

Du Conseil de la concurrence à l'Autorité de la concurrence

Le 2 mars 2009 s'est tenue la première réunion des membres du collège de l'Autorité de la concurrence, marquant le transfert effectif des compétences du Conseil de la concurrence vers la nouvelle Autorité de la concurrence, et le basculement des règles de fond y afférentes.

Cette nouvelle organisation de la régulation de la concurrence en France a été instituée par la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 (ci-après « LME »), complétée par l'ordonnance de modernisation de la régulation de la concurrence du 13 novembre 2008, et plusieurs décrets de février et mars 2009.

Désormais autorité administrative indépendante, dotée d'une faculté nouvelle d'intervention dans la régulation de la concurrence (3.), l'Autorité de la concurrence dispose de pouvoirs et de moyens élargis dans le cadre de son contrôle exercé sur les concentrations (1.) et sur les pratiques anticoncurrentielles (2.).

1. UN CONTROLE DES CONCENTRATIONS UNIFIE

La LME met fin à la dualité de compétences entre le Ministre de l'économie et le Conseil de la concurrence qui prévalait jusqu'alors. Désormais, le contrôle des concentrations est de l'entier ressort de l'Autorité de la concurrence, à laquelle devront être notifiés les projets de concentration¹.

L'Autorité sera en charge d'effectuer le bilan concurrentiel des affaires de concentration en intégrant, le cas échéant, les gains d'efficacité qu'elles permettent de réaliser. Selon la complexité des affaires en jeu, l'Autorité pourra :

- autoriser les opérations, moyennant ou non la prise d'engagements de la part des parties à la concentration, à l'issue d'une analyse rapide dans les cas simples (phase 1 – en principe 25 jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, prolongés de 15 jours ouvrés en cas d'engagements), ou
- prendre une décision d'autorisation ou d'interdiction, au terme d'un examen approfondi, dans les cas où subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence (phase 2 – en principe 65 jours ouvrés à compter de l'ouverture de la phase 2).

¹ L'Autorité a indiqué dès sa première réunion le 2 mars 2009 qu'elle entendait adopter de nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations. Dans l'attente de cette adoption, elle entend s'inspirer des lignes directrices du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (DGCCRF) du 30 avril 2007 qui étaient appliquées jusqu'alors.

Si l'analyse concurrentielle appartient désormais à l'Autorité de la concurrence, le pouvoir exécutif reste garant de l'intérêt général. A ce titre, le Ministre de l'économie pourra, après que l'Autorité de la concurrence a rendu une décision à l'issue d'une phase 2, évoquer une opération présentant un caractère stratégique pour le pays. A cet effet, il pourra passer outre la décision de l'Autorité de la concurrence si cela est nécessaire, en adoptant une décision motivée pour des raisons d'intérêt général extérieures à la concurrence (ex : développement industriel, sécurité nationale ou maintien de l'emploi). Ces interventions devraient cependant rester exceptionnelles.

Le Président de l'Autorité de la concurrence, Monsieur Bruno Lasserre, a affirmé sa volonté d'assurer le contrôle des concentrations de manière rapide et efficace. Dans cet objectif, a été institué au sein des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, et sous l'autorité du Rapporteur général, un service dédié aux opérations de concentration. Les entreprises devraient connaître rapidement leur interlocuteur de référence au sein de ce service ainsi que le Membre référent du collège qui sera chargé de trancher l'affaire. Cette organisation devrait permettre de donner une visibilité plus importante aux entreprises qui pourront discuter très en amont des éventuels problèmes de concurrence et des remèdes adéquats avec la personne qui prendra la décision *in fine*.

Le Président Lasserre a aussi exprimé sa volonté d'encourager un processus de décision rapide, au moins dans les cas où les projets notifiés ne présentent pas de problème de concurrence. Mais il a insisté sur les contreparties qu'implique cette rapidité : d'une part, les entreprises devront elles-mêmes faire preuve de diligence dans leurs relations avec le service en charge de l'instruction de leur dossier ; d'autre part, les entreprises doivent accepter que les décisions rendues dans ce contexte ne soient pas longuement motivées sur les marchés et ne fassent donc pas jurisprudence.

2. LA LUTTE CONTRE LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Au plan des pratiques anticoncurrentielles, la réforme introduite par la LME a aussi doté l'Autorité de la concurrence de pouvoirs et moyens accrus, même si elle ne lui a pas accordé la possibilité de décider de l'opportunité des poursuites, ce qui signifie que toutes les affaires portées devant l'Autorité de la concurrence devront être traitées.

En premier lieu, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles a été unifié à presque tous les niveaux :

- la dichotomie qui existait entre les services du Ministre de l'économie, en charge des enquêtes, et ceux du Conseil de la concurrence, en charge de l'instruction, disparaît au profit d'un grand service d'instruction au sein de l'Autorité de la concurrence, où les fonctions de rapporteur et celles d'enquêteur ne sont plus distinctes. Les rapporteurs de l'Autorité peuvent désormais conduire les investigations nécessaires, au moyen le cas échéant de perquisitions, pour mener à bien leur mission² ;

² Les pouvoirs d'enquête du Ministre de l'économie ne disparaissent pas complètement, puisque celui-ci conserve une compétence pour mener des enquêtes, essentiellement d'intérêt local. L'articulation de ces pouvoirs avec ceux de l'Autorité de la concurrence a été prévue à deux moments : avant le lancement d'une enquête, le Ministre doit informer le Rapporteur général de l'Autorité de l'enquête qu'il envisage de réaliser ; le Rapporteur général décide alors s'il souhaite en prendre la direction ou s'il laisse agir les services du Ministre. Dans cette dernière hypothèse, le Ministre a l'obligation de remettre ses conclusions au Rapporteur général de l'Autorité, qui pourra, à nouveau, choisir, soit de demander à l'Autorité de se saisir d'office des pratiques éventuellement identifiées, soit de laisser les services ministériels les traiter ; ces

- à l'autre bout de la procédure, l'Autorité se voit confier le suivi de l'exécution des décisions, pouvoir qui relevait avant la réforme du Ministre ; ce pouvoir prend toute sa signification en ce qui concerne les décisions assorties d'engagements ou d'injonctions et devrait permettre à l'Autorité de la concurrence d'exercer un véritable rôle de régulation ;
- l'unification engendrée par la réforme a aussi porté sur le fond puisque l'Autorité est désormais compétente pour traiter les abus de position dominante consécutifs à une opération de concentration.

En second lieu, la procédure relative aux pratiques anticoncurrentielles a été largement modernisée, sur la base de la pratique acquise par le Conseil de la concurrence au cours des vingt dernières années. Ainsi, le Rapporteur général est désormais compétent pour traiter toutes les questions relatives à la protection du secret des affaires, ou aux demandes des entreprises qui souhaitent bénéficier de délais supplémentaires pour répondre aux notifications de griefs ou au rapport. C'est aussi le Rapporteur général qui décide de la mise en œuvre de la procédure simplifiée au moment de l'envoi de la notification de griefs. Mais la principale innovation de la LME en matière de procédure consiste en la création d'un conseiller auditeur, dont la mission sera de veiller au bon déroulement du contradictoire, et qui pourra faire connaître au collège de l'Autorité un point de vue autonome quant au bon respect de la procédure.

Enfin, l'Autorité dispose de nouveaux pouvoirs de sanction, notamment en ce qui concerne le secteur de la distribution. L'Autorité pourra ainsi prononcer des injonctions structurelles en cas de persistance d'un abus de position dominante dans une zone de chalandise donnée, malgré une décision de condamnation imposant des injonctions comportementales ou des sanctions pécuniaires. Dans cette hypothèse, l'injonction structurelle pourra aller jusqu'à l'obligation faite aux entreprises contrevenantes de vendre certains actifs pour réanimer la concurrence.

3. L'INDEPENDANCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE AFFIRMEE

Instituant l'Autorité de la concurrence, la LME affirme clairement son statut d'autorité administrative indépendante, en contrepartie duquel l'Autorité devra rendre compte de ses activités devant le Parlement.

Plus important peut-être du point de vue des acteurs économiques, l'Autorité de la concurrence dispose désormais de la possibilité de rendre des avis publics, de sa propre initiative, sans avoir été saisie préalablement. Cette faculté nouvelle pourra s'exercer sur toute question concernant la concurrence, et le Président Lasserre a fait part à plusieurs reprises de sa volonté de se saisir de ce nouveau pouvoir, que ce soit pour exprimer la position de l'Autorité sur une question générale de concurrence, pour proposer un bilan concurrentiel d'une législation passée ou en projet, ou pour réaliser une enquête sectorielle dans un domaine particulier. L'Autorité pourra le cas échéant recommander des mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

derniers disposant dans cette hypothèse d'un pouvoir d'injonction et de transaction (article L. 464-9 du Code de commerce).

Très attaché au rôle de pédagogie attribué à l'Autorité de la concurrence, le Président Lasserre entend user de cette faculté d'auto-saisine pour contribuer de manière volontariste au développement de la concurrence sur de nouveaux marchés. A titre d'exemples ont été cités la libéralisation du transport ferroviaire, la distribution de la presse, la privatisation des autoroutes ou la vente par Internet.

Forte de ces nouvelles prérogatives, l'Autorité dispose désormais des moyens nécessaires au développement d'une véritable stratégie de la concurrence en France. L'avenir dira si les gains d'efficacité attendus au profit des acteurs économiques, et, *in fine*, des consommateurs seront au rendez-vous.

* *
*



Pauline de Lanzac, Avocat of counsel au Cabinet Latournerie Wolfrom & Associés, est responsable du Département Concurrence et Régulation du Cabinet.

Inscrite aux Barreaux de Paris et de République tchèque, Pauline est diplômée d'HEC et titulaire d'une maîtrise de Droit des Affaires de l'Université Paris II – Panthéon Assas.