

Mai 2008/3

Flash Concurrence :

Les contours de la future Autorité de concurrence

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Jouvet

Le projet de loi de modernisation de l'économie (« *LME* ») adopté le 28 avril dernier par le Conseil des ministres et dont la discussion va commencer dans quelques jours devant l'Assemblée nationale, prévoit en son article 23, que le Gouvernement est autorisé, dans un délai de six mois au plus tard après la publication de la *LME*, à prendre par voie d'ordonnance, les mesures nécessaires à « *la modernisation de la régulation de la concurrence* ». Il s'agit concrètement d'envisager la métamorphose du Conseil de la concurrence en une nouvelle « *Autorité de concurrence* » à l'anglo-saxonne.

Reprendons point par point les mesures contenues dans le projet de loi, qui s'inspirent par ailleurs fortement des propositions contenues dans le rapport Attali¹.

« 1° Ces dispositions ont pour objet de transformer le Conseil de la concurrence en une Autorité de la concurrence disposant :

a) Des compétences élargies en matière de contrôle des concentrations économiques, de pratiques anticoncurrentielles et d'avis sur les questions de concurrence ; »

On peut d'ores et déjà observer² que la nouvelle autorité n'a pas vocation à intervenir demain dans l'application du titre IV du Livre IV du code de commerce relatif à la transpa-

rence tarifaire et aux pratiques restrictives de concurrence qui n'ont pas d'effet sur le marché. Le Ministre de l'économie, à travers la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et ses services déconcentrés, restera évidemment l'autorité naturelle la plus adaptée quant aux investigations concernant de telles pratiques.

En ce qui concerne le contrôle des concentrations, l'Autorité de concurrence sera chargée d'examiner toutes les demandes d'autorisation, d'en effectuer le bilan concurrentiel et de les autoriser, sous réserve d'engagements éventuels pris devant elle par les entreprises concernées. Le Ministre de l'économie aura toutefois la faculté de s'écartier de la position prise par la nouvelle autorité en invoquant de manière motivée et transparente des raisons d'intérêt général supérieures à la sauvegarde de la concurrence.

Ce nouveau système met fin à la dualité qui existait en France depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 entre le Ministre de l'économie et les services de la DGCCRF (Bureau B3) qui contrôlaient seuls la majorité des opérations et le Conseil de la concurrence, qui donnait un avis sur les opérations les plus complexes après saisine de la part du Ministre de l'économie (**moins d'une vingtaine d'avis depuis 2001**).

La nouvelle organisation sera ainsi très proche de celle que l'on connaît en Allemagne avec le Bundeskartellamt, autorité unique chargée du contrôle des concentrations et un ultime recours ministériel pour la défense d'intérêts publics essentiels. Une différence fondamen-

¹ Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008, Décisions 187 à 190.

² Association Française d'Etudes de la Concurrence, Avis préliminaire de l'AFEC sur le projet de loi de modernisation de l'économie, 24 avril 2008, II1a.

tale cependant : le Bundeskartellamt dépend organiquement du ministre « fédéral » allemand alors que la future autorité de concurrence sera une autorité administrative indépendante !

En matière d'avis sur les questions de concurrence, la situation procédurale actuelle subordonne l'avis du Conseil de la concurrence à une saisine de personnes habilitées³ au titre de l'article L.462-1 du code de commerce.

La future ordonnance devrait se fonder sur l'une des propositions du rapport Attali⁴.

L'Autorité de concurrence aurait la faculté, de son propre chef, d'attirer l'attention des pouvoirs publics et des opérateurs sur les conséquences éventuellement anticoncurrentielles d'un acte ou d'un projet de réglementation.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, la principale réforme concernera la réunion des pouvoirs de détection, d'enquête, d'instruction et de jugement au sein de la nouvelle autorité ; vaste réforme en perspective qui n'est pas sans conséquence sur la procédure suivie et la préservation des droits de la défense des entreprises devant cette nouvelle Autorité de concurrence aux pouvoirs très sensiblement élargis !

« b) De moyens d'investigation renforcés ; »

Cette mesure vise à assurer une cohérence entre l'enquête et l'instruction des dossiers. Comme le souligne le président du Conseil de la concurrence, Bruno Lasserre⁵, « *dans un dossier, il est souvent nécessaire de faire des aller-retours, de réclamer des compléments d'enquête. La phase d'enquête pourra intégrer beaucoup plus en amont les arguments de la défense, que l'on peut attendre de la procédure contradictoire. Les enquêtes en seront stimulées.* »

³ Commissions parlementaires, Gouvernement, Collectivités territoriales, Organisations professionnelles et syndicales, Organisations de consommateurs agréées, Chambres d'agriculture, Chambres de métiers, Chambres de commerce et d'industrie.

⁴ Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008, Décision 189.

⁵ « *Les contours de la future Autorité de concurrence demeurent flous* » in Le Monde daté du 10 mai 2008.

fense, que l'on peut attendre de la procédure contradictoire. Les enquêtes en seront stimulées. »

Les pouvoirs actuels d'enquête en matière de pratiques anticoncurrentielles sont régis par les articles L.450-1 et suivants du code de commerce. Ils s'articulent autour de la Direction Nationale des Enquêtes de concurrence, de Consommation et de Répression des Fraudes (DNECCRF).

Le renforcement des pouvoirs d'investigation de l'Autorité de concurrence visera à transférer les enquêteurs de la DNECCRF à la future autorité. Cette dernière disposera ainsi d'une équipe d'une soixantaine de personnes à priori pour assurer les enquêtes.

Si l'on assiste à un renforcement des pouvoirs d'enquête du Conseil de la concurrence, ceux-ci demeurent largement inférieurs à ceux du Bundeskartellamt avec ses 300 enquêteurs !

Parallèlement, l'ordonnance à intervenir devra ne pas oublier un renforcement des moyens de la Cour d'appel de Paris⁶ qui sera appelée à traiter d'un lourd contentieux dans le domaine du droit de la concurrence.

« c) D'une composition, d'une organisation et de règles de fonctionnement et de procédure réformées ; »

L'exposé des motifs du projet de LME précise sur ce point : « *L'organisation interne de l'autorité reposera sur un partage des tâches claires et respectueuses des droits de la défense entre les services et le collège, qui seul a autorité pour décider.* ».

L'ordonnance instituant la nouvelle autorité de concurrence devra prévoir les principes procéduraux destinés à garantir les droits des entreprises.

Pour ce faire, une organisation idoine consisterait en une « *séparation organique entre les fonctions, d'une part, de politique générale, d'enquête, d'instruction et de poursuite et, d'autre part, de sanction, sous la responsabilité de deux collèges* ».

⁶ « *De la transparence pour l'autorité de concurrence* » in Le Figaro daté du 14 mai 2008.

*distincts et indépendants l'un de l'autre, composés de membres permanents différents.*⁷ ».

En outre, les pouvoirs élargis de l'autorité appellent à la nomination de nouveaux membres du collège à temps plein et à la mise à leur disposition d'auditeurs dont le rôle serait comparable à celui des conseillers référendaires du Tribunal de première (TPICE).

« d) D'une capacité étendue pour agir en justice ; »

Cette proposition ne figure pas dans le rapport Attali.

L'actuel article L.462-6 du code de commerce dispose que : « *Lorsque les faits lui [le Conseil de la concurrence] paraissent de nature à justifier l'application de l'article L.420-6, il adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique.* »

Le Conseil de la concurrence peut d'ores et déjà transmettre au Parquet des dossiers où sont impliquées des personnes physiques à l'origine d'ententes ; procédure très rare !

Avec la réforme, la future autorité disposerait de la capacité d'ester en justice afin de défendre l'ordre public concurrentiel, à la manière d'une association de consommateurs.

Là encore, l'ordonnance devrait détailler précisément les modalités de cette action en justice.

« 2° Elles ont également pour objet de mieux articuler les compétences de cette nouvelle autorité et celles du ministre chargé de l'économie. »

En ce qui concerne le contrôle des concentrations, l'ordonnance devra préciser le rôle exact du Ministre de l'économie dans la procédure. La décision d'autorisation de l'opération de concentration appartiendra en effet à l'Autorité de concurrence. Le Ministre de l'économie ne devrait pas pouvoir remettre en cause le bilan concurrentiel de l'opération effectuée par la future Autorité de concurrence.

⁷ « De la transparence pour l'autorité de concurrence » in Le Figaro daté du 14 mai 2008.

Il ne pourra passer outre la décision qu'en justifiant de motifs d'intérêt général.

L'ordonnance pourrait néanmoins envisager de l'associer autrement au traitement de l'opération, avec par exemple la présence d'un Commissaire du gouvernement dans la procédure devant l'Autorité de concurrence, comme c'est le cas actuellement dans la procédure d'avis ou dans les procédures contentieuses en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Une interrogation demeure quant à la juridiction de contrôle des futures décisions d'autorisation ou de refus des concentrations.

Le Conseil d'Etat était jusqu'à présent la juridiction compétente pour la censure des décisions ministérielles et avait développé en conséquence une expertise tant sur le bilan concurrentiel que sur le bilan économique et social d'une opération. L'intégration du contrôle des concentrations au sein de la nouvelle autorité ne devrait pas transférer la compétence juridictionnelle à la Cour d'appel de Paris. Le veto éventuel du ministre sur les opérations de concentrations penche également pour une compétence maintenue au Conseil d'Etat.

En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de concurrence pourrait concentrer ses moyens sur les cas les plus importants, les plus graves et les plus visibles⁸.

La DGCCRF devrait recentrer ses missions sur les investigations portant sur les micro-pratiques anticoncurrentielles (« *micro PAC* »), et cela pour plusieurs raisons.

La majorité des pratiques anticoncurrentielles a premièrement un impact purement local et ne justifie pas a priori la mobilisation de ressources d'instruction lourdes.

Les micro-pratiques anticoncurrentielles, qui concernent des PME ou des très petites entreprises, justifient des suites plus adaptées à leur taille.

La DGCCRF, grâce à ses services déconcentrés (qui participent notamment aux commis-

⁸ Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008, Décision 190.

sions d'appels d'offres), dispose enfin de véritables moyens de surveillance sur les marchés pertinents locaux et d'une vraie expertise en la matière.

La répartition des tâches concernant ces micro-pratiques entre les services du Ministre de l'économie et la nouvelle Autorité de concurrence pourrait concerner les enquêtes de concurrence et/ou leur instruction.

La DGCCRF pourrait adresser des avertissements et des mises en garde aux auteurs de telles pratiques. Il apparaît toutefois indispen-

sable que seule l'Autorité de concurrence dispose des prérogatives de sanction, afin d'assurer la cohérence de la répression des pratiques anticoncurrentielles par une seule Autorité de concurrence qui continuerait à développer une pratique décisionnelle connue de par la publication de ses décisions.

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur
notre site www.mgavocats.fr**