d'interdiction de l'Autorité, comme ailleurs en Europe.

Il est certes possible qu'une concentration ne posant aucun problème de concurrence ait un jour lieu dans un secteur sensible justifiant un droit de regard de l'Etat au nom d'intérêts fondamentaux tels que la défense nationale et la sécurité publique. Mais les instruments permettant au ministre d'effectuer cette veille stratégique existent déjà. Ceux du code monétaire et financier sont d'ailleurs beaucoup plus rapides, performants et respectueux du pacte communautaire que ne le serait l'évocation d'une décision d'autorisation de l'Autorité de la concurrence, dans la mesure où ils prévoient l'intervention ciblée et immédiate du ministre.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

En ce qui concerne le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, une disposition, au demeurant particulièrement complexe, rend aux services ministériels une partie du pouvoir de décision confié à l'autorité indépendante en 1986, en leur permettant de transiger avec les entreprises sans aucun droit de regard de l'Autorité.

Si cette disposition était maintenue, elle aboutirait en pratique, à la différence de ce qu'a préconisé la Commission pour la libération de la croissance française et de ce qui existe dans les vingt-six autres Etats membres de l'Union européenne, à maintenir le système dualiste actuel au lieu de créer une autorité indépendante unique, en soulevant de nouvelles questions d'articulation, de cohérence et d'efficacité. Par ailleurs, elle romprait l'égalité de traitement au détriment des PME, premières visées compte tenu du mécanisme prévu, et priverait les victimes, qu'il s'agisse d'entreprises concurrentes ou de collectivités locales, de l'ensemble des garanties procédurales offertes aujourd'hui par le Conseil.

L'organisation et le fonctionnement de l'Autorité de la concurrence

Il est nécessaire d'aligner le statut actuel du Conseil, qui date de 1986, sur celui des autorités administratives indépendantes créées depuis lors. Le projet marque un progrès en ce sens, en consacrant dans la loi le statut d'autorité administrative indépendante de la future Autorité.

Mais il n'en tire pas les conséquences, en ne permettant pas à l'Autorité, sur le modèle de l'AMF, de l'ARCEP ou encore de la CRE, de recruter l'ensemble de ses agents en toute indépendance. Peut-on, en effet, parler d'autorité indépendante si la nomination de son rapporteur général, de ses rapporteurs généraux-adjoints, de l'ensemble de ses rapporteurs et de l'ensemble de ses enquêteurs relève du ministre ? Sans mentionner la création d'un conseiller-auditeur, lui aussi nommé par le ministre, dont l'utilité peut d'ailleurs être discutée dans une institution qui, contrairement à ce qui est pratiqué au sein de la Commission européenne et dans de nombreuses autorités de concurrence étrangères, continuera de séparer clairement l'enquête et l'instruction, menées sous la seule autorité du rapporteur général, et la décision, confiée à un collège indépendant. Autant il est logique que le ministre puisse, d'une part, exprimer en toute transparence son point de vue sur les affaires examinées par l'Autorité, par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement – dont l'existence est maintenue –, et, d'autre part, évoquer les concentrations stratégiques pour des raisons d'intérêt général, autant il est contraire au principe d'indépendance que le ministre puisse interférer dans le choix des personnes appelées à enquêter, à instruire ou à examiner les procédures relatives aux affaires individuelles de concurrence. Ce qui pouvait se comprendre en 1986 apparaît comme une survivance anachronique à laquelle il faut mettre fin.

La transition et l'application dans le temps de la réforme

Enfin, il apparaît nécessaire de prévoir des modalités de transition efficace entre le Conseil et la future Autorité, à l'instar des dispositions prises par le législateur lors des transformations de l'ARCEP et de la CRE, par transfert de nouvelles attributions. Le Conseil est également favorable, compte tenu de l'avancement du texte, à ce que soit réduit l'actuel délai d'habilitation (huit mois) imparti au Gouvernement pour adopter l'ordonnance, afin de réaliser rapidement cette transition et d'accélérer la concrétisation des résultats économiques et politiques de la réforme.

Avis

I. Introduction

1. Le chapitre II du titre II de l'avant-projet de loi de modernisation de l'économie (ci-après la « LME »), relatif à l'instauration d'une Autorité de la concurrence (ci-après l'« Autorité »), se compose d'un article 24 habilitant le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, « *les dispositions nécessaires à la modernisation de la régulation de la concurrence* ». Les articles 27 à 31 de l'avant-projet d'ordonnance prévoient d'amender les dispositions de la partie législative du livre IV du code de commerce en conséquence.
2. Le Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») se félicite de ce projet, qui vise à réformer le système instauré par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (ci-après l'« ordonnance de 1986 »)¹ dans le sens décidé par le Président de la République, auquel la Commission pour la libération de la croissance française a remis, le 23 janvier 2008, un rapport préconisant notamment de rendre ce système plus moderne, plus lisible et plus performant en transformant le Conseil en Autorité unique rassemblant l'ensemble des attributions et des moyens nécessaires à la régulation de la concurrence, et en articulant son rôle et celui du pouvoir

¹ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, codifiée aux articles L. 410-1 à L. 470-8 du code de commerce.

exécutif selon des critères clairs et efficaces, à la lumière des standards en vigueur partout ailleurs en Europe.

3. Cette réforme ambitieuse, annoncée par le Premier ministre à l'issue du séminaire intergouvernemental du 1^{er} février 2008, dotera la France d'un système de régulation de la concurrence plus adapté aux défis de notre temps. L'architecture créée par l'ordonnance de 1986, qui a restauré la liberté des prix et fait de l'Etat le garant de la liberté des acteurs économiques, et non plus le gérant de l'économie, méritait en effet d'être réformée. Les règles de concurrence, qui ont pour objectif de garantir le bien-être des consommateurs en veillant à ce que les acteurs économiques améliorent leur efficacité sans abuser de leur pouvoir de marché, sont un puissant levier de croissance, et par conséquent d'emploi et de pouvoir d'achat. Il est donc crucial pour les consommateurs et pour les entreprises, mais aussi pour les pouvoirs publics, de s'assurer le concours d'une Autorité de la concurrence capable de surveiller efficacement le marché et, lorsque la concurrence est menacée, d'intervenir à la fois vite et bien, grâce à une procédure totalement intégrée, depuis l'enquête jusqu'à la vérification de la bonne application des décisions, ainsi qu'à une panoplie complète d'outils permettant d'agir de la manière la plus appropriée sur les comportements ou sur les structures.
4. Compte tenu de ses grandes orientations, le projet répond à ces attentes. Dans son état actuel, il contient toutefois des dispositions posant des difficultés de divers ordres. Les plus importantes, mentionnées dans la synthèse présentée plus haut, contrarieraient, si elles étaient maintenues, le principe d'une autorité de concurrence unique et indépendante affiché par la réforme.
5. Le présent avis, qui examine l'architecture générale du projet (II) et ses dispositions relatives au contrôle des concentrations (III), au contrôle des pratiques anticoncurrentielles (IV), à l'Autorité de la concurrence (V), à la garantie des droits de la défense et à la procédure (VI), avant d'évoquer la transition vers le nouveau système (VII), signale donc également ces difficultés lorsqu'elles se posent.

II. L'architecture générale du système

6. L'article 24 du projet de LME vise à créer une nouvelle autorité indépendante de concurrence. Il prévoit à cette fin d'habiliter le Gouvernement à « *transformer le Conseil de la concurrence en Autorité de [la] concurrence* » disposant de « *compétences élargies* »², tout en « *rendant plus efficace l'articulation* » entre ses attributions et celles du ministre chargé de l'économie³ (ci-après le « ministre »). Tout en renforçant l'autorité indépendante de concurrence (A), le projet ne met donc pas fin, dans son état actuel, au dualisme qui singularise la France (B).

A. Le renforcement de l'autorité indépendante

7. La Commission pour la libération de la croissance française préconisait notamment de permettre à l'Autorité de « *donner de sa propre initiative des avis sur les effets concurrentiels des mesures législatives ou administratives* » et de « *se concentrer sur les dossiers les plus importants* »⁴.

² I de l'article 24 du projet de LME.

³ II de l'article 24 du projet de LME.

⁴ Préconisations n° 189 et 190.

8. L'article 30 du projet d'ordonnance prévoit effectivement de doter l'Autorité de deux attributions nouvelles : celle, d'une part, de se saisir d'office de toute question de concurrence et de recommander la mise en œuvre des mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés⁵ ; celle, d'autre part, de veiller elle-même à l'exécution de ses propres décisions⁶. Ces réformes sont extrêmement positives. La faculté d'examiner, de façon globale et cohérente, la situation concurrentielle d'un secteur économique au lieu de le faire au cas par cas, ou d'évaluer l'impact d'une mesure législative ou administrative sur la concurrence, existe de longue date dans la plupart des autres Etats membres de l'Union européenne. Son insertion dans le code de commerce permettra à l'Autorité de donner des signaux clairs aux opérateurs économiques et de mobiliser son expertise concurrentielle au service des pouvoirs publics ou des collectivités territoriales à chaque fois que c'est utile. Le fait de lui confier le pouvoir de s'assurer elle-même de l'exécution de ses décisions dégagera des synergies par rapport au système actuel, en particulier lorsque les entreprises s'engagent à modifier leur comportement sur le marché⁷.
9. En revanche, le projet d'ordonnance n'autorise pas l'Autorité à concentrer ses ressources sur les dossiers les plus préoccupants au regard de l'ordre public économique, en écartant les dossiers de moindre importance, alors même que son article 27 innove par rapport au système actuel en permettant aux services du ministre de s'intéresser à ces affaires, communément désignées sous le nom de « micro-pratiques anti-concurrentielles ».

B. Le maintien du guichet ministériel

10. L'article 27 du projet d'ordonnance prévoit en effet d'attribuer deux compétences nouvelles aux services du ministre. Ceux-ci seraient à l'avenir habilités à enjoindre aux personnes morales ou physiques de mettre un terme à leurs pratiques anticoncurrentielles, sous réserve que le chiffre d'affaires français de chacune d'entre elles ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leur chiffre d'affaires cumulé ne dépasse pas 100 millions d'euros. Les services ministériels pourraient également proposer à ces personnes ou entreprises de transiger à hauteur de 75 000 euros ou de 5 % de leur chiffre d'affaires. L'acceptation de cette « transaction » éteindrait l'action devant l'Autorité, tandis que son refus déclencherait sa saisine par le ministre⁸.
11. Dans son principe, un guichet subsidiaire peut avoir du sens si le guichet principal est lui-même habilité à concentrer ses moyens sur les affaires prioritaires pour la défense de l'ordre public économique. Ce n'est en effet que si l'on aligne la situation de l'Autorité sur celle des autres autorités de concurrence européennes, qui disposent presque toutes de l'opportunité des poursuites et peuvent dès lors se concentrer sur ces affaires, dans des conditions garantissant les droits du plaignant et sous le contrôle du juge, qu'il est utile de créer un guichet résiduel pour traiter les affaires écartées par l'Autorité en raison de leur intérêt local et de leur importance mineure.
12. Or, cette voie n'est pas envisagée par le projet. Il est au contraire prévu que l'Autorité demeure, comme le Conseil aujourd'hui, soumise à l'obligation de traiter toutes les affaires dont elle est saisie, à moins que leur examen soit impossible en raison de l'irrecevabilité de la saisine, de la prescription des faits ou de l'absence manifeste d'éléments de preuve suffisants pour l'étayer, auquel cas elle devra prendre une décision de rejet motivée, sous le contrôle du

⁵ Article L. 462-4 du code de commerce, tel que modifié par le VIII de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁶ Article L. 464-8 du code de commerce, tel que modifié par le XVI de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁷ I (engagements) et III (non-contestation des griefs) de l'article L. 464-2 du code de commerce.

⁸ Article L. 420-8 nouveau du code de commerce, créé par l'article 27 du projet d'ordonnance.

jugé⁹. L'utilité de l'article 27 du projet d'ordonnance, qui crée un dispositif particulièrement compliqué pour ces micro-pratiques, n'apparaît donc pas clairement.

13. Dans ces conditions, la solution la plus naturelle, la plus simple et la plus cohérente est d'y renoncer et de continuer à faire traiter toutes les affaires de pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité, avec des moyens appropriés, ce qui n'interdit pas de donner plus de poids au travail de pédagogie effectué par les services ministériels sur le terrain en leur permettant « *d'adresser des mises en garde formelles, dont la méconnaissance constitue un des motifs d'aggravation de la sanction pouvant être retenus par l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle fait application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce* ».
14. Si le Gouvernement souhaitait introduire un double guichet pour des raisons d'opportunité, telles que la valorisation du réseau d'enquêteurs locaux de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (ci-après la « DGCCRF »), il faudrait par ailleurs que ce guichet ait une activité suffisante. Or, les statistiques communiquées au sujet des micro-pratiques anticoncurrentielles situent le nombre d'affaires concernées entre 10 et 15 par an. Compte tenu de ce chiffre, l'article 27 n'apparaît non plus très rationnel d'un point de vue administratif et budgétaire.
15. Il pose enfin des difficultés de mise en œuvre importantes, qui sont essentiellement de quatre ordres. En premier lieu, le fait de permettre aux services ministériels d'intervenir avant toute instruction approfondie et contradictoire de l'Autorité pose un problème d'articulation. Il risque en effet d'entraîner, par erreur, la conclusion de « transactions » dans des affaires graves nécessitant un traitement contentieux, au détriment de l'ordre public économique, des intérêts des plaignants et de l'unité d'approche et de traitement qui fait la crédibilité et la force de l'autorité administrative indépendante. Il faudrait donc mettre en place un mécanisme de validation par l'Autorité, en prévoyant que : « *le projet d'injonction ou de transaction est soumis dès sa finalisation à l'Autorité de la concurrence, qui l'accepte ou évoque l'affaire* ». La possibilité ainsi donnée à l'Autorité d'évoquer l'affaire et d'assurer la cohérence, sur le modèle prévu en droit communautaire¹⁰, serait d'autant plus nécessaire que l'article prévoit que « *l'exécution dans les délais impartis des obligations résultant de l'acceptation de la transaction éteint l'action devant l'Autorité* ».
16. En deuxième lieu, l'article 27 pose des difficultés liées à son champ d'application. Bien qu'il soit affiché comme étant exclusivement destiné aux ententes de dimension locale et d'importance mineure, il ne l'indique pas expressément, mais circonscrit le recours à l'injonction ou à la « transaction » aux pratiques commises par des personnes morales ayant un chiffre d'affaires français inférieur à 50 millions d'euros par personne et à 100 millions d'euros au total. Or, outre le caractère extrêmement élevé des sommes retenues, qui apparaissent manifestement disproportionnées par rapport au plafond financier de la transaction, le choix d'un critère de chiffre d'affaires est à la fois contestable et impraticable. En effet, la décision des services ministériels interviendrait à un stade précoce de l'analyse concurrentielle, alors que l'expérience montre que la question de l'imputabilité des pratiques est toujours abordée au terme de la procédure, tant les difficultés sont grandes et les contestations nombreuses pendant l'instruction. Le critère n'offrirait donc aucune des garanties requises pour éviter la conclusion d'une « transaction » précipitée avec une filiale alors que sa société-mère serait coupable de l'infraction. La référence au chiffre d'affaires des personnes morales, donc des sociétés, accentue encore ce risque puisqu'elle permettrait

⁹ Articles L. 462-7 et L. 462-8 du code de commerce.

¹⁰ Article 11, paragraphes 4 et 6, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 12 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE.

techniquement de conclure une « transaction » avec une filiale d'un groupe de taille nationale, voire mondiale.

17. Prendre un tel risque serait dangereux, car l'intégralité de notre système institutionnel de régulation de la concurrence s'en trouverait fondamentalement affaiblie. Si des entreprises relativement importantes – ou des filiales de groupes puissants – pouvaient transiger avec les services ministériels à hauteur de 75 000 euros et se prémunir de la sorte de toute poursuite sérieuse, la réforme ayant pour objet de donner plus d'efficacité à l'Autorité déboucherait paradoxalement sur une « contre-réforme » ayant pour effet d'anéantir le système de régulation indépendante créé en 1986.
18. Il serait par conséquent impératif de limiter le domaine de l'article 27 du projet, si ce dernier était maintenu. Les abus de position dominante, par hypothèse imputables à des entreprises jouissant d'un fort pouvoir de marché, ne sont jamais qualifiables de pratiques d'importance mineure, même quand ils affectent un marché purement local. De même, les petites ententes cloisonnant des zones transfrontalières affectent les échanges entre Etats membres et ne sont donc généralement pas qualifiables de pratiques locales. Il faudrait donc d'une part remplacer les termes « *pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2* » par les termes « *ententes visées par l'article L. 420-1, lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale et sont d'importance mineure* », et d'autre part prévoir l'inapplicabilité de l'article L. 470-6 du code de commerce, qui renvoie aux règles communautaires de concurrence. Il faudrait également remplacer les termes « *personnes morales et physiques* » par le terme « *entreprises* ».
19. En troisième lieu, l'article 27 du projet d'ordonnance reste extrêmement vague sur le contenu de la « transaction ». En réalité, celle-ci implique nécessairement de qualifier les pratiques visées, puisqu'elle conduit les entreprises à payer une amende et à souscrire des « *obligations* » envers les services du ministre. Or, il est probable que les micro-pratiques visées par l'article 27 du projet sont aujourd'hui classées sans suite par la DGCCRF « *faute de satisfaire [...] le standard de preuve exigé par le Conseil* »¹¹. Il serait donc impératif de préciser le dispositif afin qu'il ne puisse pas être utilisé pour amener les entreprises à transiger, sous la menace d'une saisine de l'Autorité, sur des pratiques dont l'existence n'est pas établie à suffisance de droit.
20. En quatrième et dernier lieu, la disposition relative aux micro-ententes pose des difficultés d'ordre juridique. Elle rompt en effet l'égalité de traitement en créant un droit de la concurrence « de seconde zone » pour les petites et moyennes entreprises (ci-après les « PME »), premières visées compte tenu des seuils de chiffres d'affaires retenus. Cette rupture d'égalité concerne aussi bien le standard de preuve (les PME poursuivies étant privées des garanties offertes par le standard très protecteur appliqué par le Conseil) que les droits de la défense (les PME étant privées de l'ensemble des garanties procédurales prévues devant le Conseil)¹². Quant aux PME et aux collectivités locales victimes, leur situation serait encore plus défavorable, puisqu'elles n'auraient aucun moyen de savoir qu'une transaction est en train de se conclure et, si par hasard elles l'apprenaient, ne jouiraient d'aucun droit procédural leur permettant de défendre leurs intérêts devant la DGCCRF. Bien plus, dans l'hypothèse où elles auraient porté plainte auprès de l'Autorité, la transaction y mettrait automatiquement fin. Enfin, elle ne bénéficieraient d'aucun droit de recours.

¹¹ Rapport du groupe de travail de l'Association française d'étude de la concurrence (« AFEC ») sur les micro-PAC.

¹² Pour mémoire, la procédure applicable au Conseil est pleinement contradictoire (article L. 463-1 du code de commerce). Elle garantit les droits des entreprises mises en cause en leur ouvrant l'accès au dossier (article L. 463-2 du code de commerce), en imposant deux « tours » d'échange contradictoire écrit (article L. 463-2 du code de commerce) et en leur permettant de se faire entendre en séance par un collègue indépendant de l'accusation (article L. 463-7 du code de commerce). Les entreprises saisissantes bénéficient des mêmes droits.

III. Le contrôle des concentrations

21. L'article 24 du projet de LME prévoit également d'habiliter le Gouvernement à doter l'Autorité de « *compétences élargies en matière de contrôle des concentrations économiques* ». A cette fin, l'article 28 du projet d'ordonnance prévoit, dans ses grandes lignes, que l'Autorité se verra transférer la mission de contrôler la compatibilité des projets de concentration avec les règles de concurrence, le ministre se voyant pour sa part ouvrir une faculté nouvelle d'intervenir à la suite de l'Autorité, pour concilier la concurrence et d'autres motifs d'intérêt général.
22. Ces dispositions, à rapprocher de la préconisation n° 187 de la Commission pour la libération de la croissance française, sont positives. Mais des ajustements sont nécessaires pour garantir la pleine efficacité du nouveau système, qu'ils concernent l'examen concurrentiel effectué par l'Autorité (A) ou la possibilité d'intervention offerte au ministre (B).

A. *Le transfert du contrôle concurrentiel des concentrations à l'Autorité de concurrence*

23. Le projet prévoit que les concentrations seront notifiées à l'Autorité, ou pourront lui être renvoyées lorsqu'elles sont de dimension communautaire¹³. Elle en fera alors l'examen dans des délais identiques aux délais actuels (phase I)¹⁴, avant de l'autoriser, éventuellement sous engagements, ou, lorsqu'elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, d'engager un examen approfondi¹⁵. Dans ce dernier cas (phase II), il lui reviendra d'en faire le bilan concurrentiel dans un délai de quatre-vingt-dix jours ouvrés à compter de la réception de la notification, avant de l'autoriser, éventuellement sous engagements, ou de l'interdire par décision motivée¹⁶. Les cas d'abus d'une position dominante acquise à la suite d'une opération de concentration seront eux aussi traités à l'avenir par l'Autorité, dans le cadre d'une procédure entièrement contradictoire¹⁷, de la manière proposée par la Commission pour la libération de la croissance française¹⁸.
24. Ces dispositions, qui transfèrent le contrôle des concentrations vers une autorité indépendante spécialisée dans la régulation de la concurrence et dotent donc la France d'un système comparable à ceux en vigueur partout ailleurs en Europe, constituent un réel progrès. Les entreprises bénéficieront désormais d'un guichet unique en ce domaine. Dans le même temps, elles demeureront assurées, comme c'est le cas actuellement, de bénéficier du double regard des services d'instruction et du collège à chaque fois que l'affaire impose un examen approfondi. Le fait de confier les deux phases de la procédure à l'Autorité leur permettra enfin de bénéficier de synergies permettant des délais raccourcis (soixante-cinq jours ouvrés)¹⁹ par rapport aux délais actuels (environ quatre-vingt-dix jours ouvrés)²⁰ en cas d'examen approfondi.

¹³ Article L. 430-3 du code de commerce, tel que modifié par le II de l'article 28 du projet d'ordonnance.

¹⁴ Vingt-cinq jours ouvrés, prolongés de quinze jours ouvrés lorsque les entreprises proposent des engagements.

¹⁵ Article L. 430-5 du code de commerce, tel que modifié par le IV de l'article 28 du projet d'ordonnance.

¹⁶ Articles L. 430-5 à L. 430-7 du code de commerce, tels que modifiés respectivement par les IV, V et VI de l'article 28 du projet d'ordonnance.

¹⁷ Article L. 430-9 du code de commerce, tel que modifié par le IX de l'article 28 du projet d'ordonnance.

¹⁸ Préconisation n° 207.

¹⁹ Le projet prévoit un délai total de « 90 ouvrés jours à compter de réception de la notification » ; si l'on soustrait le délai de phase I (vingt-cinq jours ouvrés), on obtient donc un délai de phase II de soixante-cinq jours ouvrés.

²⁰ Le délai actuel est de trois mois pour le Conseil et d'un mois pour le ministre, soit un total de 122 jours, dont 88 jours ouvrés.

25. Néanmoins, la méthode de computation du délai d'examen approfondi retenue à ce stade pose un problème sans doute imputable à une erreur matérielle. D'une part, le projet d'article L. 430-7 nouveau ne comprend plus, dans sa version soumise au Conseil, d'alinéa permettant aux entreprises de proposer des engagements et d'obtenir à ce titre une prorogation de délai. Cette erreur de plume, qui doit être rectifiée, empêche de déterminer la durée exacte de la phase II. D'autre part, le fait de faire masse des délais de phases I et II en complique beaucoup la computation ; il est plus simple et plus lisible de conserver le système actuel, dans lequel ces deux délais sont distincts, le délai imparti pour la phase II courant à compter de l'engagement d'un examen approfondi au terme de la phase I. Il convient donc, en reprenant le délai de phase II proposé par le projet, de prévoir que : « *lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture d'un examen approfondi* ».

B. La création d'une phase d'intérêt général devant le ministre chargé de l'économie

26. Le projet ouvre au ministre la faculté d'« évoquer » la décision prise par l'Autorité lorsque des motifs d'intérêt général le justifient²¹. Ce nouveau mécanisme, à comparer aux dispositions permettant, dans nombre d'autres Etats membres de l'Union européenne (Allemagne, Belgique, Espagne, Grèce, Italie, Pays-Bas ou Portugal notamment), au pouvoir exécutif de concilier la régulation de la concurrence et d'autres politiques publiques dans le cas de concentrations stratégiques, peut être approuvé dans son principe. Il instaure en effet un partage cohérent et transparent des rôles entre l'expert de la concurrence et le garant de l'intérêt général. Il restaure en outre la liberté du Gouvernement, désormais habilité à effectuer un véritable bilan global des opérations de concentration stratégiques en intégrant non seulement « *le maintien de l'emploi* » ou « *la compétitivité des entreprises* », comme aujourd'hui, mais également d'autres motifs d'intérêt général, « *tels que le développement industriel* ». En l'état, le projet est néanmoins empreint d'ambiguïtés qui risqueraient, si elles n'étaient pas levées, de priver la réforme d'effectivité, voire de créer de sérieuses difficultés.

27. En premier lieu, le projet omet d'indiquer expressément que les motifs d'intérêt général justifiant l'intervention du ministre sont des motifs « *autres que le maintien de la concurrence, mais compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération* », contrairement à ce qui est le cas dans toutes les dispositions européennes dont il s'inspire. Le fait que ces motifs ne puissent qu'être extérieurs à la concurrence relève de l'évidence, compte tenu de la logique de partage des rôles qui structure la réforme. Cependant, cette mention ne doit pas être omise, puisqu'elle est nécessaire pour comprendre la nature du bilan effectué par le ministre, sous le contrôle du juge, entre l'inconvénient que représente l'atteinte à la concurrence identifiée par la seule Autorité de la concurrence, d'une part, et l'avantage procuré par ailleurs à la collectivité publique, apprécié par l'autorité politique, d'autre part. Indépendamment de ce point important, le texte actuel ne garantit pas pleinement aux entreprises le bénéfice d'un guichet unique. Or, il faut que ces dernières soient assurées que les services du ministre ne seront pas conduits à refaire inutilement l'examen concurrentiel effectué par l'Autorité, au détriment de la sécurité juridique et de la vie des affaires.

28. En second lieu, le projet est libellé en des termes si imprécis que le mécanisme d'évocation des affaires pour des raisons d'intérêt général, qui permet, ailleurs en Europe, au ministre d'autoriser une opération interdite par l'Autorité, pourra se retourner, en France, contre les entreprises concernées, au prix de difficultés inutiles. Le droit de la concurrence est un

²¹ Article L. 430-7-1 nouveau du code de commerce, créé par le VII de l'article 28 du projet d'ordonnance.

instrument garantissant que la liberté reconnue aux acteurs économiques joue au bénéfice des consommateurs. Contrairement au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, destiné à remédier *ex post* aux comportements restreignant la concurrence, le contrôle des concentrations vise à prévenir *ex ante* la constitution de structures qui y porteraient atteinte. Il s'agit donc d'un mécanisme d'autorisation préalable, qui impose, dans un système économique fondé sur la liberté d'entreprendre, d'autoriser toutes les concentrations ne posant pas de problème concurrentiel et de n'interdire que celles endommageant irrémédiablement le marché. Ce souci de préserver la concurrence doit pouvoir être concilié avec d'autres considérations d'intérêt général, afin de permettre l'autorisation de concentrations stratégiques dont le bilan global est positif, mais cette conciliation n'a pas lieu d'être lorsqu'aucun problème concurrentiel ne se pose au préalable. C'est pourquoi les mécanismes d'évocation ministérielle en place partout ailleurs en Europe ne jouent jamais en l'absence de difficulté de concurrence.

29. A la différence de ces législations, le libellé actuel du II du projet d'article L. 430-7-1 nouveau se borne à prévoir que, après avoir « *reçu la décision de l'Autorité* », le ministre peut « *évoquer l'affaire et prendre une décision motivée statuant sur l'opération* »²². Il permet donc au ministre d'interdire, au nom du droit de la concurrence, une opération ne posant précisément aucune difficulté de concurrence. Il va dès lors à l'encontre de la valeur que ce droit est destiné à protéger, ce qui pose des difficultés de premier ordre²³. Les risques qu'il pose sont d'autant plus regrettables que l'interdiction de concentrations ne posant aucun problème de concurrence, qui peut se concevoir lorsqu'est en cause un secteur sensible touchant aux intérêts essentiels de la Nation, tels que la défense nationale ou la sécurité publique, est déjà possible en vertu du code monétaire et financier²⁴. Celui-ci permet d'ailleurs au ministre d'agir dans un délai bien plus rapide et dans des conditions bien plus satisfaisantes que s'il intervenait de la manière envisagée par le projet d'article L. 430-7-1 nouveau du code de commerce.
30. Dans ces conditions, il apparaît opportun de rapprocher le mécanisme d'évocation ministérielle envisagé par le projet des dispositifs en vigueur dans les autres Etats membres de l'Union européenne, en prévoyant que, après avoir « *reçu la décision d'interdiction de l'Autorité* », le ministre peut « *évoquer l'affaire et prendre une décision motivée autorisant l'opération* ».
31. Il faut enfin signaler que, pour être effective, la réforme du contrôle des concentrations devra se traduire par un transfert d'emplois vers l'Autorité, dans une proportion correspondant à l'effectif actuel du bureau B 3 de la DGCCRF, au sein duquel environ vingt-cinq personnes, agents de procédure et soutien administratif compris, gèrent aujourd'hui le contrôle des concentrations.

²² IV de l'article L. 430-5 du code de commerce, tel que modifié par le IV de l'article 28 du projet d'ordonnance, et V de l'article L. 430-7 du code de commerce, tel que modifié par le VI de l'article 28 du projet d'ordonnance.

²³ En droit français comme d'ailleurs en droit communautaire, puisqu'une disposition dont le libellé ne permet pas d'écarter tout risque d'application susceptible de porter atteinte aux principes généraux et aux libertés économiques résultant du traité CE peut être contestée, pour ce seul motif, par la Commission européenne (voir, notamment, arrêt de la Cour de justice (sixième chambre) du 15 mai 2003, Salzmann, aff. C-300/01).

²⁴ Article L. 151-3 du code monétaire et financier.

IV. L'enquête en matière de pratiques anticoncurrentielles

32. L'article 24 du projet de LME prévoit d'habiliter le Gouvernement à doter en outre l'Autorité de « *moyens d'investigation renforcés* ». A cet effet, l'article 29 du projet d'ordonnance prévoit, pour l'essentiel, que le rapporteur général de la future Autorité sera informé « *avant leur déclenchement* » des enquêtes de concurrence envisagées par le ministre, qu'il pourra « *en prendre la direction* » dans un délai fixé par décret, qu'il sera « *informé sans délai de leur résultat* », dont il pourra « *se saisir d'office* », et que le ministre mettra « *sans délai à sa disposition, en nombre et pour la durée qu'il a indiqués, des enquêteurs nécessaires à la réalisation* » d'opérations de visite et saisie²⁵.
33. Ces dispositions représentent un net progrès par rapport au système actuel, mais constituent une « cote mal taillée » (A). Dans ces conditions, la concrétisation de la réforme dépendra largement des moyens techniques et budgétaires qui seront alloués à l'Autorité (B).

A. Le partage et l'articulation du pouvoir d'enquête

34. Le système actuel partage le pouvoir d'enquête entre les rapporteurs du Conseil et les enquêteurs des services ministériels²⁶, scindant ainsi la chaîne d'investigation des pratiques anticoncurrentielles et dispersant les moyens nécessaires à leur contrôle. En outre, il ne les coordonne pas de manière satisfaisante, engendrant du même coup des délais et des incohérences qui nuisent à l'efficacité de la régulation de la concurrence²⁷.
35. Les modifications introduites par l'article 29 remédieront à certaines de ces pertes d'efficacité, en permettant l'intégration au sein de l'Autorité d'une partie des activités d'enquête, qui visent à réunir les preuves de pratiques anticoncurrentielles disponibles sur le terrain, et des activités d'instruction, qui consistent à analyser ces preuves en vue de déterminer s'il y a lieu de notifier des griefs ou de proposer un non-lieu, qui seront soumis au collège pour décision. Les services d'instruction disposeront désormais d'enquêteurs de plein exercice, qui travailleront en interaction permanente avec les rapporteurs. Le rapporteur général aura en outre davantage les moyens de maîtriser l'orientation, le déroulement et les résultats des enquêtes de concurrence. L'Autorité pourra en définitive intervenir de manière accélérée et ciblée, et traiter plus efficacement les affaires dont elle est saisie, assurant ainsi le rétablissement plus rapide de la concurrence, au bénéfice des entreprises et des consommateurs.
36. La réforme reste toutefois inachevée. Il serait en effet logique, dans le contexte de la révision générale des politiques publiques (« RGPP »), de procéder à un véritable rassemblement des attributions et des moyens administratifs et budgétaires consacrés à la régulation de la concurrence, afin d'amener notre système au niveau du standard commun aux vingt-six autres pays européens²⁸. Cela pourrait être fait en rationalisant la répartition des pouvoirs d'enquête selon une ligne de partage plus claire : la responsabilité des enquêtes relatives aux pratiques anticoncurrentielles (titre II du livre IV du code de commerce) serait intégralement transférée

²⁵ Articles L. 450-5 et L. 450-6 du code de commerce, tels que modifiés par les III et IV de l'article 29 du projet d'ordonnance.

²⁶ Article L. 450-1 du code de commerce.

²⁷ Articles L. 450-5 et L. 450-6 du code de commerce ; ce dernier prévoyait un décret d'application qui n'a pas été pris à ce jour.

²⁸ Seul le Luxembourg possède encore un système dual, inspiré du système français ; mais un projet de loi prévoyant la création d'une autorité unique, par rassemblement des compétences et des moyens au sein du Conseil de la concurrence, a reçu l'accord de principe du Conseil de gouvernement du Grand-Duché en octobre 2007 (communiqué de presse disponible sur le lien Internet http://www.gouvernement.lu/salle_presse/conseils_de_gouvernement/2007/10/04conseil/index.html)

aux services d’instruction de l’Autorité ; la conduite des enquêtes relatives aux pratiques commerciales déloyales (titre IV du même livre) demeurerait confiée aux services ministériels, dont le maillage d’enquêteurs locaux pourrait toutefois apporter son aide à l’Autorité lorsqu’il faut mobiliser davantage de forces pour une opération de terrain. C’est en ce sens que la Commission pour la libération de la croissance française a préconisé d’« intégrer les enquêteurs antitrust au sein de l’Autorité »²⁹. Cela pourrait être effectué en modifiant l’article L. 450-1 du code de commerce afin de prévoir que : « les enquêteurs et les rapporteurs de l’Autorité de la concurrence peuvent procéder à toute enquête utile à l’application des dispositions des titres II et III du présent livre » et que « des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l’économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l’application des dispositions du titre IV du présent livre et prêter leurs concours à celles nécessaires à l’application des dispositions du titre II du même livre dans les conditions prévues à l’article L. 450-6 ».

37. Indépendamment de la logique qu’il y a à parachever la réforme, il convient de ne pas créer de nouvelles difficultés. Il est logique que l’Autorité, qui constituera une administration de mission, et donc de taille restreinte, puisse, comme cela vient d’être évoqué, bénéficier « sans délai » d’une mise à disposition d’enquêteurs locaux de la DGCCRF³⁰ pour réaliser certaines perquisitions sur le terrain. En revanche, compte tenu de la réalité des chiffres, la disposition envisageant de permettre, par symétrie, au ministre de demander « sans délai » la réalisation d’enquêtes par le rapporteur général de l’Autorité³¹ est injustifiable, outre qu’elle porte par sa nature même atteinte à l’indépendance de l’Autorité. Il s’impose donc de la supprimer, le ministre ayant déjà la possibilité de saisir l’Autorité à chaque fois qu’il l’estime nécessaire.

B. La mise en œuvre de la réforme

38. La concrétisation de la réforme sur le terrain dépendra en toute hypothèse, pour une grande part, du transfert d’emplois, de ressources budgétaires et de moyens matériels, notamment techniques (perquisitions informatiques), vers la future Autorité. S’agissant des moyens humains, il sera au minimum nécessaire de transférer à l’Autorité les emplois budgétaires correspondant à l’effectif actuel de l’unité d’enquêtes de concurrence (« UEC ») de la direction nationale des enquêtes (« DNE ») de la DGCCRF (environ trente personnes), effectif composé essentiellement d’enquêteurs et accessoirement d’équipes d’appui (greffe et secrétariat). Mais cette montée en puissance des services d’instruction imposera la mise à niveau des emplois destinés à abonder les services généraux (affaires institutionnelles, européennes et internationales ; services juridique et économique) et les services administratifs. En additionnant les effectifs dédiés aux concentrations, à l’antitrust et aux affaires générales et administratives, cela impliquerait le transfert d’une soixantaine d’emplois et porterait l’effectif total à 190 agents, à comparer par exemple aux 280 agents de l’autorité allemande ou aux 230 agents de l’autorité italienne.

²⁹ Préconisation n° 188.

³⁰ La DGCCRF compte au total quelques 3600 agents affectés à ses diverses missions. Parmi eux figurent environ trente enquêteurs en poste au sein de l’UEC de la DNE, quarante enquêteurs en poste au sein des huit brigades interrégionales d’enquêtes de concurrence (« BIEC ») et un nombre bien supérieur d’enquêteurs généralistes en poste au sein des unités départementales.

³¹ Article L. 450-5 du code de commerce, tel que modifié par le III de l’article 29 du projet d’ordonnance.

V. L'Autorité de la concurrence

39. L'article 24 du projet de LME prévoit d'habiliter le Gouvernement à « *transformer le Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence* » disposant de surcroît « *d'une composition, d'une organisation et de règles de fonctionnement renouvelées* ». L'article 30 du projet d'ordonnance envisage effectivement la modernisation du statut et de la gouvernance (A) de l'Autorité, ainsi que de son organisation et de son fonctionnement (B).

A. La codification du statut de l'Autorité et la modernisation de sa gouvernance

40. L'article 30 du projet d'ordonnance prévoit la transformation du Conseil en Autorité³² et consacre dans la loi son statut d'autorité administrative indépendante³³ ainsi que sa mission de régulation de la concurrence sur les marchés³⁴, en s'inspirant des formulations retenues pour d'autres autorités – notamment l'Autorité de régulation des communications électroniques (ci-après l'« ARCEP ») – pour codifier la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la cour d'appel de Paris³⁵. Le projet explicite également le rôle du collège³⁶ et modifie les dispositions relatives à sa composition³⁷ ainsi qu'au mandat de ses membres³⁸. Ces changements vont dans le bon sens. Il convient toutefois de les mettre en cohérence avec certaines caractéristiques importantes de l'institution.

41. En premier lieu, le choix de modifier le nom du Conseil de la concurrence est un choix fort, qui reflète l'évolution des missions de notre autorité de concurrence et qui, symboliquement, permet de « donner un nom » à la réforme. Il est cependant nécessaire de retenir un nom qui, comme le « label » Conseil de la concurrence aujourd'hui, puisse effectivement individualiser la nouvelle Autorité, qui devra se faire connaître des entreprises et des consommateurs. Or, une banalisation rapide serait inévitable si l'intitulé envisagé pour le titre VI du livre IV du code de commerce – « *Autorité nationale de la concurrence* » –, qui constitue le nom générique des vingt-sept autorités nationales de concurrence d'Europe (ci-après les « ANC ») membres du réseau européen de concurrence institué par le règlement n° 1/2003. Ce problème pourrait être résolu en retenant simplement le nom « *Autorité de la concurrence* », qui figure d'ores et déjà dans différents articles du projet d'ordonnance.

42. En second lieu, le projet modifie la composition du collège en abaissant le nombre de magistrats de huit à six, en augmentant le nombre de personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation, en supprimant la disposition permettant aux magistrats de proposer des noms pour le choix de ces personnalités et en prévoyant qu'au moins deux vice-présidents, dont le nombre passera de trois à quatre, devront être choisis parmi ces personnalités ou les personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales. L'augmentation du nombre de personnalités qualifiées peut a priori contribuer à assurer la richesse de vues au sein du collège. Néanmoins, l'abaissement du nombre de magistrats, en particulier parmi les membres permanents, compliquera grandement le fonctionnement de l'Autorité, s'il ne rend pas impossible le

³² Titre VI du livre IV du code de commerce et article L. 461-1 de ce code, tel que modifié par le I de l'article 30 du projet d'ordonnance.

³³ I de l'article L. 461-1 du code de commerce, tel que modifié par le I de l'article 30 du projet d'ordonnance.

³⁴ I de l'article L. 461-1 du code de commerce, tel que modifié par le I de l'article 30 du projet d'ordonnance.

³⁵ Décision n° 86-224 DC du Conseil constitutionnel du 23 janvier 2007 et arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 septembre 1998, Coca Cola Entreprises / Orangina France.

³⁶ II de l'article L. 461-1 du code de commerce, tel que modifié par le I de l'article 30 du projet d'ordonnance.

³⁷ II et III de l'article L. 461-1 du code de commerce, tel que modifié par le I de l'article 30 du projet d'ordonnance.

³⁸ I et IV de l'article L. 461-1 du code de commerce, tel que modifié par le I de l'article 30 du projet d'ordonnance.

respect des conditions imposées au collège pour siéger. Il est en effet nécessaire³⁹ qu'un magistrat soit présent pour qu'une section du collège puisse valablement se réunir. Or, les membres non permanents possédant le statut de magistrat ont leurs propres obligations professionnelles et ne sont donc pas toujours disponibles pour siéger.

B. Les aménagements relatifs au fonctionnement de l'Autorité

43. L'article 30 du projet d'ordonnance inscrit dans le texte l'existence des services d'instruction⁴⁰ et envisage le transfert d'un certain nombre d'attributions relatives au fonctionnement administratif de l'Autorité du président vers le rapporteur général⁴¹. Il ouvre également une possibilité pour le président ou pour un vice-président délégué par lui de prendre seul un certain nombre de décisions contentieuses dans un délai maximum de six mois⁴². Ces modifications, inspirées par le souci de parfaire la séparation des fonctions d'instruction et de décision d'une part, et d'accroître encore davantage l'efficacité de l'Autorité d'autre part, sont louables dans leur principe. Les transferts méritent cependant d'être examinés plus avant si l'on veut éviter qu'ils n'aient finalement un effet contraire à celui recherché (a). Le délai de six mois imposé pour prendre une décision individuelle semble pour sa part résulter d'une erreur matérielle car il est techniquement inapplicable (b).

a. Les transferts de compétences

44. La reconnaissance textuelle des services d'instruction reflète le principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision qui préside à l'organisation du Conseil. Elle est bienvenue. Toutefois, l'imprécision du texte proposé pour le premier alinéa de l'article L. 461-4 nouveau risque d'engendrer la confusion entre les services d'instruction, dont la mission, précisée par l'alinéa suivant, est de procéder aux investigations sous l'autorité du rapporteur général, et les services administratifs, qui ne peuvent relever que du président. Afin d'écartier ce risque, il apparaît nécessaire de préciser le projet en indiquant que l'Autorité dispose de services « *d'instruction* » dirigés par un rapporteur général, les services administratifs n'ayant pas nécessairement à être cités par le code de commerce.

45. La modification des modalités de recrutement des salariés de l'Autorité est en revanche inaboutie et insatisfaisante : l'Autorité pourra désormais s'attacher les services de véritables enquêteurs en plus de ses rapporteurs, mais le principal problème posé par le système actuel reste entier. La nomination du rapporteur général, de chacun des rapporteurs généraux-adjoints, de chacun des rapporteurs et de chacun des enquêteurs de l'Autorité continue en effet, en l'état actuel du projet, à dépendre d'un arrêté du ministre. Or, cette disposition anachronique, qui constitue une survivance de 1986, est incompatible avec le statut d'autorité administrative indépendante. Elle placerait en outre l'Autorité de la concurrence dans une situation contrastant singulièrement avec celle des autorités de régulation économique – notamment l'ARCEP ou la Commission de régulation de l'énergie (ci-après la « CRE ») –, qui ont toute liberté de recruter leurs agents comme elles l'entendent. Dans le même temps, le maintien du recours à l'arrêté ministériel ne présente aucun avantage, puisque les seuls agents sur la carrière desquels il est concevable que le ministre ait un droit de regard, à savoir ceux qui seraient détachés de son administration, ne peuvent de toute façon

³⁹ Article R. 461-7 du code de commerce.

⁴⁰ Article L. 461-4 du code de commerce, tel que modifié par le IV de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁴¹ Article L. 461-4 du code de commerce, tel que modifié par le IV de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁴² Articles L. 461-3 et L. 462-5 du code de commerce, tels que modifiés respectivement par le III et le IX de l'article 30 du projet d'ordonnance.

rejoindre l'Autorité qu'avec l'autorisation de leur hiérarchie. Il est donc nécessaire de mettre la situation de l'Autorité en conformité avec le modèle retenu pour les autres autorités administratives indépendantes, ce qui conduit à modifier le projet en précisant que : « *les rapporteurs généraux-adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents et les enquêteurs des services d'instruction sont nommés par le rapporteur général, par décision publiée au Journal officiel* ». Quant au rapporteur général, le plus logique est d'aligner la situation de l'Autorité sur celle de l'Autorité des marchés financiers (ci-après l'« AMF »), en prévoyant que : « *le rapporteur général est nommé par le président, après avis du collège et agrément du ministre chargé de l'économie, par décision publiée au Journal officiel* ».

46. Pour sa part, la proposition envisageant le transfert du rôle d'ordonnateur des recettes et des dépenses du président vers le rapporteur général surprend. L'essentiel des recettes à ordonnancer étant constitué, depuis la mise en place de la LOLF, par le produit des amendes infligées par le collège, leur ordonnancement doit nécessairement rester entre ses mains. Il est donc préférable de maintenir le président comme ordonnateur, comme à l'ARCEP ou à la CRE, tout en prévoyant une délégation de compétence du président de l'Autorité vers le rapporteur général pour les dépenses liées à l'instruction, en rédigeant le dernier alinéa de l'article L. 461-4⁴³ comme suit : « *le président est ordonnateur des recettes et des dépenses de l'Autorité. Il délègue l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction au rapporteur général.* »
47. Il faut de même aligner la situation de l'Autorité sur celle des autres autorités administratives indépendantes⁴⁴ en prévoyant que « *le président de l'Autorité de la concurrence la représente dans tous les actes de la vie civile et a qualité pour agir en justice en son nom* ». Une telle disposition est en effet nécessaire pour clarifier les conditions dans lesquelles l'Autorité peut se défendre en cas de litige lié à la « vie courante » de l'institution.

b. Les décisions individuelles sur le fond

48. Le projet envisage de permettre au président ou à un vice-président de prendre seul les décisions d'autorisation intervenant au terme de la phase I de la procédure de contrôle des concentrations, en remplacement du ministre aujourd'hui. L'équilibre actuel entre les affaires simples conduisant à une décision favorable aux entreprises, et les affaires plus complexes susceptibles de conduire, au terme d'un examen approfondi, à une décision d'autorisation ou d'interdiction prise par une formation collégiale, est donc maintenu, choix qui paraît réaliser un équilibre satisfaisant entre les impératifs de la vie des affaires et les intérêts des entreprises.
49. Par ailleurs, le projet innove par rapport au droit actuel en envisageant l'extension de ce pouvoir individuel de décision à l'ensemble des décisions pouvant être prises en matière de pratiques anticoncurrentielles (irrecevabilité, incompétence, défaut d'éléments probants, mesures conservatoires, non lieu, injonctions, engagements et sanctions) dans les cas où l'Autorité est saisie par le ministre⁴⁵. En pareil cas, il impose également au président de se prononcer dans un délai de six mois à compter de la saisine⁴⁶. En l'absence d'exposé des

⁴³ Créé par le IV de l'article 30 du projet d'ordonnance

⁴⁴ Voir par exemple l'article L. 134 du code des postes et des communications électroniques, l'article 2 du décret n° 2000-381 du 2 mai 2000 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Commission de régulation de l'énergie et l'article L. 621-2 du code monétaire et financier.

⁴⁵ Article L. 461-3 du code de commerce, tel que modifié par le III de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁴⁶ Article L. 462-5 du code de commerce, tel que modifié par le IX de l'article 30 du projet d'ordonnance.

motifs disponible, il est très difficile de comprendre l'objectif recherché par ces amendements. Il est certain, en tout cas, que celui prévoyant un délai de six mois est inapplicable. Il est en effet techniquement impossible de le respecter compte tenu des exigences attachées au respect du contradictoire⁴⁷, même en négligeant dans le même temps toutes les autres affaires urgentes que l'Autorité aura à traiter (concentrations ; mesures conservatoires ; demandes d'avis des juridictions administratives ou judiciaires, etc.).

50. Si l'objectif de la disposition est d'assurer la menace d'une sanction rapide en cas de refus de transaction avec les services ministériels, il convient, plutôt que de créer une nouvelle procédure posant des difficultés procédurales et pratiques insurmontables, de faire usage de la procédure simplifiée déjà prévue par le code de commerce pour les affaires de moindre importance. Celle-ci permet d'accélérer l'instruction des affaires en supprimant le deuxième « tour » de contradictoire écrit, tout en garantissant par ailleurs les droits de la défense. Cette « sécurisation » du IX de l'article 30 du projet d'ordonnance peut être obtenue en remplaçant les mots « *elle se prononce alors dans le délai maximum de six mois* » par les mots « *elle se prononce alors dans les conditions prévues par l'article L. 463-3* ».

VI. La garantie des droits de la défense et la procédure

51. L'article 24 du projet de LME ne prévoit pas d'habiliter le Gouvernement à « *moderniser les règles de procédure* » de la future Autorité, alors même que l'ordonnance comporte un ensemble de dispositions de procédure. Il apparaît donc nécessaire de modifier le projet en ce sens.
52. Ces dispositions visent, pour certaines, à parachever la garantie des droits de la défense devant l'Autorité (A) et, pour les autres, à moderniser la procédure en tirant les enseignements de la concertation informelle menée pendant l'année 2006 / 2007 par le Conseil avec les avocats du barreau spécialisé en droit de concurrence (B). Cet ensemble de mesures, qui vise à enrichir les droits des « utilisateurs » et à accroître l'efficacité procédurale, sans modifier l'équilibre entre les deux, est bienvenu. Pour autant, il apparaît utile d'en compléter ou d'en préciser davantage certains aspects.

A. Les mesures relatives à la garantie des droits de la défense

53. La mise en place d'une Autorité inspirée des meilleurs standards en vigueur ailleurs en Europe ne doit évidemment pas conduire à remettre en cause les aspects du système français de régulation indépendante de la concurrence qui ont fait leurs preuves. Parmi eux figure au premier chef la séparation des fonctions d'instruction et de décision. Même si le Conseil est une autorité administrative indépendante et non une juridiction, la loi sur les nouvelles régulations économiques⁴⁸ a en effet tiré les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris en consacrant la séparation entre la conduite des investigations relatives aux pratiques anticoncurrentielle, qui relève exclusivement des

⁴⁷ Les parties mises en cause disposent d'un délai de deux mois pour présenter leurs observations sur la notification des griefs et d'un nouveau délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse au rapport (article L. 463-2 du code de commerce). L'Autorité ne disposerait donc que de deux mois utiles pour réunir les preuves, effectuer les auditions, procéder aux autres mesures d'instruction, préparer la notification des griefs, rédiger le rapport, tenir la séance, conclure son délibéré et rédiger sa décision.

⁴⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (« NRE »).

services d’instruction placés sous l’autorité du rapporteur général, et la prise de décision, effectuée en toute indépendance par le collège. Cette séparation est loin de se retrouver dans toutes les ANC, d’autres schémas organisationnels existant par exemple en Allemagne, au Royaume Uni ou encore à la Commission européenne. Dans la mesure où cette séparation conduit à porter systématiquement un double regard sur le fond des dossiers (celui des services d’instruction et celui du collège), au bénéfice des entreprises mises en cause, et où elle donne toute satisfaction aux juridictions de contrôle⁴⁹, le Conseil se félicite que le projet d’ordonnance ne la remette pas en cause.

54. Cela étant, le projet prévoit un certain nombre de transferts d’attributions d’ordre procédural du président de la future Autorité vers le rapporteur général, qui risquent de poser des difficultés à cet égard. Le transfert du pouvoir de recourir à la procédure simplifiée⁵⁰, recommandé de longue date par le Conseil, apparaît conciliable avec la séparation des fonctions dans la mesure où la décision du rapporteur général prévoyant l’examen d’une affaire sans établissement d’un rapport ne lie pas le collège, qui est toujours en droit de demander une instruction complémentaire s’il l’estime nécessaire. Le transfert du pouvoir d’accorder des prorogations de délais pour la consultation du dossier ou la production des observations des parties⁵¹ serait en revanche plus délicat, car il se répercuterait sur le calendrier d’audiencement, dont le collège doit rester maître. Le transfert du pouvoir d’accorder le bénéfice du secret des affaires⁵² serait, quant à lui, particulièrement problématique puisqu’il imposerait au rapporteur général de mettre en balance les besoins de l’instruction et les intérêts des parties mises en cause, le placerait donc en position de juge et partie et priverait les entreprises du regard neutre du président sur cette question.
55. Pour sa part, l’idée de créer un conseiller-auditeur habilité à recueillir les observations des parties sur le déroulement de la procédure, à les évaluer et à en faire rapport au président de l’Autorité⁵³ surprend. Cette fonction est nécessaire dans une autorité ne connaissant pas la séparation des fonctions d’instruction et de décision, telle que la Commission européenne. En revanche, son utilité n’apparaît pas dans une autorité telle que le Conseil, qui garantit cette séparation et permet aux parties de contester le déroulement de l’instruction devant un collège indépendant. Dans ces conditions, on ne voit pas en quoi le conseiller-auditeur pourrait aider le collège à jouer son rôle naturel de gardien de la régularité de la procédure.
56. Pour être atteint, l’objectif recherché par l’avant-projet – s’il devait être maintenu sur ce point – devrait en toute hypothèse conduire à perfectionner plusieurs aspects du dispositif envisagé. Pour que l’indépendance du conseiller-auditeur soit assurée, sa nomination devrait, comme à la Commission européenne, être confiée « au collège de l’Autorité » qu’il serait appelé à assister. Il serait également nécessaire que le conseiller-auditeur possède l’expertise nécessaire pour porter un regard utile sur l’instruction, la complexité juridique de la procédure de concurrence imposant sans doute de prévoir qu’il « possède la qualité de magistrat ». Il faudrait aussi préciser le moment, le champ, les conditions de déclenchement et les modalités de l’intervention du conseiller-auditeur, points sur lesquels le projet soulève en l’état d’importantes questions. A l’évidence, le conseiller-auditeur devrait pouvoir recueillir les observations des parties « dès l’envoi de la notification des griefs », puisque celle-ci marque l’ouverture du contradictoire avec les entreprises, et remettre son rapport « avant la séance », de manière à ce que le collège en dispose lorsqu’il vérifie le déroulement de l’instruction. Par

⁴⁹ Sur l’ensemble des décisions prises par le Conseil depuis 2001, une seule a été annulée pour une raison d’ordre procédural, liée à la rédaction imprécise d’une notification de griefs.

⁵⁰ Article L. 463-3 du code de commerce, tel que modifié par le XI bis de l’article 30 du projet d’ordonnance.

⁵¹ Article L. 463-2 du code de commerce, tel que modifié par le XI de l’article 30 du projet d’ordonnance.

⁵² Article L. 463-4 du code de commerce, tel que modifié par le XI ter de l’article 30 du projet d’ordonnance.

⁵³ Article L. 461-4 du code de commerce, tel que modifié par le IV de l’article 30 du projet d’ordonnance.

ailleurs, il devrait pouvoir recueillir tant les observations des saisissants que ceux des mis en cause, sauf à rompre l'égalité de traitement assurée par la procédure actuelle. Tous ces points, qui nécessitent un approfondissement, pourraient être traités ultérieurement si l'ordonnance indiquait que « les modalités d'intervention du conseiller-auditeur sont précisées par décret en Conseil d'Etat ».

B. *La modernisation de la procédure de concurrence*

57. L'article 30 du projet d'ordonnance contient enfin un ensemble de dispositions d'ordre procédural, dont beaucoup émanent de propositions du Conseil, qui tirent les enseignements du bilan pouvant être dressé de vingt ans de mise en œuvre de l'ordonnance de 1986 fait en concertation avec le barreau spécialisé. La procédure de traitement des secrets d'affaires est ainsi simplifiée, sans porter atteinte à l'équilibre entre les exigences du contradictoire et la protection des intérêts commerciaux des entreprises mises en cause⁵⁴. La procédure d'engagements est mise en conformité avec le droit communautaire⁵⁵, tandis que la procédure de non-contestation des griefs est enrichie pour permettre aux entreprises d'y avoir accès dans un plus grand nombre de cas⁵⁶. La sécurité juridique est par ailleurs accrue par l'introduction d'une clause « couperet » empêchant les actes interruptifs de prescription de prolonger les poursuites au-delà de dix ans, sur le modèle prévu par le droit communautaire et déjà transposé par plusieurs droits nationaux⁵⁷.
58. D'autres dispositions viennent accroître la transparence en codifiant des jurisprudences établies des juridictions de contrôle, par exemple en matière de désistements⁵⁸ ou de communication des dossiers pénaux⁵⁹, ou renforcer l'efficacité procédurale, notamment en demandant aux entreprises mises en cause de signaler les changements de situation juridique ayant une incidence sur l'imputabilité des infractions⁶⁰ ou en conférant un caractère suspensif aux pourvois introduits contre les ordonnances rendues par le juge des libertés et de la détention au sujet du déroulement des opérations de visite et saisie, afin de « geler » les preuves de cartels recueillies par les enquêteurs dans l'attente de la décision du juge de cassation et de prévenir le risque de disparition ou de destruction qui serait encouru si elles étaient rendues aux entreprises poursuivies⁶¹.
59. Cependant, au vu de l'expérience accumulée dans la gestion concrète de la procédure depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986, le Conseil est d'avis qu'il serait dommage de ne pas mettre à profit la réforme pour compléter cet ensemble par quatre dispositions importantes.
60. La première d'entre elles consiste à permettre « *au garde des sceaux, ministre de la justice, d'habiliter les enquêteurs de l'Autorité et des services ministériels ayant la qualité de fonctionnaires des corps d'inspecteurs de catégorie A ou de magistrat à exercer les pouvoirs conférés aux officiers de police judiciaire sous le contrôle du juge des libertés et de la détention, aux fins exclusives des opérations de visite et saisie autorisées par ce dernier* ».

⁵⁴ Article L. 463-4 du code de commerce, tel que modifié par le XI ter de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁵⁵ I de l'article L. 464-2 du code de commerce, tel que modifié par le XV bis de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁵⁶ III de l'article L. 464-2 du code de commerce, tel que modifié par le XV ter et XV quater de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁵⁷ Article L. 462-7 du code de commerce, tel que modifié par le 2° du X de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁵⁸ Article L. 462-8 du code de commerce, tel que modifié par le 2° bis du X de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁵⁹ Article L. 463-5 du code de commerce, tel que modifié par le XIII de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁶⁰ Article L. 463-2 du code de commerce, tel que modifié par le XI de l'article 30 du projet d'ordonnance.

⁶¹ Article L. 450-4 du code de commerce, tel que modifié par le 6° du II de l'article 29 du projet d'ordonnance.

Cette habilitation permettra de réduire les doublons de personnels, en limitant la mobilisation de fonctionnaires de police en complément des enquêteurs aux cas où elle est vraiment nécessaire et de simplifier le déroulement des perquisitions, sans porter atteinte aux droits des entreprises compte tenu du statut et de la formation des enquêteurs qu'elle concernerait. Ce dispositif pourrait être inséré après le premier alinéa de l'article L. 450-4 du code de commerce. Plus largement, il est nécessaire de s'assurer de l'homogénéité totale des pouvoirs des enquêteurs, qui ne doivent pas varier selon qu'ils interviennent dans le cadre d'une enquête effectuée par la DGCCRF, par les services d'instruction de l'Autorité ou par les deux en commun.

61. La deuxième proposition est de permettre « *aux enquêteurs qui découvrent des preuves de pratiques anticoncurrentielles non couvertes par l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé le déroulement d'une opération de visite et saisie à les saisir à titre conservatoire et à en référer sans délai à ce juge, afin que celui-ci décide d'autoriser leur saisie incidente ou d'imposer leur restitution* », sur le modèle validé par la jurisprudence pénale⁶². L'absence d'une telle disposition en matière de concurrence s'avère très problématique, car il est fréquent que les cartels concernent concomitamment plusieurs secteurs connexes ou voisins. Les enquêteurs doivent aujourd'hui s'en tenir à saisir les preuves concernant le secteur visé par l'ordonnance, et n'ont aucun espoir de retrouver les preuves flagrantes relatives aux autres secteurs lors d'une perquisition ultérieure, celles-ci étant évidemment détruites dans l'intervalle. Un tel mécanisme, qui devrait être accompagné d'un droit de recours, pourrait être inséré avant le dernier alinéa de l'article L. 450-4 du code de commerce.
62. La troisième proposition consiste à étendre la possibilité de se pourvoir en cassation dans l'intérêt public, aujourd'hui réservée au seul ministre de l'économie par l'article L. 464-8 du code de commerce, « *au président de l'Autorité de la concurrence dans les cas où la cour d'appel de Paris annule ou réforme une décision de cette dernière* ». Cette disposition est nécessaire pour mettre en cohérence les différentes phases juridictionnelles de la procédure, ce qui n'a pu être fait lorsque le décret n° 2005-1667 du 27 décembre 2005 a permis au Conseil d'être représenté devant la cour d'appel de Paris pour présenter ses observations orales sur les recours introduits contre ses décisions, en modifiant le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987⁶³. En effet, cette réforme n'a concerné que la partie réglementaire du code de commerce, alors que la disposition relative au pourvoi en cassation figure dans sa partie législative.
63. Or, le Conseil n'est pas un juge de première instance, mais une autorité administrative indépendante dont les décisions, exemptes de tout caractère juridictionnel, peuvent être directement soumises au contrôle de la cour d'appel de Paris. Il a objectivement un intérêt au maintien des actes dont il est l'auteur, au même titre que toute autorité administrative. Aucune raison ne conduit à le traiter différemment des autres autorités administratives indépendantes. Celles-ci sont irrecevables à présenter des observations à la Cour de cassation dans le cadre d'un pourvoi faisant suite à un règlement de différend entre parties⁶⁴, mais en revanche admises à participer aux procès visant leurs décisions administratives⁶⁵ et à se pourvoir en cassation, même en l'absence de texte sur ce point⁶⁶. Il apparaît donc justifié d'aligner la

⁶² Arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle) du 17 mai 1994, aff. n° 93-82.252.

⁶³ Les dispositions pertinentes figurent aujourd'hui aux articles R. 464-18, R. 464-19 et R. 464-21 du code de commerce.

⁶⁴ Arrêts de la Cour de cassation (chambre commerciale) du 22 février 2005, Sinerg, aff. n° 04-12.618 (pour la CRE), et du 12 décembre 2006, France Telecom, aff. n° 05-19.610 (pour l'ARCEP).

⁶⁵ Arrêts de la Cour de cassation (1^{ère} chambre civile) du 14 novembre 2000, Copper Communications, aff. n° 99-10.568, et du 5 mars 2002, Spacotel communications, aff. n° 00-12.972 (pour l'Autorité de régulation des télécommunications).

⁶⁶ Arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière) du 5 février 1999, Oury, aff. n° 97-16.441 (pour la Commission des opérations de bourse) et (chambre commerciale) du 14 juin 2005, Rubens, aff. n° 04-14.329 (pour l'AMF).

situation du Conseil sur celle de ces autorités en lui permettant de se pourvoir en cassation pour défendre ses décisions lorsqu'elles sont annulées ou réformées par la juridiction d'appel, sur le modèle prévu dans de nombreux autres pays européens. Cette faculté est absolument cruciale pour pouvoir faire trancher des points de droits importants pour la défense de l'ordre public concurrentiel. L'exemple de la Commission européenne, admise à se pourvoir en cassation devant la Cour de justice des Communautés européennes suivant le modèle du contentieux administratif français, le montre bien : la question du standard de preuve et du degré de contrôle exercé par le juge d'appel, soulevée dans l'affaire de la concentration Tetra Laval / Sidel⁶⁷, est typiquement une question sur laquelle la formation plénière de la Cour de justice n'aurait jamais pu se prononcer si la Commission européenne ne l'y avait pas invitée.

64. Le renforcement des compétences de l'Autorité en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles rend cette disposition encore plus nécessaire. Le transfert du pouvoir d'enquête impliquera en effet l'augmentation des saisines d'office. En cas d'annulation d'une décision de l'Autorité par la cour d'appel de Paris, l'absence de plaignant et l'absence de faculté de pourvoi ouverte à l'Autorité pourront empêcher toute intervention de la Cour de cassation. La possibilité offerte à l'Autorité de demander au ministre chargé de l'économie d'introduire un pourvoi pour son compte ne constitue pas un substitut satisfaisant. Elle n'apparaît en effet pas compatible avec le statut d'autorité administrative indépendante et n'est pas transparente pour les parties à l'affaire. Elle n'est en outre pas envisageable dans les cas où le ministre est à l'origine de l'appel ou a soutenu l'entreprise requérante. Enfin, le ministre, qui se fait représenter en séance par le commissaire du Gouvernement, peut avoir exprimé, dans ses observations, une position différente de celle retenue en définitive par l'Autorité, que ce soit sur le fond du droit (qualification des pratiques) ou en opportunité (sanction ou injonction). En pareille hypothèse, il n'est guère crédible aux yeux des autres parties à l'affaire, et sans doute du juge de cassation, de lui demander de se dédire pour introduire un pourvoi en cassation contre l'arrêt ayant annulé la décision de l'Autorité.
65. L'insertion d'une telle disposition nécessite l'ajout d'une mention prévoyant « *le renforcement de la capacité d'ester en justice* » de l'Autorité dans l'article 24 du projet de LME lui-même. L'amendement pourrait trouver sa place au dernier alinéa de l'article L. 464-8 du code de commerce.
66. La dernière disposition consiste à moderniser le dispositif applicable en cas d'obstruction à l'instruction⁶⁸, en le dépénalisant et en l'alignant sur celui prévu par le droit communautaire. Ce dernier permet à la Commission européenne de traiter directement et efficacement les cas d'obstruction, en proportionnant la sanction encourue à la nature du manquement commis au lieu d'avoir à recourir en toute hypothèse à l'arme lourde du délit d'opposition à fonction, qui impose l'ouverture d'une enquête pénale et la saisine du parquet. Le juge n'interviendrait donc que lorsque l'obstruction persisterait. Une telle disposition pourrait être insérée au V de l'article L. 464-2 du code de commerce, que le projet d'ordonnance prévoit de créer et de garder en réserve. Elle pourrait être rédigée dans les termes suivants : « *V. Lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation, ne répond pas à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un rapporteur ou un enquêteur dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article L. 450-3 du code de commerce, ou fournit des renseignements incomplets ou erronés, l'Autorité peut, après lui avoir adressé une mise en demeure, prononcer une injonction assortie d'une astreinte à son encontre.* »

⁶⁷ Arrêt de la Cour de justice (grande chambre) du 15 février 2005, Commission / Tetra Lava, aff. C-12/03 P.

⁶⁸ Article L. 450-8 du code de commerce.

VII. La transition vers le nouveau système

67. L'article 24 du projet de LME prévoit l'adoption de l'ordonnance dans les huit mois suivant la publication de la loi. Ce délai, très long au regard de la pratique habituelle, n'apparaît pas utile compte tenu de l'état d'avancement du projet d'ordonnance, qui pourra être finalisé sans difficulté pendant la période de trois à quatre mois nécessaire à l'adoption de la loi. En revanche, il engendrerait un effet de « décrochage » entre le volet de fond de la réforme (distribution, équipement commercial, etc.) et son volet institutionnel, qui constituent un ensemble cohérent de mesures destinées à stimuler la croissance et le pouvoir d'achat. En outre, il réduirait la visibilité politique de la réforme et retarderait la concrétisation de ses résultats économiques et politiques, alors que d'importantes attentes ont été suscitées au Parlement et dans l'opinion publique, auxquelles le recours à l'ordonnance doit permettre de répondre de façon plus rapide, et non plus lente. Enfin, il entretiendrait l'incertitude pour les administrations et les personnels concernés, mais aussi pour le traitement des affaires en cours. Il est donc suggéré de le réduire à trois mois, ce qui porterait au total à six ou sept mois le temps imparti pour finaliser l'ordonnance.
68. Par ailleurs, le projet d'ordonnance communiqué au Conseil ne contient aucune disposition transitoire, alors que l'ordonnance transforme le Conseil en Autorité. Il est donc nécessaire de prévoir le basculement de l'organisation, de ses membres et de ses agents vers le nouveau régime. A défaut d'anticipation de cette question, l'Autorité se retrouverait brutalement privée du « capital » accumulé par le Conseil en termes d'expérience, de management, de maîtrise de la jurisprudence, etc. Or, ce capital sera crucial pour garantir que l'Autorité partira « du bon pied ». Afin d'assurer cette transition, il est proposé de procéder comme l'a fait le législateur à chaque fois qu'il a conféré de nouvelles attributions à l'ARCEP ou encore à la CRE, tout en modifiant leur appellation et en rénovant la composition du collège de ces autorités⁶⁹. Concrètement, cela conduirait à prévoir que : « *le mandat des personnes visées au I de l'article L. 461-1 du code de commerce et en fonction à la date de publication de la présente ordonnance se poursuit jusqu'à son terme, de même que les fonctions des personnes visées au premier alinéa de l'article R. 461-3 du même code* ». C'est aussi cette démarche qui a été suivie par le Gouvernement espagnol lorsque ce dernier a décidé, avec le soutien unanime du Parlement, de réformer son système de régulation de la concurrence, inspiré du schéma dualiste français, en réunissant l'ensemble des attributions et des moyens humains et budgétaires au sein de son autorité indépendante⁷⁰.
69. De la même manière, il convient de prévoir, pour les affaires en cours, que : « *l'examen des affaires de concentration notifiées avant la date de publication de la présente ordonnance et des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non lieu avant cette même date se poursuit selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date.* ».

⁶⁹ II de l'article 13 de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales et II de l'article 5 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie

⁷⁰ Deuxième disposition transitoire de la loi n° 15/2007 du 3 juillet 2007 sur la protection de la concurrence.

70. Ces dispositions éviteront tout risque de déstabilisation de notre Autorité de la concurrence, dont le renforcement est la raison d'être de la réforme.

Délibéré par M. Lasserre, président, M. Nasse, vice-président, Mmes Aubert et Perrot, vice-présidentes, MM. Piot, Ripotot et Flichy, Mmes Renard-Payen et Béhar-Touchais, M. Honorat, Mme Pinot, M. Combe, Mme Xueref et M. Dalin, membres.

Le rapporteur général,

Le président,

Thierry Dahan

Bruno Lasserre

NB : Les modifications suggérées par le Conseil de la concurrence dans son avis sont récapitulées dans le tableau joint en annexe (voir pages 23 à 35).

Annexe : tableau récapitulatif des modifications suggérées

Article	Rédaction actuelle du code de commerce	Amendements envisagés par l'avant-projet	Modifications suggérées
TITRE I^{ER}	DISPOSITIONS GENERALES	DISPOSITIONS GENERALES	DISPOSITIONS GENERALES
Inchangé.			
TITRE II	DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES
L. 420-8	Nouveau.	<p><i>Le ministre chargé de l'économie peut enjoindre les personnes morales ou physiques de mettre un terme aux pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 dont elles sont les auteurs, sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros.</i></p> <p><i>Le ministre chargé de l'économie peut, dans les mêmes conditions, leur proposer de transiger. Le montant de la transaction ne peut excéder 75 000€ ou 5% du dernier chiffre d'affaires connu réalisé en France si cette valeur est plus faible. Les modalités de la transaction sont fixées par décret en Conseil d'Etat. L'exécution dans les délais impartis des obligations résultant de l'acceptation de la transaction éteint l'action devant l'Autorité de la concurrence. En cas de refus de transiger, le ministre chargé de l'économie saisit l'Autorité de la concurrence. Le ministre chargé de l'économie saisit également l'Autorité de la concurrence en cas d'inexécution des obligations résultant de l'acceptation de la transaction.</i></p> <p><i>Les sommes issues de la transaction sont versées au Trésor public et recouvertes comme les créances étrangères à l'impôt et au domaine.</i></p>	<p><i>Le ministre chargé de l'économie peut <u>adresser</u> enjoindre les aux <u>entreprises</u> personnes morales ou physiques <u>une mise en garde formelle de mettre un terme relative aux ententes</u> visées à l'article L. 420-1 et L.420-2 dont elles sont les auteurs, lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale, sont d'importance mineure et n'affectent pas le commerce entre Etats membres, et sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas <u>5</u> 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas <u>10</u> 100 millions d'euros. <u>La méconnaissance de ces mises en garde formelles constitue un des motifs d'aggravation de la sanction pouvant être retenus par l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle fait application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.</u></i></p> <p>A titre subsidiaire :</p> <p><i>Le ministre chargé de l'économie peut enjoindre aux entreprises les personnes morales ou physiques de mettre un terme aux ententes visées par l'article L. 420-1 dont elles sont les auteurs, lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale, sont d'importance mineure et n'affectent pas le commerce entre Etats membres, et sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas <u>5</u> 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas <u>10</u> 100 millions d'euros.</i></p>

			<p><i>Le ministre chargé de l'économie peut, dans les mêmes conditions, leur proposer de transiger. Le montant de la transaction ne peut excéder 75 000€ ou 5% du dernier chiffre d'affaires connu-réalisé en France si cette valeur est plus faible. Les modalités de la transaction sont fixées par décret en Conseil d'Etat. <u>Le projet d'injonction ou de transaction est soumis dès sa finalisation à l'Autorité de la concurrence, qui l'accepte ou évoque l'affaire.</u> L'exécution dans les délais impartis des obligations résultant de l'acceptation de la transaction éteint l'action devant l'Autorité de la concurrence. En cas de refus de transiger, le ministre chargé de l'économie saisit l'Autorité de la concurrence. Le ministre chargé de l'économie saisit également l'Autorité de la concurrence en cas d'inexécution des obligations résultant de l'acceptation de la transaction.</i></p> <p><i>Les sommes issues de la transaction sont versées au Trésor public et recouvertes comme les créances étrangères à l'impôt et au domaine.</i></p>
TITRE III	DE LA CONCENTRATION ECONOMIQUE	DE LA CONCENTRATION ECONOMIQUE	DE LA CONCENTRATION ECONOMIQUE
L. 430-7	<p>I. - Lorsque le Conseil de la concurrence a été saisi, l'opération de concentration fait l'objet d'une décision dans un délai de quatre semaines à compter de la remise de l'avis du conseil au ministre chargé de l'économie.</p>	<p><i>I. - Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la Concurrence prend une décision dans un délai de quatre vingt dix jours ouvrés à compter de la réception de la notification.</i></p>	<p><i>I. – Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la Concurrence prend une décision dans un délai de <u>soixante-cinq</u> quatre vingt dix jours ouvrés à compter de l'ouverture d'un examen approfondi à <u>réception de la notification.</u></i></p>
	<p>II. - Après avoir pris connaissance de l'avis du Conseil de la concurrence, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération avant la fin d'un délai de quatre semaines à compter de la date de remise de l'avis au ministre, à moins que l'opération n'ait déjà fait l'objet de la décision prévue au I. Si les engagements sont transmis au ministre plus d'une semaine après la date de remise de l'avis au ministre, le délai mentionné au I expire trois semaines après la date de réception desdits engagements par le</p>	<p><i>En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa</i></p>	<p><i>II. <u>Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du c de l'article L. 450-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. S'ils sont transmis au Conseil de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.</u></i></p> <p><i>En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa</i></p>

ministre.		<p><i>précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la Concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés. Ils peuvent également l'être à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou en partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer les informations demandées du fait des parties ayant procédé à la notification. En ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause de la suspension.</i></p>	<p><i>précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la Concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés. Ils peuvent également l'être à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou en partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer les informations demandées du fait des parties ayant procédé à la notification. En ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause de la suspension.</i></p>
	<p>III. - Le ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé :</p> <ul style="list-style-type: none"> - soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ; - soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. <p>Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.</p> <p>Le projet d'arrêté est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai est imparti pour présenter leurs observations.</p>	<p><i>III. – L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>- soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;</i> <i>- soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.</i> <p><i>Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.</i></p> <p><i>Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter d'éventuelles observations.</i></p>	Inchangé.
	<p>IV. - Si le ministre chargé de l'économie et le ministre chargé du secteur économique concerné n'entendent prendre aucune des deux décisions prévues au III, le ministre chargé de l'économie autorise l'opération, par une décision motivée.</p>	<p><i>IV. – Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au III, elle autorise l'opération, par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les</i></p>	Inchangé.

	L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification.	<i>parties qui ont procédé à la notification.</i>	
	V. - Si aucune des trois décisions prévues aux III et IV n'a été prise dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation.	<i>V. – Si aucune des trois décisions prévues aux III et IV n'a été prise dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, l'Autorité de la concurrence en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie à l'article L. 430-7-1.</i>	Inchangé.
L. 430-7-1	Nouveau.	<i>I – Dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L 430-5, le ministre chargé de l'économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7.</i>	Inchangé.
	Nouveau.	<i>II - Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut, pour des motifs d'intérêt général tels que le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi, évoquer l'affaire et prendre une décision motivée statuant sur l'opération en cause, en soumettant éventuellement sa réalisation à la mise en œuvre effective d'engagement s'ajoutant à ceux pris le cas échéant devant l'Autorité de la concurrence.</i> <i>Cette décision est transmise sans délai à l'Autorité de la Concurrence.</i>	<i>II - Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision <u>d'interdiction</u> de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut, pour des motifs d'intérêt général <u>autres que le maintien de la concurrence, mais compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération,</u> tels que le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi, évoquer l'affaire et prendre une décision motivée <u>autorisant statuant sur</u> l'opération en cause, en soumettant éventuellement sa réalisation à la mise en œuvre effective d'engagement s'ajoutant à ceux pris le cas échéant devant l'Autorité de la concurrence.</i> [2 ^{ème} alinéa inchangé]

TITRE IV	DE LA TRANSPARENCE, DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRATIQUES PROHIBEES	DE LA TRANSPARENCE, DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRATIQUES PROHIBEES	DE LA TRANSPARENCE, DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRATIQUES PROHIBEES
Inchangé.			
TITRE V	DES POUVOIRS D'ENQUETE	DES POUVOIRS D'ENQUETE	DES POUVOIRS D'ENQUETE
L. 450-1	<p>Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du présent livre.</p> <p>Les rapporteurs du Conseil de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs pour les affaires dont le conseil est saisi.</p> <p>Dans le cas où des investigations sont menées au nom ou pour le compte d'une autorité de concurrence d'un autre Etat membre, en application du 1 de l'article 22 du règlement n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'économie peut autoriser des agents de cette autorité de concurrence à assister les fonctionnaires habilités mentionnés au premier alinéa ou les rapporteurs mentionnés au deuxième alinéa dans leurs investigations. Les modalités de cette assistance sont fixées par décret en Conseil d'Etat.</p>	<p><i>I. – Les enquêteurs et les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence peuvent procéder à toute enquête utile à la démonstration des pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-6 ainsi qu'à l'article L. 430-8.</i></p> <p>Dans le cas où des investigations sont menées au nom ou pour le compte d'une autorité de concurrence d'un autre Etat membre, en application du 1 de l'article 22 du règlement n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, <i>le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence</i> peut autoriser des agent de l'autorité de concurrence de l'autre Etat membre à assister les agents mentionnés à l'alinéa précédent dans leurs investigations.</p> <p>Les modalités de cette assistance sont fixées par décret en Conseil d'Etat.</p>	<p><i>I. – Les enquêteurs et les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence peuvent procéder à toute enquête utile à l'application des dispositions des titres II et III du présent livre la démonstration des pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-6 ainsi qu'à l'article L. 430-8.</i></p> <p>[2^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[3^{ème} alinéa inchangé]</p>
	<p>Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur la proposition du ministre chargé de l'économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.</p>	<p><i>II. – Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du présent livre.</i></p> <p>Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur la proposition du ministre chargé de l'économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.</p>	<p><i>II. – Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions <u>du titre IV</u> du présent livre <u>et prêter leur concours à celles nécessaires à l'application des dispositions du titre II du même livre dans les conditions prévues à l'article L. 450-6.</u></i></p> <p>Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur la proposition du ministre chargé de l'économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.</p>
	Les fonctionnaires habilités mentionnés au présent	<i>III. – Les personnes mentionnées aux I et II peuvent</i>	<i>III. – Les personnes mentionnées aux I et II peuvent</i>

	<p>article peuvent exercer les pouvoirs d'enquête qu'ils tiennent du présent article et des articles suivants sur l'ensemble du territoire national.</p>	<p>exercer les pouvoirs qu'elles tiennent du présent article et des articles suivants sur l'ensemble du territoire national.</p>	<p>exercer les pouvoirs qu'elles tiennent du présent article et des articles suivants sur l'ensemble du territoire national. <i>Elles peuvent être spécialement habilitées par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur la proposition du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ou du ministre chargé de l'économie, à recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.</i></p>
L. 450-4	<p>Les enquêteurs ne peuvent procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information que dans le cadre d'enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'économie ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence sur proposition du rapporteur, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Ils peuvent également, dans les mêmes conditions, procéder à la pose de scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information dans la limite de la durée de la visite de ces locaux. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.</p> <p>Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite. Lorsque la visite vise à permettre la constatation d'infractions aux dispositions du livre IV du présent code en train de se commettre, la demande d'autorisation peut ne comporter que les indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.</p>	<p>Les personnes mentionnées à l'article L. 450-1 ne peuvent procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information que dans le cadre d'enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Elles peuvent également, dans les mêmes conditions, procéder à la pose de scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information dans la limite de la durée de la visite de ces locaux. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.</p> <p>[2^{ème} alinéa inchangé]</p>	<p>[1^{er} alinéa inchangé]</p> <p>[2^{ème} alinéa inchangé]</p>

<p>La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires, ainsi que de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.</p> <p>Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.</p> <p>L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.</p> <p>L'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article 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.</p> <p>La visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence</p>	<p>[3^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[4^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[5^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[6^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>La visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence</p>	<p>La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires, ainsi que de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite. <u>Sur proposition du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ou du ministre chargé de l'économie, le garde des sceaux, ministre de la justice, habilite les enquêteurs de l'Autorité et des services ministériels ayant la qualité de fonctionnaires des corps d'inspecteurs de catégorie A ou de magistrat à exercer les pouvoirs conférés aux officiers de police judiciaire sous le contrôle du juge des libertés et de la détention, aux fins exclusives des opérations de visite et saisie autorisées par ce dernier.</u></p> <p>[4^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[5^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[6^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[7^{ème} alinéa inchangé]</p>
--	--	--

	<p>de l'occupant des lieux ou de son représentant. En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité, de celle de l'administration de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de celle du Conseil de la concurrence.</p> <p>Les enquêteurs, l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire et, le cas échéant, les agents et autres personnes mandatés par la Commission européenne peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.</p> <p>Les inventaires et mises sous scellés sont réalisés conformément à l'article 56 du code de procédure pénale.</p> <p>Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite.</p> <p>Les pièces et documents saisis sont restitués à l'occupant des lieux, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la décision du Conseil de la concurrence est devenue définitive. L'occupant des lieux est mis en demeure, par lettre recommandée avec avis de réception, de venir les rechercher, dans un délai de deux mois. A l'expiration de ce délai et à défaut de diligences de sa part, les pièces et documents lui sont restitués, à ses frais.</p>	<p>de l'occupant des lieux ou de son représentant. En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité, de celle <i>du ministre chargé de l'économie ou de celle de l'Autorité de la concurrence.</i></p> <p><i>Les personnes mentionnées à l'article L. 450-1,</i> l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire et, le cas échéant, les agents et autres personnes mandatés par la Commission européenne peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.</p> <p>[9^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[10^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>Les pièces et documents saisis sont restitués à l'occupant des lieux, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la décision de <i>l'Autorité</i> de la concurrence est devenue définitive. L'occupant des lieux est mis en demeure, par lettre recommandée avec avis de réception, de venir les rechercher, dans un délai de deux mois. A l'expiration de ce délai et à défaut de diligences de sa part, les pièces et documents lui sont restitués, à ses frais.</p>	<p>[8^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[9^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[10^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[11^{ème} alinéa inchangé]</p> <p><u><i>Les personnes mentionnées à l'article L. 450-1 peuvent procéder à la saisie conservatoire de tout document ou support d'informations trouvé dans les lieux et comportant des indices permettant de présumer l'existence de pratiques susceptibles de constituer des infractions au livre IV du présent code non couvertes par l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance avant autorisé l'opération. Ils en réfèrent sans délai à ce juge, qui vérifie que ces pièces et documents permettent de présumer l'existence de telles</i></u></p>
--	--	--	---

	<p>Le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois qui court, pour les personnes occupant les lieux où ces opérations se sont déroulées, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisées et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le juge se prononce sur ce recours par voie d'une ordonnance, qui n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues au code de la procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif.</p>	<p>Le déroulement des opérations de visite ou saisie <i>principale</i> peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois qui court, pour les personnes occupant les lieux où ces opérations se sont déroulées, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisées et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le juge se prononce sur ce recours par voie d'une ordonnance, qui n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues au code de la procédure pénale. Ce pourvoi <i>est</i> suspensif.</p>	<p><u>pratiques et, le cas échéant, autorise leur saisie incidente et les transmet à l'Autorité de la concurrence afin que celle-ci puisse se saisir d'office de ces pratiques. Si le juge n'autorise pas leur saisie, ces pièces et documents sont restitués sans délai à l'occupant des lieux.</u></p> <p>Le déroulement des opérations de visite ou saisie <i>principale</i> <u>ou incidente</u> peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois qui court, pour les personnes occupant les lieux où ces opérations se sont déroulées, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisées et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le juge se prononce sur ce recours par voie d'une ordonnance, qui n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues au code de la procédure pénale. Ce pourvoi <i>est</i> suspensif.</p>
L. 450-5	<p>Le rapporteur général du Conseil de la concurrence est informé sans délai du déclenchement et de l'issue des investigations mentionnées à l'article L. 450-4 lorsqu'elles ont été diligentées à l'initiative du ministre chargé de l'économie et qu'elles se rapportent à des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1 et L. 420-2. Il peut proposer au conseil de se saisir d'office.</p>	<p><i>I. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence est informé avant leur déclenchement des investigations que le ministre chargé de l'économie souhaite voir diligenter sur des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 et peut, dans un délai fixé par décret, en prendre la direction. Le rapporteur général est informé sans délai du résultat des investigations menées par les services du ministre. Il peut, dans le délai fixé à l'alinéa précédent, se saisir d'office du résultat de ces investigations.</i></p>	Inchangé.
		<p><i>II. – Le ministre chargé de l'économie peut demander au rapporteur général de faire réaliser sans délai par les services de l'Autorité de la concurrence des investigations sur des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1, L. 420-</i></p>	<p><i>II. — Le ministre chargé de l'économie peut demander au rapporteur général de faire réaliser sans délai par les services de l'Autorité de la concurrence des investigations sur des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1, L. 420-</i></p>

		2 et L. 420-5. Il est informé sans délai du résultat de ces investigations.	<u>2 et L. 420-5. Il est informé sans délai du résultat de ces investigations.</u>
TITRE VI	DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE	DE L'AUTORITE NATIONALE DE LA CONCURRENCE	DE L'AUTORITE NATIONALE DE LA CONCURRENCE
CHAPITRE I ^{ER}	DE L'ORGANISATION	DE L'ORGANISATION	DE L'ORGANISATION
L. 461-4	<p>Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs permanents sont nommés sur proposition du président par arrêté du ministre chargé de l'économie. Les autres rapporteurs sont désignés par le président.</p> <p>Le rapporteur général peut déléguer à un ou des rapporteurs généraux adjoints tout ou partie des attributions qu'il détient au titre du livre IV du présent code.</p> <p>Les crédits attribués au Conseil de la concurrence pour son fonctionnement sont inscrits au budget du ministère chargé de l'économie. Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à leur gestion.</p>	<p><i>L'Autorité de la Concurrence dispose de services dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie.</i></p> <p><i>Ces services procèdent aux investigations nécessaires à l'application des titres II et III du présent livre.</i></p> <p>Les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents <i>et les enquêteurs</i> sont nommés sur proposition du rapporteur général par arrêté du ministre chargé de l'économie. Les autres rapporteurs sont désignés par le <i>rapporteur général</i>.</p> <p><i>Un conseiller auditeur nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie recueille le cas échéant les observations des parties mises en cause sur le déroulement des procédures les concernant. Il transmet au président de l'autorité un rapport évaluant ces observations et proposant si nécessaire tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.</i></p> <p>Les crédits attribués à l'Autorité de la concurrence pour son fonctionnement sont inscrits au budget du ministère chargé de l'économie. Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à leur gestion.</p>	<p><i>L'Autorité de la Concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par le président, après avis du collège et agrément du ministre chargé de l'économie, par décision publiée au Journal officiel.</i></p> <p>[2^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>Les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents <i>ou non permanents</i> et les <i>enquêteurs des services d'instruction</i> sont nommés par le <i>rapporteur général, par décision publiée au Journal officiel, arrêté du ministre chargé de l'économie. Les autres rapporteurs sont désignés par le rapporteur général</i></p> <p><i>Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat est nommé par décision du collège de l'Autorité de la concurrence, arrêté du ministre chargé de l'économie. Il recueille le cas échéant les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs. Il transmet au président de l'autorité, avant la séance, un rapport évaluant ces observations et proposant si nécessaire tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties. Les modalités d'intervention du conseiller-auditeur sont précisées par décret en Conseil d'Etat.</i></p> <p>[4^{ème} alinéa inchangé]</p>

	Le président est ordonnateur des recettes et des dépenses du conseil.	Le <i>rapporteur général</i> est ordonnateur des recettes et des dépenses de l'Autorité.	Le <i>président</i> est ordonnateur des recettes et des dépenses de l'Autorité. <u>Il délègue l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction au rapporteur général.</u> <u>Le président de l'Autorité de la concurrence la représente dans tous les actes de la vie civile et a qualité pour agir en justice en son nom.</u>
L. 462-5	Le Conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Il peut se saisir d'office ou être saisi par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article L. 462-1.	<i>I. – L'Autorité de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5, ainsi que des manquements aux engagements pris en application de l'article L. 430-7-1. Elle se prononce alors dans le délai maximum de six mois.</i>	[1 ^{er} alinéa inchangé] <i>Elle se prononce alors dans les conditions prévues par l'article L. 463-3.</i>
		II. L'Autorité de la concurrence peut se saisir d'office ou être saisie par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article L. 462-1.	Inchangé.
CHAPITRE II	DES ATTRIBUTIONS	DES ATTRIBUTIONS	DES ATTRIBUTIONS
Inchangé.			
CHAPITRE III	DE LA PROCEDURE	DE LA PROCEDURE	DE LA PROCEDURE
Inchangé.			
CHAPITRE IV	DES DECISIONS ET DES VOIES DE RECOURS	DES DECISIONS ET DES VOIES DE RECOURS	DES DECISIONS ET DES VOIES DE RECOURS
L. 464-2-V	Néant.	<i>V. Réservé.</i>	<i>V. <u>Lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation, ne répond pas à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un rapporteur ou un enquêteur dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article L. 450-3 du code de commerce, ou fournit des renseignements incomplets ou erronés, l'Autorité peut, après lui avoir adressé une mise en demeure, prononcer une injonction assortie d'une astreinte à son encontre.</u></i>
L. 464-8	Les décisions du Conseil de la concurrence	<i>I. – Les décisions mentionnées aux articles L. 462-8,</i>	[1 ^{er} alinéa inchangé]

	<p>mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6 et L. 464-6-1 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.</p> <p>Les décisions sont publiées au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Les décisions peuvent prévoir une publication limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Le ministre chargé de l'économie veille à leur exécution.</p> <p>Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.</p> <p>Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant, contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois suivant sa notification.</p> <p>Le ministre chargé de l'économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris.</p>	<p>L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6 et L. 464-6-1 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.</p> <p><i>[supprimé]</i></p> <p>Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.</p> <p>Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant, contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois suivant sa notification.</p> <p>Le ministre chargé de l'économie dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris.</p>	<p>[2^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>[3^{ème} alinéa inchangé]</p> <p>Le ministre chargé de l'économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, <u>de même que le président de l'Autorité de la concurrence dans les cas où la cour d'appel de Paris annule ou réforme une décision de cette dernière.</u></p>
		<p><i>II. – Les autres décisions de l'Autorité de la concurrence, et notamment celles rendues en application du titre III du présent livre, sont portées devant le Conseil d'Etat.</i></p>	<p>Inchangé.</p>
		<p><i>III. – L'Autorité de la concurrence veille à l'exécution de ses décisions.</i></p>	<p>Inchangé.</p>
DISPOSITIONS TRANSITOIRES			
1.	<p><i>Le mandat des personnes visées au I de l'article L. 461-1 du code de commerce et en fonction à la date de publication de la présente ordonnance se poursuit jusqu'à son terme, de même que les fonctions des personnes visées au premier alinéa de l'article R. 461-3 du même code</i></p>		

2.	<i>L'examen des affaires de concentration notifiées avant la date de publication de la présente ordonnance et des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non lieu avant cette même date se poursuit selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date.</i>
----	---